

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Direttore: ANTONIO PRAUSCELLO

Direttore Responsabile: ANNALISA GUIDOTTI

Comitato Scientifico: AURELIO DONATO CANDIAN - MAURIZIO CINELLI
ALESSANDRO GARILLI - ANTONIO LA TORRE - ROMANO PANZARANI - ANTONIO VALLEBONA

SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE - ART. 2 COMMA 20/C LEGGE 662/96 - ROMA

In questo numero:

- **Corte Cass. SS.UU. 15 ottobre 2003, sentenza n. 15403** 517
Impiego pubblico - Concorsi interni e procedure di promozione - Giurisdizione amministrativa
- **Corte Cass. 15 marzo 2003, sentenza n. 3853** 528
Processo civile - Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Mancata proposizione - Decorrenza termine di decadenza
- **Corte Cass. 7 marzo 2003, sentenza n. 3487** 548
Contributi - Sentenza di reintegrazione lavoratore licenziato - Successiva transazione - Obbligo contributivo
- **Corte Cass. 4 marzo 2003, sentenza n. 3207** 561
Sgravi contributivi - Incremento occupazionale - Associazione temporanea di imprese
- **Corte Cass. 9 gennaio 2003, sentenza n. 131** 575
Pensioni - Ritardato pagamento - Declaratoria illegittimità costituzionale - Effetti



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
MARIA TERESA DE STEFANIS
MARIO INTORCIA
GINO MADONIA
MIRELLA MOGAVERO
COSIMO PUNZI
ALESSANDRO RICCIO
ANTONINO SGROI
STEFANIA SOTGIA
SIMONA TERSIGNI

Segretarie di redazione:

DANIELA CORSI
VALERIA MASUTTI

Redazione, Amministrazione e Segreteria

Via della Frezza, 17 - 00186 ROMA
Tel. 065905-6337
Fax 065905-6746/6345
E-mail: Informazione.Previdenziale@inps.it



2

MARZO-APRILE 2003

GRAF 3 - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: 23 gennaio 2004

SOMMARIO

INDICI	pag.	V
DOTTRINA		
CIMMINO A.:	«Libertà di circolazione ed esercizio di attività subordinata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea».	» 395
GUADAGNINO A.:	«Il trattamento previdenziale dei calciatori “non professionisti”».	» 418
OCCHIPINTI A.:	«La figura del dirigente pubblico dopo le innovazioni introdotte dalla L. 145/2002».	» 430
VIGNERA G.:	«La durata ragionevole del processo (civile) nel sistema delle garanzie costituzionali».	» 446
<hr/>		
NOTE A SENTENZA		
BOGHETICH E.:	«Requisiti contributivi per l'erogazione dell'indennità di maternità alle collaboratrici domestiche».	» 471
GATTO L.:	«Rapporto fra ruolo e sentenza nel caso di accoglimento parziale dell'opposizione ex art. 24 del d.lgs. n. 46/99»	» 477
LAGANÀ A.:	«Invalidità civile e handicap nei minori: riflessioni a margine della sentenza n. 467/2002 della Corte Costituzionale».	» 488
MORAGGI D.:	«La responsabilità civile del datore di lavoro per l'infortunio occorso al dipendente».	» 505
PIGNATELLI A.:	«Opposizione a sanzione amministrativa».	» 510
<hr/>		
GIURISPRUDENZA		
CORTE COSTITUZIONALE		» 467
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili		» 517
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		» 522
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		» 583
TRIBUNALI - Sezioni Civili		» 610
TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI		» 643
COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE		» 645
CORTE DEI CONTI		» 647
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		» 649

- 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

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
CORTE COSTITUZIONALE			
(Sentenze)	467/02	20/22.11.2002	484
	334/02	12.7.2002	467
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Unite Civili)	15403/03	3.7/15.10.2003	517
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Civili)	4688/03	26.6.02/28.3.2003	522
	3854/03	6.12.02/15.3.2003	526
	3853/03	6.12.02/15.3.2003	528
	3784/03	22.1/14.3.2003	531
	3494/03	9.12.02/7.3.2003	538
	3491/03	9.12.02/7.3.2003	542
	3488/03	12.12.02/7.3.2003	546
	3487/03	9.12.02/7.3.2003	548
	3386/03	28.11.02/6.3.2003	551
	3207/03	20.11.02/4.3.2003	561
	3029/03	15.11.02/27.2.2003	564
	2948/03	25.10.02/26.2.2003	566
	2109/03	25.11.02/12.2.2003	569
	243/03	23.10.02/10.1.2003	571
	131/03	21.10.02/9.1.2003	575
	14733/02	15.5/17.10.2002	579
	3162/02	5.3.2002	501
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Brescia	475/02	14.11/21.12.2002	583
Brescia	454/02	31.10/10.12.2002	585
Brescia	222/02	2.5/27.6.2002	588
Caltanissetta	106/01	10.10/20.11.2001	592
Genova	701/02	6.9/2.10.2002	474
Milano	693/02	4/23.11.2002	597
Napoli	1522/01	17.10/28.11.2001	598
Palermo	349/01	19.4/10.7.2001	602
Trento	264/02	23.10/4.11.2002	605

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Agrigento	1011/01	20.2.2001	610
Cagliari	1738/02	3.5.2002	612
Catania	1806/02	14.5.2002	616
Chiavari	271/02	16/22.10.2002	507
Como	271/02	27.9/12.10.2002	619
Milano	959/03	26/31.3.2003	621
Milano	3417/02	6/30.11.2002	623
Milano	2898/02	8/10.10.2002	625
Milano	2332/02	11/23.7.2002	626
Milano	603/02	28.2.2002	628
Novara	58/03	25.2/12.3.2003	630
Palermo	1577/02	23.5/13.11.2002	634
Venezia	104/03	30.1/3.2.2003	635
Venezia	677/02	17/22.10.2002	637
Verbania	149/02	4.12.2002/7.1.2003	640
<hr/>			
T.A.R.			
Veneto	393/03	14.11.2002	643
<hr/>			
COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE di Pavia			
Sez. I	182/02	12.7/30.9.2002	645
<hr/>			
CORTE DEI CONTI			
Sez. Giuris. Veneto	1241/02	5/18.12.2002	647

INDICE ANALITICO**CONTRIBUTI**

- Imprenditore agricolo - Condizioni sussistenza obbligo contributivo - Reddito da pensione - Ininfluenza. (pag. 585).
- In genere - Condono - Clausola di riserva apposta sulla domanda - Disciplina *ex art.* 81, nono comma, legge n. 448 del 1998 - Esclusione degli interessi dalle somme soggette a restituzione da parte degli enti previdenziali - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza - Fondamento. (pag. 531).
- In genere - Condono previdenziale - Finalità - Riserva di accertamento negativo apposta alla domanda di condono - Contestualità con l'istanza di condono - Necessità. (pag. 564).
- In genere - Sentenza di reintegrazione di lavoratore licenziato - Successiva transazione implicante l'estinzione del rapporto lavorativo - Obbligo contributivo del datore di lavoro - Limiti. (pag. 548).
- Mancato assoggettamento a contribuzione importi retributivi - Efficacia obbligatoria usi aziendali - Decadenza da beneficio fiscalizzazione oneri sociali - Fattispecie relativa a *tickets restaurant*. (pag. 635).
- Omissione di pagamento - Emissione bollettini ante settembre 2000 - Regime sanzionatorio - L. 662/96. (pag. 623).
- Prescrizione - Atto interruttivo - Presunzione di conoscenza - Illeggibilità della firma del ricevente - Irrilevanza. (pag. 602).
- Prescrizione - *Jus superveniens* - Atto interruttivo - Effetti. (pag. 602).
- Retribuzione imponibile - Minimale contributivo commisurato alle retribuzioni stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Nozione - Limitazioni derivanti dall'applicazione del "minimo retributivo costituzionale" - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie relativa a contratto di apprendistato. (pag. 538).
- Retribuzione imponibile - "Minimale" contributivo commisurato alle retribuzioni stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Nozione - Limitazioni derivanti dall'applicazione del "minimo retributivo costituzionale" - Rilevanza - Esclusione - Società cooperative - Applicabilità - Sussistenza - Fondamento. (pag. 542).
- Ricongiunzione dei periodi assicurativi - Disciplina *ex lege* n. 29 del 1979 - Ricongiunzione presso gestioni speciali per lavoratori autonomi - Presupposti - Esistenza di un periodo di contribuzione nell'assicurazione generale obbligatoria (oppure in altre gestioni previdenziali) per lavoratori dipendenti di almeno cinque anni immediatamente antecedente alla domanda - Conseguenze - Diritto alla ricongiunzione in caso di versamento della contribuzione esclusivamente presso gestioni previdenziali per lavoratori autonomi - Esclusione - Questione di legittimità costituzionale - Non manifesta infondatezza. (pag. 551).

- Riscossione esattoriale - Opposizione - Accoglimento parziale - Conseguenze - Revoca della cartella - Sentenza di condanna. (pag. 474).
- Riscossione esattoriale - Opposizione - Oggetto del giudizio. (pag. 474).
- Sgravi (benefici, esenzioni, agevolazioni) - Assunzioni di lavoratori già licenziati a seguito di procedura di mobilità - Benefici contributivi all'impresa *ex art. 8* legge n. 223 del 1991 - Variazione titolarità soggettiva impresa con qualsiasi strumento negoziale - Mantenimento unitarietà organizzativa o produttiva azienda - Esclusione sgravi. (pag. 588).
- Sgravi (benefici, esenzioni, agevolazioni) - Classificazione imprese - Società finanziaria capogruppo - Natura manifatturiera imprese controllate - Diritto a sgravi impresa controllante - Insussistenza. (pag. 625).
- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi - Incremento occupazionale - Verifica - Riferimento ad una nozione di azienda in senso oggettivo - Necessità - Variazioni nella titolarità dell'impresa - Irrilevanza - Fattispecie in tema di associazione temporanea di imprese. (pag. 561).
- Sgravi contributivi - Imprese industriali - Attività di vendita autovetture e autofficina - Doppio inquadramento - Condizioni - Autonomia o strumentalità dell'attività industriale - Verifica - Necessità. (pag. 610).
- Socio amministratore di S.r.l. - Iscrizione gestione commercianti - Presunzione di ricorrenza requisiti - Necessita prova contraria - Esercizio attività commerciale - Fattispecie. (pag. 597).

DEPENALIZZAZIONE

- Sanzioni amministrative - Procedimento - Mancato rispetto delle disposizioni di cui alla legge 241/90 - Ininfluenza. (pag. 507).

IMPIEGO PUBBLICO

- Competenza e giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Impiego Pubblico - Concorsi interni e procedure di promozione - Giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria - Esclusione (Dlgs 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, 4° comma). (pag. 517).
- *Ex* dipendente FFSS. - Richiesta di equo indennizzo per infermità dipendente da causa di servizio - Giurisdizione Corte dei Conti - Non sussiste - Sussiste giurisdizione amministrativa. (pag. 647).

INFORTUNIO SUL LAVORO E MALATTIE PROFESSIONALI

- Misure di sicurezza - Prova del nesso di causalità. (pag. 501).

INVALIDI CIVILI

- Indennità di frequenza della scuola dell'obbligo ai minori invalidi civili - Esclusione dell'indennità per la frequenza di asili nidi - Illegittimità costituzionale *in parte qua*. (pag. 484).

LAVORO (RAPPORTO DI)

- Comportamento antisindacale - Trasferimento ad altra sede di rappresentante sindacale vincitore di concorso interno per l'attribuzione di diverso profilo professionale - Insussistenza. (pag. 612).
- Lavoratrici domestiche - Indennità di maternità - Diritto subordinato ad una determinata anzianità contributiva - Lamentata irragionevolezza e disparità di trattamento rispetto alle altre lavoratrici, nonché lesione dei diritti della madre e del nascituro - Specificità del sistema - Intervento additivo costituzionalmente non obbligato, riservato alla discrezionalità del legislatore - Inammissibilità della questione. (pag. 467).
- Licenziamento disciplinare - Codice disciplinare - Pubblicità mediante affissione - Necessità - Comportamenti in violazione del "minimo etico" - Sanzionabilità - Presupposti. (pag. 598).
- Licenziamento disciplinare - Irrogazione - Violazione di obblighi o divieti sanzionati anche penalmente - Codice disciplinare - Affissione - Irrilevanza. (pag. 598).

PENSIONI

- Casse di mutualità e fondi previdenziali - Fondi speciali di previdenza - Regolamento del trattamento pensionistico dei dipendenti dell'Associazione Nazionale per il controllo della combustione - Opzione alla cessazione del servizio per la "capitalizzazione" di una quota della pensione complessiva con conseguente decurtazione del relativo trattamento - Calcolo della pensione - Modalità - Detrazione di un importo pari ad una quota percentuale sulla pensione complessiva - Necessità. (pag. 579).
- Decadenza dall'azione giudiziaria - Termine triennale *ex art. 4 D.L. 384/1992* - Applicabilità anche ai procedimenti amministrativi iniziati anteriormente alla normativa novellata - Condizione - Diniego ricorso o inutile decorso termini collocati nella vigenza della nuova normativa. (pag. 605).
- In genere - Responsabilità per ritardato pagamento - Sentenza della Corte Cost. n. 156 del 1991 - Effetti - Colpa dell'ente previdenziale - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie relativa a domanda presentata ad ente previdenziale jugoslavo ai sensi della Convenzione italo-jugoslava del 1957. (pag. 575).
- Irripetibilità di somme indebitamente versate - Disciplina *ex art. 52*, secondo comma, legge 88/89 - Ambito di applicazione - Fattispecie. (pag. 546).
- Liquidazione - Computo - Nuova disciplina dei tetti pensionistici *ex art. 21*, sesto comma, legge 11 marzo 1988, n. 67 - Pensioni liquidate anteriormente al primo gennaio 1988 - Riliquidazione - Esclusione - Conseguenze - Eccezione di illegittimità costituzionale del detto art. 21 in relazione all'art. 3 Cost. - Manifesta infondatezza. (pag. 566).

- Pensionamento anticipato - Fondo previdenza pubblici servizi di trasporto - D.L. 501/1995 conv. in L. 11/1996 - Efficacia - Diritto alla pensione - Misura della pensione - Esclusione. (pag. 630).
- Pensione di anzianità - Contributi - Totalizzazione multipla - Territori comunitari ed extracomunitari - Cumulabilità della contribuzione - Equiparazione alla contribuzione italiana - Regolamento CEE 1408/1971 - Convenzione bilaterale Italia-Regno Unito. (pag. 621).
- Pensione di invalidità - In genere - Invalidità causata da fatto del terzo - Prestazione previdenziale - Erogazione - Diritto di surroga dell'INPS - Portata - Importo in concreto corrisposto - Esclusione - Valore capitale della prestazione - Sussistenza - Fattispecie in tema di assegno ordinario di invalidità. (pag. 522).
- Pensione di invalidità - Invalidità - Preesistenza - Capacità di lavoro - Riduzione a meno di un terzo prima della costituzione del rapporto assicurativo - Irrilevanza - Condizioni - Esercizio di attività lavorativa e successiva ulteriore diminuzione della capacità di lavoro. (pag. 526).
- Pensione di invalidità - Trasformazione in pensione di vecchiaia - Prova dell'interesse ad agire - Necessità. (pag. 634).
- Periodi assicurativi lavoro dipendente - Ricongiunzione presso gestioni lavoratori autonomi - Inammissibilità. (pag. 628).
- Ripetizione di indebito - Ratei pensione di reversibilità a inabile - Omessa dichiarazione redditi - Dolo - Sussiste - Ripetibilità importi - Sussiste - Prescrizione - Sospensione. (pag. 626).

PRESTAZIONI

- Assegno ordinario di invalidità - Contrasto fra consulenze tecniche - Adesione del giudice alle conclusioni formulate dall'ultimo consulente - Necessità di indicare le ragioni di tale adesione - Insussistenza. (pag. 569).
- Fondo di garanzia - TFR - Incremento ai sensi dell'art. 2120 c.c. - Obbligo di corresponsione - Esclusione. (pag. 592).
- Indennità di maternità - Coltivatrici dirette - Condizioni. (pag. 637).
- Indennità di mobilità - Astensione obbligatoria per maternità lavoratrice - Alternatività prestazioni. (pag. 619).
- Lavoratori parasubordinati - Assegno di invalidità - Requisito contributivo - Valutazione contributi pregressi - Condizioni - Facoltà di opzione - Totalizzazione - Riferimento - Inabilità. (pag. 640).

PROCESSO CIVILE

- Contributi - Domanda di condanna al pagamento in favore dell'INPS proposta dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro - Domanda riconvenzionale dell'INPS - Esclusione. (pag. 616).

-
- Controversie - Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Azione giudiziaria in materia di prestazioni erogate dall'INPS (nella specie indennità di malattia) - Mancata previa proposizione di ricorso amministrativo - Termine di decadenza cosiddetto sostanziale - Decorrenza dello stesso. (pag. 528).
 - Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Controversia promossa da *ex* daziere per riliquidazione prestazioni da capitale - Sussiste giurisdizione ordinaria. (pag. 643).
 - Procedimento per ingiunzione - Crediti derivanti da omesso versamento di contributi previdenziali e/o assistenziali - Attestazione del direttore della sede provinciale dell'ente creditore - Prova scritta idonea all'emissione di decreto ingiuntivo - Configurabilità. (pag. 571).

RESPONSABILITÀ CIVILE

- Risarcimento danni da errata comunicazione numero contributi - Estratto conto automatizzato - Sovrapposizione periodi contributivi - Esistenza avvertenze in calce all'estratto - Negligenza assicurato per omessa richiesta chiarimenti - Insussistenza responsabilità INPS. (pag. 583).

TRIBUTI (IN GENERALE)

- Ricorso avverso silenzio rifiuto su istanza rimborso IRPEF - Importi risarcitori erogati dall'INPS per erronee informazioni contributive - Legittimazione passiva Ente - Non sussiste - Natura di lucro cessante importi risarcitori - Assoggettabilità a tassazione. (pag. 645).

ANTONIO CIMMINO

Avvocato INPS

**LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE ED ESERCIZIO DI ATTIVITÀ
SUBORDINATA NELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLA COMUNITÀ EUROPEA**

Sommario: 1. - Il diritto comunitario del lavoro. 2. - La libera circolazione dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea sino alla fine degli anni '80. 3. - (segue) Analisi di alcuni casi notevoli: a) sentenza 23 marzo 1982 (contratto di lavoro "ad orario ridotto"); b) sentenza 3 luglio 1986 (contratto di lavoro con la Pubblica Amministrazione); c) sentenza 31 maggio 1989 (contratto di lavoro "in regime sociale"). 4. - La giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea dai primi anni '90 ad oggi. 5. - (segue) Analisi di alcuni casi notevoli: a) sentenza 26 febbraio 1992 (contratto di lavoro "a chiamata"); b) sentenza 12 maggio 1998 (libertà di circolazione e diritto di cittadinanza dell'Unione). 6. - Conclusioni.

1. — Il diritto comunitario del lavoro.

Appare quantomeno problematico, allo stato attuale, poter configurare il diritto comunitario del lavoro come un *corpus iuris* connotato da precisi tratti identificativi: si vive una fase ancora embrionale.

L'assunto trova fondamento e ragione nel fatto che non esiste, a livello comunitario, una disciplina organica della materia giuslavoristica: gli interventi normativi, che pur si sono attuati, sono prevalentemente scaturiti da situazioni contingenti la cui regolamentazione appariva improcrastinabile.

Si pensi, ad esempio, alla chiusura dello stabilimento *Renault di Villvorde* (Belgio) che ha indotto il Consiglio della Comunità europea a dedicare una particolare attenzione al tema dell'informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori: ciò ha provocato la costituzione del "Gruppo di alto livello *Gyllenhammar*" e la conseguente proposta di direttiva 5 novembre 1997 per "l'istituzione di un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea".

Il Trattato di Roma non approfondisce i temi relativi alle politiche sociali e del

lavoro: nasceva alla fine degli anni cinquanta (1) un sistema di interrelazioni tra Stati sovrani limitate ai rapporti economici e commerciali, nell'ambito delle quali il neonato diritto comunitario regolava le quattro libertà fondamentali ed in particolare, per quel che qui pertiene, la libertà di circolazione in un'ottica prettamente funzionale all'integrazione economica dei mercati europei.

L'approccio minimalista insito nella logica funzionalista (2) ha dominato, dal 1957 al 1974, anche le tematiche giuslavoristiche rispetto alle quali si è concretizzato un moto di interesse intorno alla metà degli anni settanta nella breve stagione dell'"armonizzazione funzionalista" (3) con l'adozione delle tre fondamentali direttive in materia di licenziamenti collettivi (75/129), di trasferimenti d'azienda (77/187), di insolvenza delle imprese in crisi (80/187).

Gli anni '80 hanno poi segnato il tempo dell'eurosclerosi e solo attraverso l'Atto Unico europeo del 1986 si è riusciti ad introdurre qualche innovazione nel processo decisionale comunitario con positive ripercussioni in materia sociale e del lavoro.

La Carta sociale europea del 1989, che pur nella sua limitatezza ha configurato il ritorno alle politiche sociali, ha introdotto il Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992: Maastricht rappresenta infatti, nel bene e nel male, una tappa fondamentale poiché innanzitutto segna un cambiamento di strategia ed una convergenza verso un sistema di *soft law* che contempla, nella materia in esame, interventi più mirati, anche nel numero, e meno invasivi.

Inoltre Maastricht significa APS (l'Accordo sulla Politica Sociale, inizialmente stipulato solo tra undici Stati membri) con l'estensione delle competenze comunitarie alla sfera sociale e la previsione del principio maggioritario in materie sempre più numerose: solo attraverso il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, però, è stata introdotta l'istanza sociale nel Trattato istitutivo della CEE, attraverso la riforma del titolo VIII.

Appartengono poi alla cronaca la proclamazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione (Nizza, dicembre 2000), ed il recentissimo *preliminary draft* del *Constitutional Treaty*, reso pubblico dalla Convenzione europea nella sessione plenaria del 28 ottobre 2002: si può adesso affermare che le tematiche sociali e del mondo del lavoro trovano, finalmente, un'ampia eco anche in ambito comunitario.

Da ciò a pensare che i diritti nazionali del lavoro tendano ad essere fagocitati dal diritto europeo ci passa tanto: in realtà, le differenze tra realtà nazionali sono talmente ampie che il diritto comunitario, in un campo così delicato e vasto, per il momento

(1) Mancini G. F. (1998), *Argomenti per uno Stato europeo*, Sociologia del diritto, pag. 8.

(2) È nota la felice espressione di G. F. Mancini che "accusa" il Trattato di Roma di "frigidità sociale": la filosofia funzionalista mirava ad un'integrazione limitata ad alcuni settori (agricoltura, carbo-siderurgia, tariffe doganali, trasporti, energia...) che avrebbero dovuto svolgere una funzione catalizzatrice nei confronti degli altri. L'armonizzazione in materia sociale e del lavoro sarebbe dovuta quindi scaturire quale naturale conseguenza del funzionamento del Mercato comune.

(3) Giubboni S. (2001), *Politiche sociali e leggi dell'economia. L'integrazione sociale europea rivisitata*, Rivista del diritto e della sicurezza sociale, pag. 64.

può solo mirare ad un'armonizzazione delle normative nazionali piuttosto che ad un'uniformazione (4).

Non a caso lo strumento giuridico elettivo nell'ambito comunitario del diritto del lavoro è, da sempre, la direttiva: fonte tipica indicata nei Trattati (art. 249 TCE), è sicuramente la via più idonea al perseguimento dell'armonizzazione in materia giuslavoristica poiché vincola lo Stato membro al risultato da raggiungere mentre forme e mezzi sono demandati alla disciplina interna.

La direttiva, contemperando (anzi, presupponendo) la diversità tra gli ordinamenti nazionali, è il tipico strumento in tema di armonizzazione laddove, viceversa, il regolamento ha come obiettivo l'uniformazione del diritto, poiché impone una disciplina minima ad applicabilità diretta (*self executing*) e direttamente efficace, tanto verso gli Stati membri quanto verso i privati (efficacia diretta verticale ed orizzontale).

L'armonizzazione rappresenta quindi la meta sovente contrastata poiché non sono mai mancate le resistenze da parte degli Stati membri volte ad accreditare una lettura in chiave restrittiva delle fonti comunitarie (5): in relazione a detto atteggiamento, ciò che preme subito evidenziare è il ruolo svolto proprio dalla Corte di Giustizia della Comunità europea, cioè l'organo istituzionalmente preposto alla vigilanza del rispetto delle fonti comunitarie nonché l'interprete supremo dei Trattati.

In realtà la Corte, oltre tali precipue funzioni, ha progressivamente assunto quella di legislatore "occulto" (6), in questo certamente favorita dall'inerzia del Legislatore istituzionale, probabilmente troppo impegnato a far quadrare i conti di una volontà politica spesso dilaniata nella scelta della formula ideale per dare corpo alle istanze che trovano enunciazione nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea (si ricordano le espressioni immaginifiche di "Europa a più velocità", "Europa "à la carte" basata sul principio dell' "opting out", "Europa a geometria variabile", "Europa a cerchi concentrici" (7)).

A ciò si aggiunga che le "interferenze funzionali" operate della Corte di Giustizia, che talvolta ha sconfinato nell'ambito più propriamente riservato al potere legislativo, sono state dettate, oltre che dalla latitanza di un'idea politica "forte", anche dal fatto che sovente gli Stati membri si sono mostrati recalcitranti nel recepire al proprio interno la normativa comunitaria bisognosa di attuazione (come spesso è avvenuto proprio a proposito dell'adozione delle direttive comunitarie) (8).

(4) Perone G. (2000), *Lineamenti di diritto del lavoro*, pag. 301.

(5) Per citare un esempio il Governo danese, nel presentare le proprie Osservazioni nella causa LEVIN (CGCE sentenza 23 marzo 1982, Levin/Staatssecretaris van justitie, causa 53/81, Racc. giurisp. 1982 pag. 1035), proponeva: "...finché il Consiglio non avrà stabilito un criterio preciso che consenta di circoscrivere le categorie rispettive di lavoratori subordinati e lavoratori indipendenti cui spetta il permesso di soggiorno di validità quinquennale, gli Stati membri conservano la facoltà di fissare autonomamente il periodo minimo della durata del lavoro e il reddito minimo di un'attività lavorativa, condizioni che il lavoratore straniero deve soddisfare per poter ottenere un permesso di soggiorno...".

(6) Perone G. (2000), *Lineamenti cit.*, pag. 306.

(7) Mammarella G. e Cacace P. (1999), *Storia e politica dell'Unione europea*, pag. 264 e ss..

(8) CGCE sentenza 19 novembre 1991, Francovich/Repubblica italiana, cause riunite 6/90 e 9/90, Racc. giurisp. 1991, pag. I-5357.

Il massimo organo giurisdizionale si è quindi fortemente “attivato” e questo attivismo della Corte, criticato in parte (9), ha portato all’emissione di sentenze di condanna degli Stati membri per mancata o ritardata attuazione delle direttive stesse il che, in ultima analisi, ha però finito col promuovere l’integrazione dei sistemi giuridici nazionali.

Da quanto sin qui detto si può quindi ragionevolmente concludere che, se esiste un diritto comunitario del lavoro, esso non si presenta come un *corpus iuris* organico di norme: ciò non esclude però che, nei settori in cui vi è stato un intervento (come la sicurezza sul luogo di lavoro, la parità di trattamento etc.) il diritto del lavoro e della sicurezza sociale degli Stati membri abbia già concluso un profondo processo di europeizzazione.

Nei settori in cui l’intervento non si è avuto permangono volute lacune o, spesso, come vedremo è stata la Corte di Giustizia a supplire: in ogni caso la libertà di circolazione dei lavoratori ha rappresentato il paradigma rispetto al quale la Commissione, sin dall’origine, ha modellato progressivamente la propria politica sociale e del lavoro (10).

2. — *La libera circolazione dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sino alla fine degli anni '80.*

Si accennava, in precedenza, al ruolo svolto dalla Corte di Giustizia quale legislatore “occulto” della disciplina giuslavoristica europea.

Occorre adesso precisare come detta funzione di supplenza sia stata però sempre esercitata secondo prudenza estrema: un dato lampante può spiegare l’assunto ove si consideri che, nella materia in esame, le espressioni “lavoratore” e “attività subordinata” non sono espressamente definite da alcuna norma comunitaria (Levin (11)).

Quindi, l’assenza di un dato positivo che equivalga all’art. 2094 del Codice civile italiano, ha costretto la Corte ad una funzione necessitata consistente nell’enucleazione, attraverso un’opera di interpretazione creatrice originata dall’esame del dato fenomenologico, di un catalogo di attributi che hanno progressivamente dato corpo alle definizioni giuridiche comunitarie di “lavoro”, di “lavoratore” e di “attività subordinata”.

Punto di arrivo di questo processo è stata l’autonoma formulazione della stessa definizione di “lavoratore subordinato” (12).

Al tempo stesso la Corte si è ben guardata (proprio in assenza di una norma definitoria) dal procedere, a livello interpretativo, in modo tale da restringere l’accezione

(9) Gaja G. (2000), *Introduzione al diritto comunitario*, pag. 42.

(10) Giubboni S. (1998), *Libertà di circolazione e protezione sociale nell’Unione europea*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 77, pag. 82.

(11) CGCE sentenza 23 marzo 1982, Levin/Staatssecretaris van Justitie, causa 53/81, *Racc. giurispr.* 1982 pag. 1035.

(12) CGCE sentenza 3 luglio 1986, Lawrie-Blum/Land Baden-Wuerttemberg, causa 66/85, *Racc. giurispr.* 1986 pag. 2121.

comune e naturale del termine stesso: questo non significa (13) (14) però che il giudice europeo abbia mirato ad ampliare la nozione di lavoratore subordinato poiché tale conclusione non renderebbe il travaglio e la complessità dell'opera svolta dai Giudici del Lussemburgo oltre a non spiegare la posizione assunta, ad esempio, in *Raulin* (15), in *Martinez Sala* (16), o in *Bettray* (17).

In quest'ultimo caso, ad esempio, la Corte ha affermato che tutti i rapporti di lavoro caratterizzati da una causa mista in cui la *ratio* tipica del contratto di lavoro si mescoli con motivazioni più o meno marcatamente "sociali", non rientrano nell'ambito d'applicazione dell'art. 39 TCE: questo appare un approccio nient'affatto elastico.

In definitiva, la Corte si è sempre comportata come un geloso tutore dei Trattati: per un verso ne ha difeso le norme dall'aggressività degli Stati membri, sempre gelosi e restii a cedere "porzioni" della sovranità nazionale, soprattutto in una materia come il diritto del lavoro.

Al tempo stesso però si è ben guardata dall'avallare prospettazioni troppo ardite, in questo esercitando una funzione contenitiva piuttosto che marcatamente propulsiva: un delicato e costante intervento ispirato al pragmatismo *monnettiano* che ha portato alla nascita della stessa Comunità economica europea, attraverso prudenti interventi esegetici, estremamente mirati, anche se di portata strategica per lo più limitata.

Sino alla fine degli anni '80, la Corte è andata progressivamente consolidando una serie canoni interpretativi estrapolati dallo scarno dato testuale: poiché le espressioni "lavoratore" e "attività subordinata" non trovavano compiuta definizione in alcuna disciplina della materia in esame, i giudici del Lussemburgo si sono dapprima limitati ad indicare, attraverso argomenti *a contrario*, quali dovessero ritenersi le condizioni fattuali rispetto alle quali *non* fosse possibile invocare l'applicazione delle norme in esame.

Tuttavia, una preoccupazione è stata subito presente nel pensiero del supremo giudice europeo: rivendicare, delimitare e salvaguardare un'area intangibile nell'ambito della quale la valenza giuridica delle espressioni "lavoratore" e "attività subordinata" fosse affrancata dal rinvio alla normativa degli Stati membri.

La Corte ha sempre affermato come la precisazione delle espressioni "lavoratore" e "attività subordinata" dovesse avvenire avvalendosi dei principi ermeneutici generalmente ammessi e comunque assumendo, come base, il senso che correntemente si attribuisce a dette espressioni nel loro contesto e solo alla luce delle finalità del Trattato di Roma: dette espressioni hanno quindi "portata comunitaria" (*Levin*) poiché ivi trova espressione una delle quattro libertà fondamentali qual'è appunto la libertà di circolazione (*Lawrie-Blum e Bettray*).

(13) Perone G. (2000), *Lineamenti* cit., pag. 335.

(14) Cinelli M. (1999), *Diritto della previdenza sociale*, pag. 83.

(15) CGCE sentenza 26 febbraio 1992, *Raulin/Minister van Onderwijs*, causa C-357/89, Racc. giurisp. **1992**, pag. I-01027

(16) CGCE sentenza 12 maggio 1998, *Martinez Sala/Freistat Bayern*, causa C-85/96, Racc. giurisp. **1998**, pag. I-2691

(17) CGCE sentenza 31 maggio 1989, *Bettray/Staatssecretaris van justitie*, causa 344/87, Racc. giurisp. **1989**, pag. 1621

Da ciò la Corte ha fatto conseguire che, in quanto estrinsecazione del principio di libertà di circolazione, l'art. 39 TCE non può essere interpretato restrittivamente (*Lawrie-Blum, Betray, Centre Public d'aide Sociale de Courcelles* (18)): viceversa sono le eccezioni e le deroghe al principio stesso che sono di stretta interpretazione (*Levin, Centre Public d'aide Sociale de Courcelles, Kempf* (19)).

Eccezioni e deroghe al principio della libera circolazione dei lavoratori sono state tutte valutate dalla Corte con estrema attenzione, non essendo peraltro mai cessati i tentativi degli Stati membri volti ad erodere, a beneficio della legislazione nazionale, la portata delle norme in esame.

Solo verso la metà degli anni '80 la Corte è approdata all'autonoma definizione della nozione di "lavoratore", ai sensi dell'art. 39 TCE: sollecitato il ricorso a criteri oggettivi nell'interpretazione del rapporto di lavoro (demandata, in fatto, al giudice nazionale) i giudici del Lussemburgo hanno individuato l'essenza del rapporto stesso nella circostanza per cui una *persona fornisca prestazioni di indiscusso valore economico ad un'altra persona e sotto la direzione della stessa, ricevendo come contropartita una retribuzione* (*Lawrie-Blum*).

Ai fini della qualifica di "lavoratore", purché si tratti dell'esercizio di attività reali ed effettive, non concorrono fattori esterni come una produttività più o meno elevata, l'origine delle risorse che consentono la retribuzione, la natura del vincolo giuridico che unisce il lavoratore stesso al datore di lavoro (*Betray*).

La Corte ha affermato inoltre che deve trattarsi altresì "dell'esercizio di attività reali ed effettive", poiché solo in questo caso si rientra nel campo d'applicazione delle norme relative alla libera circolazione dei lavoratori, "*restando escluse da questa sfera le attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie*" (*Levin, Kempf*).

La Corte ha applicato detto criterio in maniera rigida come in *Betray* dove si è affermato che le attività svolte nell'ambito di una normativa nazionale destinata a fornire lavoro allo scopo di conservare, ripristinare o favorire l'idoneità al lavoro (di coloro i quali, per un periodo indeterminato, non sono in grado, per circostanze relative al loro stato, di lavorare in modo normale), non possono essere considerate attività economiche "reali ed effettive" giacché costituiscono solo un mezzo di rieducazione di coloro che le svolgono.

Ed ancora in tema di "attività reali ed effettive", neanche la mera prospettiva di un impiego in un altro Stato membro presenta un nesso sufficiente col diritto comunitario, tale da giustificare l'applicazione dell'art. 39 TCE. Le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione dei lavoratori non si applicano, quindi, a situazioni puramente interne ad uno Stato membro, cioè in mancanza di qualsiasi fattore di collegamento ad una qualunque delle condizioni contemplate dal diritto comunitario (20).

(18) CGCE sentenza 18 giugno 1987, *Centre public d'aide sociale de courcelles/Marie-Christine Lebon*, causa 316/85, Racc. giurisp. **1987**, pag. 2811

(19) CGCE sentenza 3 giugno 1986, *Kempf/Staatssecretaris van justitie*, causa 139/85, Racc. giurisp. **1986**, pag. 1741

(20) CGCE sentenza 28 giugno **1984**, *Moser/Land Baden-Wuerttemberg*, causa 180/83, Racc. giurisp. 1984, pag. 2539; di recente Sgroi A. (2002), *Apolidi e profughi nel diritto del lavoro comunitario*, nota a CGCE sentenza 11 ottobre 2001, *Mervett Khalil/Bundesanstalt für arbeit*, cause riunite da C-95/99 a C-98/99 e C-180/99, *Informazione previdenziale*, pag. 82.

La prestazione lavorativa erogata, secondo la Corte, deve altresì avere “indiscusso valore economico” (*Watson, Donà, Lawrie-Blum* (21)).

Gli artt. 2 e 3 TCE, oltre l’art. 39, fondano l’argomento più volte utilizzato della Corte: le disposizioni in esame sanciscono, come vedremo, la libertà di circolazione solo in favore dei lavoratori la cui attività sia suscettibile di incidere nella vita economica degli Stati membri o che contribuiscano, col loro lavoro, allo sviluppo della Comunità stessa.

Del resto, dal tenore dell’enunciazione del principio della libera circolazione nonché dalla collocazione delle norme in materia nell’architettura del Trattato di Roma, si evince che dette norme garantiscono la libera circolazione solo a coloro i quali esercitano, o intendano esercitare, un’attività economica (*Levin, Bettray*).

La natura economica delle attività in questione, per altro verso, non può essere negata per il fatto che esse vengano esercitate in un regime di diritto pubblico, poiché la natura del rapporto giuridico che intercorre fra il lavoratore ed il datore di lavoro (*status* di diritto pubblico o contratto di diritto privato) è irrilevante ai fini dell’applicazione dell’art. 39 (*Lawrie-Blum, Sotgiu* (22)).

Infine, in tema di deroghe poste al principio della libera circolazione dei lavoratori, occorre fare un cenno all’art. 39, n. 4, del Trattato: esso prevede, com’è noto, l’esclusione dei criteri enunciati all’art. 39, nn. 1/3, TCE in tema di accesso alla Pubblica Amministrazione.

La Corte è stata vigile nel non cedere alle pressioni degli Stati membri inclini a dilatare oltremodo il concetto di Pubblica Amministrazione riservandone così l’accesso ai soli cittadini dello Stato membro territoriale.

È stato infatti affermato che gli impieghi nella Pubblica Amministrazione, esclusi dal campo d’applicazione dei nn. da 1 a 3 dell’art. 39 TCE, sono solo quelli che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all’esercizio dei pubblici poteri e delle mansioni che hanno ad oggetto la tutela specifica degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche (*Commissione/Regno del Belgio e Commissione/Repubblica Francese* (23)).

3. — (segue) *Analisi di alcuni casi notevoli.*

A) Sentenza della Corte del 23 marzo 1982, D. M. Levin contro Staatssecretaris van justitie-Segretario di Stato alla giustizia (domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Raad van state-Consiglio di Stato olandese). Causa 53/81.

(21) CGCE sentenza 7 luglio 1976, *Watson/Belman*, causa 118/75, Racc. giurisp. **1976**, pag. 1185; CGCE sentenza 14 luglio 1976, *Donà/Mantero*, causa 13/76, in Racc. giurisp. **1976**, pag. 1333

(22) CGCE sentenza 12 febbraio 1974, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, causa 152/73, Racc. giurisp. **1974**, pag. 153

(23) CGCE sentenza 26 maggio 1982, *Commissione della Comunità europea/Regno del Belgio*, causa 149/79, Racc. giurisp. **1982**, pag. 1845; CGCE sentenza 3 giugno 1986, *Commissione della Comunità europea/Repubblica francese*, causa 307/84, Racc. giurisp. **1986**, pag. 1725.

Nella fattispecie la ricorrente nella causa principale D. M. Levin, cittadina britannica coniugata con un cittadino di un paese terzo (Sudafrica), a seguito del matrimonio contratto nel 1977 decideva di stabilirsi in Olanda dove entrambi i coniugi avevano saltuariamente lavorato in passato.

Nel 1978 (13 gennaio), la Levin chiedeva alle autorità olandesi un permesso di soggiorno che veniva negato dal Capo della polizia di Amsterdam con la motivazione che — tra l'altro — la richiedente non esercitava alcuna attività lavorativa in Olanda e che, di conseguenza, non poteva considerarsi "cittadino Cee privilegiato" ai sensi della disciplina nazionale olandese.

La Levin chiedeva quindi la revisione del provvedimento allo Staatssecretaris van justitie (Segretario di Stato per la giustizia): poiché anche quest'ultima istanza veniva respinta, proponeva ricorso al Raad van State (Consiglio di Stato), facendo presente che, nel frattempo essa aveva iniziato a prestare lavoro subordinato in Olanda (in un albergo, come cameriera con contratto ad orario ridotto, per un totale di circa 20 ore settimanali) e che — comunque — sia lei stessa che il marito disponevano di risorse più che sufficienti al loro mantenimento.

Il Raad van State sottoponeva alla CGCE domanda pregiudiziale interpretativa ex art 234 del Trattato: tra le questioni poste alla Corte le più rilevanti sono:

1) Se la nozione di "cittadino CEE privilegiato" (begunstigde eeg-onderdaan) con la quale s'intende, nella legislazione olandese, il cittadino di uno Stato membro ai sensi dell'art. 1 della direttiva 64/221/CEE (ed alla quale detta legislazione si riferisce per definire la categoria di persone cui si applica l'art. 48 (adesso 39) del TCE, nonché il regolamento 68/1612/CEE, e le direttive 64/221CEE e 68/360/CEE, emanati per l'attuazione del suddetto articolo), vada intesa come riguardante anche un cittadino di uno Stato membro il quale presti, nel territorio dello Stato membro ospitante, lavoro subordinato in misura così limitata da ricavarne un reddito inferiore a quello che, in quest'ultimo Stato, viene considerato come il minimo necessario per provvedere alle spese di sussistenza.

2) Se, alla luce della normativa comunitaria in materia, si debba distinguere le persone che integrano i redditi ricavati dalla loro limitata attività lavorativa con "ulteriori" entrate (ad esempio, derivanti da cespiti patrimoniali o "altre" entrate provenienti dal lavoro del coniuge), rispetto alle persone che non dispongono di siffatti "ulteriori" redditi accessori ma che, per loro ragioni, dichiarano di volersi accontentare di un reddito inferiore a quello generalmente considerato come il "minimo necessario" nello Stato membro presso il quale prestano attività lavorativa.

La sentenza Levin costituisce una pietra miliare, un costante punto di riferimento in materia di diritto di soggiorno (art. 4 della direttiva n. 68/360/CEE).

Innanzitutto conferma quell'indirizzo giurisprudenziale di strenua difesa della "portata comunitaria" delle norme sulla libera circolazione: i Governi olandese e danese, presentando le proprie osservazioni (ex art. 20 del protocollo sullo Statuto della CGCE), avevano suggerito un'interpretazione "in bianco" della norma ex art. 39 TCE attraverso la quale consentire agli stessi Stati membri di determinare, liberamente ed autonomamente, le condizioni minime valevoli per il lavoratore migrante al fine di ottenere il permesso di soggiorno nello Stato membro ospitante.

Detta prospettazione viene respinta fermamente dalla Corte: se ciò fosse consentito, se cioè venisse meno la “portata comunitaria” delle norme in esame, gli Stati membri sarebbero posti nella condizione di determinare unilateralmente, attraverso la modifica del diritto del lavoro nazionale, il campo d’applicazione *ratione personae* delle norme comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori.

Invece dette norme, poiché definiscono i contorni di una delle libertà fondamentali garantite dal TCE, non possono che essere interpretate alla luce della normativa comunitaria (24), e comunque mai in senso restrittivo (punto 13 della motivazione).

Alla Corte viene altresì posto un quesito ulteriore: se un contratto di lavoro ad orario ridotto possa essere sufficiente, a fronte dell’esiguità della retribuzione, a far sorgere in capo al soggetto così assunto lo *status* di lavoratore subordinato titolare dei diritti *ex art. 39 TCE*.

Giova qui ricordare come, all’epoca della pubblicazione della sentenza *Levin*, la Corte non avesse ancora elaborato un’autonoma definizione della nozione di “lavoratore” e di “attività subordinata” (ciò avverrà solo nel 1986 attraverso la sentenza *Lawrie-Blum*).

Non deve quindi sorprendere l’approccio interpretativo ancora “trasversale”.

Il dato di partenza è la lacuna del diritto poiché le nozioni di “lavoratore” e di “attività subordinata” non trovano definizione in ambito comunitario: a fronte di ciò, la Corte qui si limita a richiamare prudenti canoni ermeneutici (“*occorre assumere come base interpretativa il senso che correntemente si attribuisce a dette espressioni nel loro contesto ed alla luce delle finalità del Trattato*”: punto 9 della motivazione).

E poiché tra le finalità del Trattato (artt. 2 e 3) rientrano l’abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, la promozione dell’armonico sviluppo delle attività economiche nella Comunità ed il miglioramento del tenore di vita, non v’è contraddizione nell’affermare che il contratto di lavoro ad orario ridotto, pur potendo ipoteticamente dar luogo ad un reddito inferiore a quello considerato come “minimo vitale” in un dato Stato membro, possa comunque rappresentare per molti lavoratori provenienti da altri Stati membri un mezzo efficace proprio al fine di migliorare il proprio tenore di vita.

Il quesito posto viene quindi risolto attraverso il richiamo ai principi generali e poiché non v’è norma, in tutto il diritto comunitario, che riservi il godimento dei diritti scaturenti dal principio della libera circolazione dei lavoratori ad esclusivo favore di una figura ipotetica e standardizzata di prestatore a tempo pieno, che percepisca una retribuzione quantomeno equivalente al minimo garantito per quel determinato settore in quel determinato Stato membro, si deve concludere che la normativa nazionale deve cedere al confronto-contrasto con l’art. 39 TCE.

Le norme di diritto comunitario in materia di libera circolazione dei lavoratori si applicano quindi al lavoratore migrante, cittadino di uno Stato membro, pur se questi abbia stipulato un contratto di lavoro ad orario ridotto (ed, in genere, un’attività subordinata ad orario ridotto: punto 15 della motivazione) anche nel caso in cui detto lavora-

(24) CGCE sentenza 19 marzo 1964, *Unger/Bedrijfsvereniging voor detail handel en ambachten*, causa 75/63, Racc. giurispr. 1964, pag. 347.

tore tragga da tale attività redditi inferiori a quanto si consideri “minimo vitale” nello Stato membro ospitante, ed indipendentemente dal fatto che il medesimo soggetto integri i proventi della sua attività subordinata con altre entrate che gli consentano di raggiungere il suddetto “minimo vitale”, oppure, si accontenti di mezzi di sussistenza inferiori a detto minimo, purché l’attività subordinata sia esercitata “*realmente ed effettivamente*”.

In *Levin* la Corte quindi introduce un criterio che aggancia il contratto di lavoro al dato concreto: l’attività subordinata deve essere esercitata “*realmente ed effettivamente*”.

Ciò premesso, purché l’attività sia esercitata “*realmente ed effettivamente*”, non sussistono aprioristiche preclusioni a svantaggio di chi svolga un’attività subordinata ad orario ridotto e percepisca, a cagione di ciò, una retribuzione inferiore al minimo necessario secondo la legislazione di un dato Stato membro.

È questo un principio che sarà costantemente mantenuto nella giurisprudenza comunitaria degli anni seguenti, in simbiosi con quello, parimenti enunciato in *Levin* (ma già formulato precedentemente, ad esempio, in *Watson e Donà*) della “valenza economica” dell’attività che il lavoratore migrante intende esercitare.

Il parallelismo con la successiva sentenza *Kempf* sorge spontaneo: qui la lavoratrice, assunta con contratto ad orario ridotto percepisce una retribuzione non sufficiente a perfezionare il requisito del “minimo vitale” richiesto dalla legislazione dello Stato membro, ed integra la suddetta retribuzione con redditi del coniuge.

In *Kempf* (cittadino tedesco, insegnante di musica a tempo parziale per dodici ore settimanali in Olanda), invece, l’integrazione della retribuzione scaturente da un contratto di lavoro ad orario ridotto avviene per effetto di un aiuto finanziario (sussidio di disoccupazione oltre ad un’indennità per invalidità al lavoro) erogato dello Stato membro ospitante.

In entrambi i casi la soluzione indicata dalla Corte rimane invariata: purché sia provato il carattere “reale ed effettivo” dell’attività subordinata, non esiste alcuna preclusione normativa comunitaria al riconoscimento del diritto di soggiorno che si fondi sull’entità dei proventi da lavoro dipendente, *rectius*, sulla tipologia degli introiti che possono integrare i suddetti proventi.

Il soggetto che eserciti, realmente ed effettivamente, un’attività lavorativa subordinata ad orario ridotto non può quindi essere escluso dall’applicazione dei benefici del diritto comunitario per il semplice fatto che cerchi d’integrare i proventi di questa attività, inferiori al minimo vitale, con altri mezzi di sussistenza leciti.

B) Sentenza della Corte del 3 luglio 1986, D. Lawrie-Blum contro Land Baden-Württemberg, (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dal Bundesverwaltungsgericht). Causa 66/85.

Nella fattispecie la ricorrente nella causa principale Deborah Lawrie-Blum, cittadina britannica, dopo aver superato presso l’Università degli Studi di Freiburg l’esame per l’insegnamento nei licei-ginnasi della Repubblica federale di Germania non veniva ammessa, dall’Oberschulamt (Provveditorato agli studi) di Stuttgart, al tirocinio che si conclude con il secondo esame di Stato (zweite staatsprüfung) per il conseguimento dell’abilitazione all’insegnamento nei licei-ginnasi: ciò avveniva in ragione della sua cittadinanza.

Nella Repubblica federale di Germania il completamento del tirocinio ed il possesso del diploma relativo al secondo esame di Stato sono giuridicamente indispensabili per l'accesso alla professione di insegnante negli istituti scolastici pubblici e, in pratica, anche per quanto riguarda gli istituti scolastici privati.

Il tirocinante (studienreferendar), una volta ammesso, acquista lo status di pubblico dipendente che, nella Repubblica federale di Germania, è riservato a coloro i quali posseggono i requisiti personali necessari per accedere al pubblico impiego tra i quali, per primo, la cittadinanza tedesca.

La Lawrie-Blum impugnava il diniego d'accesso al tirocinio, prima dinanzi al Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo) di Freiburg poi, in seconda istanza dinanzi al Verwaltungsgerichtshof (Corte d'appello amministrativa) del Baden-Württemberg: in entrambi i casi con esito infausto poiché i giudici tedeschi ritenevano che, a norma dell'art. 48 (adesso 39), n. 4, TCE, gli impieghi nella pubblica amministrazione devono ritenersi sottratti alla normativa in tema di libera circolazione dei lavoratori.

Il Bundesverwaltungsgericht, adito a sua volta con ricorso per cassazione (revision) dalla Lawrie-Blum, decideva di sospendere il processo finché la Corte di Giustizia, cui veniva sottoposta domanda pregiudiziale interpretativa ex art 234 del Trattato, non si fosse pronunciata.

La questione posta alla Corte consta nel valutare se le norme di diritto comunitario relative alla libera circolazione dei lavoratori (art. 39 del TCE; art. 1 del regolamento n. 68/1612/CEE e successivi emendamenti) attribuiscano ai cittadini di uno Stato membro il diritto di essere ammessi nello Stato membro ospitante ad un tirocinio statale per il posto di insegnante alle stesse condizioni del cittadino nazionale, anche se, a norma del diritto interno, il tirocinante è inquadrato nel pubblico impiego (per il cui accesso è necessaria la cittadinanza nazionale).

L'esame della sentenza consente di approfondire il pensiero della Corte in ordine alle possibili deroghe all'art. 39, nn. 1/3, TCE, ed in particolare alla deroga ex art. 39, n. 4, TCE relativa alle limitazioni poste ai lavoratori migranti all'accesso nelle Pubbliche Amministrazioni degli Stati membri ospitanti.

Tuttavia, il dato più rilevante in Lawrie-Blum è la prima, autonoma, definizione della nozione di "lavoratore subordinato" qualificato dalla Corte come la "persona che fornisca prestazioni di indiscusso valore economico ad un'altra persona e sotto la direzione della stessa, ricevendo come contropartita una retribuzione" (punto 17 della motivazione).

La Corte afferma che, nella fattispecie, il lavoro consistente nel "tirocinio preparatorio alla professione d'insegnante" rientra nella definizione sopra formulata qualora l'insegnante in prova svolga, sotto la direzione e la sorveglianza delle pubbliche autorità scolastiche, un'attività lavorativa durante la quale fornisca prestazioni (dando lezioni) e ricevendo in cambio una retribuzione.

E poiché le norme in materia di libera circolazione sono insuscettibili d'interpretazione restrittiva (Levin, Kempf, Centre Public d'aide Sociale), anche le limitazioni ex art. 39, n. 4, TCE soggiacciono alla medesima regola ermeneutica quindi sono di stretta interpretazione.

Secondo la Corte, detta deroga dev'essere inoltre applicata in modo tale da limitarne la portata a quanto strettamente necessario per la salvaguardia degli inte-

ressi specifici che la norma stessa consente agli Stati membri di tutelare (principio di proporzionalità).

Infatti, come già affermato in *Kempf*, se il godimento dei diritti attribuiti in forza della libera circolazione dei lavoratori venisse meno a seguito della dilatazione a dismisura del concetto di “Pubblica Amministrazione”, in ossequio alle rispettive normative interne degli Stati membri ospitanti, si negherebbe la “portata comunitaria” della norma medesima.

L’attribuzione della qualifica di “pubblico dipendente”, alla luce della normativa nazionale dello Stato membro, non vale quindi ad escludere l’applicabilità delle norme *ex art.* 39, nn. 1/3, TCE poiché il criterio discrezionale non può essere basato sul dato formale (la mera configurazione giuridica del rapporto di lavoro, la natura giuridica del vincolo o il settore in cui le prestazioni sono fornite) bensì deve risiedere nel dato fattuale, cioè nell’esercizio di attività lavorativa subordinata effettiva e reale (25).

Pertanto, per “impieghi nella pubblica amministrazione” ai sensi dell’art. 39, n. 4, devono intendersi soltanto quelle attività che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all’esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato (26).

C) Sentenza della Corte del 31 maggio 1989, I. Bettray contro Staatssecretaris van justitie-Segretario di Stato alla giustizia (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dal Raad van state-Consiglio di Stato olandese). Causa 344/87.

Nella fattispecie il ricorrente nella causa principale I. Bettray, cittadino tedesco, aveva accesso nel 1980 (luglio) in Olanda: nel 1981 e nel 1982 chiedeva al Capo della polizia locale il permesso di soggiorno, il secondo dei quali sul presupposto che egli si trovava in cura presso un centro di recupero per tossicodipendenti.

Entrambe le richieste venivano respinte, con la motivazione che — tra l’altro — il Bettray stesso non poteva considerarsi “cittadino Cee privilegiato” ai sensi della disciplina nazionale olandese: nel frattempo il Bettray richiedeva ed otteneva, dal Ministro olandese del lavoro, un provvedimento con cui veniva equiparato, ai fini della legge sul collocamento sociale (Wet Sociale Werkvoorziening), ad un cittadino olandese, ed in forza della legge medesima (aprile 1983), iniziava a lavorare a tempo determinato presso la ditta Ergon di Eindhoven.

Il Bettray presentava quindi, senza esito positivo, una nuova domanda volta ad ottenere il rilascio del permesso di soggiorno, motivandola, questa volta, con lo svolgimento di un’attività lavorativa subordinata: successivamente proponeva ricorso gerarchico per la revisione del provvedimento negativo davanti allo Staatssecretaris van justitie (Segretario di Stato per la giustizia).

(25) CGCE sentenza 12 febbraio 1974, Sotgiu/Deutsche Bundespost, causa 152/73, Racc. giurisp. **1974**, pag. 153

(26) CGCE sentenza 17 dicembre 1980, Commissione delle Comunità europee/Regno del Belgio, causa 149/79, Racc. giurisp. **1980**, CGCE sentenza 30 maggio 1989, P.Allue e C.M.Coonan/Università degli Studi di Venezia, causa 33/88, Racc. giurisp. **1989**, pag. 1591.

Poichè anche quest'ultima istanza veniva respinta, proponeva ricorso al Raad van State (Consiglio di Stato) che sottoponeva alla CGCE domanda pregiudiziale interpretativa ex art 234 del Trattato.

La questione posta alla Corte verte sul punto se l'art. 48 (ora 39), n. 1, del Trattato CEE (e l'art. 1, n. 1, del regolamento n. 68/1612/CEE) vadano interpretati nel senso che ad un cittadino di uno Stato membro, che svolga un'attività dipendente nello Stato membro ospitante a norma di un regime sociale analogo a quello istituito e disciplinato in Olanda dalla WSW — 'Wet Sociale Werkvoorziening' (legge sul collocamento sociale), possa essere riconosciuto, per quest'unico motivo, lo status di lavoratore ai sensi del diritto comunitario.

La sentenza evidenzia come l'atteggiamento della Corte di Giustizia, nell'interpretazione delle tutele previste a favore dei lavoratori migranti, sia stato per nulla "morbido": per certi versi, come vedremo, la Corte giunge ad una conclusione che, alla luce della cultura giuslavoristica italiana, quasi si fatica a credere.

In principio, viene infatti ribadito il criterio ermeneutico secondo il quale la negazione dello status di lavoratore migrante non possa derivare, in genere, dalla particolare natura giuridica del rapporto di lavoro (nel caso di specie, istituito nell'ambito della WSW, *id est*, la legge sul collocamento sociale olandese).

Ciò in conformità all'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui nessun criterio discretivo in materia può essere basato sul dato formale (quale la mera configurazione giuridica del rapporto di lavoro o la natura giuridica del vincolo: *Sotgiu*), bensì deve risiedere nell'esercizio, o meno, di un'attività lavorativa subordinata "effettiva e reale".

Tale premessa sembrerebbe preludere ad una conclusione favorevole alle istanze garantiste del *Betray*: invece la Corte affronta il problema da un'angolatura diversa e per certi versi sorprendente, cioè chiedendosi se le attività lavorative, svolte nell'ambito della WSW (come di ogni altra legge nazionale che abbia finalità di rieducazione e che contempli l'ipotesi del lavoro retribuito come mera occasione di reinserimento sociale), perdano i caratteri di "effettività e realtà".

La risposta della Corte è affermativa.

Quindi, ad un cittadino di uno Stato membro, che lavori in uno Stato membro ospitante sotto un regime *sui generis* non può essere riconosciuta, per questo solo motivo, la qualità di lavoratore ai sensi dell'art. 39, n. 1, TCE.

Il lavoratore migrante che ha stipulato un contratto di lavoro "in regime sociale" non ha quindi tutela in ambito comunitario: la dottrina si è più volte chiesta se la sentenza *Betray*, possa considerarsi un "incidente di percorso".

Non verosimilmente poichè, pur se improntato ad un estremo rigore, il pensiero della Corte appare del tutto in linea col dato positivo: il punto di partenza per comprenderlo a fondo non può che essere rappresentato dal Trattato istitutivo della Comunità europea ed, in particolare, dalle norme che definiscono i principi generali in materia.

Dall'enunciazione del principio della libera circolazione dei lavoratori nonché dalla collocazione delle norme nell'ambito del Trattato stesso, si evince che dette norme garantiscono la libera circolazione solo a coloro i quali esercitino (o intendano esercitare) un'attività economica (*Sotgiu*, *Watson*, *Donà*).

La Corte sottolinea già in *Levin* (punto 15 della motivazione), che “...*fra l'altro, (nel) promuovere l'armonico sviluppo delle attività economiche nel complesso della Comunità e (nel) miglioramento del tenore di vita...*”, il principio della libera circolazione dei lavoratori ha varie finalità, cui si fa riferimento espresso, in particolare, nella motivazione del regolamento n. 68/1612/CEE.

In ambito comunitario, anche se *de iure condendo* i diritti fondamentali dei lavoratori devono ritenersi poziori rispetto alle esigenze delle economie degli Stati membri ed il lavoro non può essere considerato come merce di scambio, tuttavia lo scopo del Trattato (e della disciplina sulla libera circolazione) è ancora quello di garantire eguali condizioni di accesso al lavoro per tutti i cittadini della Comunità, a prescindere dalla loro nazionalità e, comunque, al di sopra di discriminazioni che colpiscono il lavoratore migrante e che trovino fondamento nel sesso, nella razza, nel credo religioso, nelle convinzioni politiche etc..

Ciò significa, *a contrario*, che chi non è in grado di rispondere ad offerte di lavoro, non rientra nella sfera d'applicazione di tali norme: lo conferma il dato testuale costituito dallo stesso art. 39, n. 3, lettere a)/c) TCE, che fa riferimento al diritto “*di rispondere ad offerte di lavoro effettive*”; “*di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri*”; “*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*”.

Alla stessa conclusione si giunge anche analizzando la struttura e le norme di dettaglio del regolamento n. 68/1612/CEE (più volte richiamato), in particolare il dettato dell'art. 1, e della direttiva 68/360/CEE che trova espressa applicazione in favore dei cittadini degli Stati membri cui è destinato il regolamento suddetto.

In condizioni simili a quella rappresentata in *Bettray*, il rapporto fra il soggetto ed il lavoro è esattamente capovolto rispetto a quanto di norma accade: se, di regola, il fine è il mettere a disposizione le energie per la produzione di beni o di servizi, in *Bettray* l'attività lavorativa costituisce solo il mezzo per realizzare un fine diverso (il recupero sociale del tossicodipendente).

La prestazione lavorativa mantiene i caratteri di effettività e realtà ma, per altro verso, perde il crisma dell'economicità poiché costituisce piuttosto un pretesto creato (e sovvenzionato) per rispondere a prevalenti scopi sociali ed umanitari promossi attraverso la normativa nazionale (27).

(27) In evidente imbarazzo, l'avvocato Generale Van Gerven, nel rassegnare le proprie conclusioni in BERNINI così scrive. “*Mi è però difficile immaginare che la Corte nella citata sentenza BETTRAY abbia voluto modificare la giurisprudenza di cui alle sentenze LAWRIE-BLUM e BROWN, anch'esse già citate. Anche nella sentenza BETTRAY la Corte inizia peraltro il suo ragionamento richiamandosi alla propria giurisprudenza costante, secondo la quale la sfera d'applicazione dell'art. 48 (ora 39 ndr) e quindi la nozione di lavoratore vanno interpretate in senso ampio (punto 12) e ripete che, a questo proposito, non si deve tener conto della maggiore o minore produttività del lavoratore interessato (punto 15) o della natura “sui generis” del rapporto di lavoro (punto 16). Si deve quindi limitare la portata della sentenza BETTRAY alla situazione speciale del collocamento sociale destinato, nella fattispecie, a rieducare i tossicodipendenti*”.

V'è ancora da annotare come, in un sistema di tipo casistico come quello della giustizia comunitaria, questo precedente non sia, comunque, mai stato smentito: il canone dello *stare decisis* conforta la teoria minimalista secondo la quale, ancor oggi, della politica comunitaria del lavoro non è sostanzialmente cambiata l'ispirazione di fondo, cioè la sua finalizzazione alla correzione delle distorsioni del mercato piuttosto che alla limitazione dell'autonomia negoziale individuale in funzione garantista.

Vedremo invece come, auspicabilmente, il futuro del diritto comunitario del lavoro segua una strada diversa.

4. — *La giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea dai primi anni '90 ad oggi.*

In questa fase, il processo giuslavoristico di europeizzazione segna una risveglio: questo passaggio muove attraverso il Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992, il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, la proclamazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione di Nizza nel dicembre 2000.

È altresì noto il dibattito in corso volto a dare corpo a principi di un diritto del lavoro comunitario che contemplino norme indistintamente poste a salvaguardia dei bisogni sociali del cittadino europeo che sia al contempo lavoratore (28).

La Convenzione europea sta attualmente affrontando il nodo consistente nella configurazione e proclamazione dei diritti dei lavoratori in quanto tali, a prescindere dall'ottica riduttiva del Trattato di Roma, certamente giustificabile alla luce della risalenza delle norme nel tempo: risulta adesso chiaro come detti diritti necessitino di una tutela intrinseca che non sia il mero riflesso o, se si vuole, la semplice prevenzione del potenziale manifestarsi di fattori distorsivi del libero mercato.

Per quel che riguarda più specificamente il pensiero della Corte di Giustizia, il dato più rilevante è il riferimento al diritto di cittadinanza europea, introdotto dal Trattato di Maastricht.

La Corte ha affrontato il tema, ad esempio, a proposito dell'interferenza tra il principio di libera circolazione dei lavoratori e l'istanza del lavoratore migrante diretta alla fruizione dei benefici sociali previsti dallo Stato membro ospitante solo a favore dei cittadini residenti (*Martinez Sala*).

Attraverso l'uso degli artt. 12 (“...è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità...”) e 17, comma 2 (“I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato”) TCE, la Corte è riuscita a configurare in capo al lavoratore migrante la titolarità di prestazioni che *stricto iure* sarebbero spettate solo ai cittadini dello Stato membro ospitante.

(28) Weiler J. H. H. (1996), *Certain rectangular problems of european integration*, vol. I, political series, working paper W-24, pag. 20.

Ed è in questa proiezione dei diritti di cittadinanza sul diritto del lavoro che la Corte riesce a cogliere, con lungimiranza, ancor prima della proclamazione in Nizza della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione (la sentenza *Martinez Sala* è del maggio 1998), l'essenza del nascente processo di costituzionalizzazione dei valori comuni del diritto del lavoro dell'Unione.

Ciò può consentire *de iure condendo* un contributo all'ampliamento della sfera delle tutele poste a favore del lavoratore migrante: alla luce dell'indirizzo della Corte è possibile pensare adesso al lavoro non più solo in termini di fattore di costo per la produzione e, quindi, di potenziale ostacolo al dispiegarsi delle libertà originarie definite dall'ordinamento comunitario.

Non si può ignorare che detto approccio giurisprudenziale è stato, da taluno (29), accolto con un certo scetticismo: vedremo invece come, in un quadro d'insieme, tutto tenda verso una prospettiva unica come risulta dalla comparazione di alcune tra le più importanti decisioni adottate dalla Corte di Giustizia nel periodo in esame.

La Corte ha seguito un *iter* logico caratterizzato da qualche offuscamento ma comunque diretto a tutelare, in via interpretativa, la sfera dei soggetti fruitori dei diritti *ex art. 39 TCE*.

Anche se gli orientamenti precedentemente espressi sembrano talvolta contraddetti, complessivamente la tutela del lavoro acquista nuova forza alla luce del diritto di cittadinanza dell'Unione.

5. — (segue) *Analisi di alcuni casi notevoli.*

A) Sentenza della Corte del 26 febbraio 1992, V. J. M. Raulin contro Minister van onderwijs en wetenschappen — Ministro della Pubblica istruzione e della Ricerca scientifica olandese, (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal College van beroep studiefinanciering — Olanda). Causa C-357/89.

Nella fattispecie la ricorrente nella causa principale V.J.M. Raulin, cittadina francese, nel 1985 aveva accesso in Olanda senza richiedere il permesso di soggiorno. Nel 1986 (marzo) la Raulin stipulava, per il periodo compreso tra il 5 marzo e il 3 novembre, un contratto di lavoro "oproep" (contratto "a chiamata", presso un albergo-ristorante), nell'ambito del quale prestava, nei giorni tra il 5 e il 21 marzo, 60 ore di lavoro complessive (5 ore giornaliere per 12 giorni) come inserviente.

Nel diritto olandese, l'"oproep contract" costituisce uno strumento di assunzione dei lavoratori in settori, come l'industria alberghiera, caratterizzati dalla stagionalità o dalla dipendenza dalle condizioni metereologiche: nell'ambito di un simile contratto non viene fornita alcuna garanzia circa le ore da prestare ed il datore di lavoro è tenuto

(29) O' Leary S. (1999), *European communities and EEA — Putting flesh on the bones of european union citizenship*, European Law Review, pag. 78.

al versamento della retribuzione e dei contributi previdenziali solo nei limiti in cui il lavoratore stesso sia stato effettivamente impiegato, né, per altro verso, il contratto di lavoro “*oproep*” obbliga il lavoratore a rispondere alla chiamata del datore di lavoro.

Il 1 agosto 1986 la Raulin intraprendeva un corso di arti figurative presso la Gerrit Rietveld Academie di Amsterdam: successivamente (dicembre 1986) la Raulin inoltrava presso il Minister van Ondervijns en Wetenschappen una domanda di finanziamento degli studi ai sensi della WSF (*Wet op de Studiefinanciering* — Legge olandese sul finanziamento degli studi). L'istanza veniva respinta, in particolare, sul rilievo che, in forza della WSF, la Raulin non era cittadina olandese né poteva essere equiparata ad un cittadino olandese, non essendo in possesso di un permesso di soggiorno.

La Raulin ricorreva quindi al College van Beroep Studiefinanciering (giudice competente a conoscere in ultima istanza le controversie relative alla concessione del finanziamento degli studi ai sensi della WSF), facendo sostanzialmente valere il suo contratto di lavoro che le conferiva, secondo la sua prospettazione, lo status di lavoratore ai sensi dell'art. 39 (ex 48) TCE e, di conseguenza, il diritto ad un sussidio per le spese di studio e di mantenimento in forza dell'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68/CEE.

In subordine, la Raulin sosteneva di avere in ogni caso titolo per ottenere, in forza del generale principio di parità di trattamento enunciato nell'art. 7 (ora abrogato) del Trattato CEE, la parte di sussidio corrispondente alle spese d'iscrizione.

Il College van Beroep Studiefinanciering sottoponeva alla CGCE domanda pregiudiziale interpretativa ex art 234 del Trattato: tra le questioni poste alla Corte, le più rilevanti sono:

1) Se le caratteristiche dell'attività svolta da una persona che ha stipulato un contratto di lavoro “a chiamata” portino ad escludere che questa possa essere considerata lavoratore ai sensi dell'art. 39 (ex 48) TCE.

2) Se la circostanza che una persona abbia svolto (o inteso svolgere) soltanto per poco tempo un'attività di natura economica, ad esempio nell'ambito di un contratto di lavoro “a chiamata”, sia rilevante ai fini della valutazione sulla marginalità ed accessibilità della prestazione lavorativa, con conseguente inapplicabilità delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori.

La sentenza *Raulin* assume in sé una grande importanza per svariati motivi: innanzitutto perché rappresenta l'esempio lampante di come il filo logico seguito dalla giurisprudenza dei giudici comunitari non sia stato esente da tentennamenti, quando non addirittura da veri e propri *revirement*.

Infatti, nel caso di specie i giudici del Lussemburgo sono stati chiamati a pronunciarsi sul quesito se il soggetto, che abbia stipulato un contratto di lavoro “a chiamata” (*oproep contract*), possa essere considerato lavoratore ai sensi dell'art. 39, n. 1, TCE.

Sulle prime, la Corte sembra far riferimento *de plano* alla propria giurisprudenza precedente (punto 10 della motivazione) rifacendosi alla “portata comunitaria” delle norme sulla libera circolazione, alla definizione delle caratteristiche essenziali ai fini

della configurazione di un rapporto di lavoro subordinato (*Brown* (30)), all'irrelevanza della definizione giuridica che le parti danno al contratto stesso (*Bettray*): la naturale conclusione della Corte porta alla comprensione, nell'ambito dell'art. 39 TCE, del lavoratore assunto con un contratto "a chiamata".

Ciò però solo in linea teorica poiché, com'è stato giustamente osservato (31), la Corte introduce un nuovo elemento che genera parecchia incertezza.

Infatti, nel ribadire che spetta al giudice nazionale del rinvio *ex art.* 234 TCE il compito di accertare se l'attività subordinata in esame rivesta i connotati di realtà ed effettività, e che quindi non sia meramente marginale ed accessoria, la Corte precisa ancora (punto 14 della motivazione) che lo stesso giudice nazionale "ha facoltà di tener conto del carattere irregolare e della durata limitata delle prestazioni effettivamente compiute nell'ambito di un contratto di lavoro saltuario".

Quindi afferma che la durata dell'attività lavorativa prestata è un elemento cui il giudice nazionale può rifarsi nell'accertare se detta attività rivesta i caratteri della realtà ed effettività.

Una simile affermazione costituisce un capovolgimento (32), quindi, rispetto a tutta la giurisprudenza precedente relativa alla "portata comunitaria" delle norme in tema di libera circolazione e induce più di un dubbio poiché, anche nella coeva sentenza *Bernini* (33), la Corte introduce il medesimo concetto in relazione all'accertamento che il giudice nazionale deve compiere, sempre ai fini della valutazione circa la natura effettiva e reale dell'occupazione nell'ambito di un rapporto di tirocinio, in ordine alla sufficienza del numero delle ore di istruzione svolte dal tirocinante al fine di renderlo edotto sulle caratteristiche del lavoro stesso.

Ciò porta ad una sola conclusione (34): dopo *Raulin* e *Bernini* i giudici nazionali finiranno verosimilmente col trovarsi in gravi difficoltà nel compiere l'accertamento in fatto sulle caratteristiche del rapporto di lavoro senza confliggere con i precedenti criteri indicati in *Lawrie-Blum* e *Bettray*.

B) Sentenza della Corte del 12 maggio 1998, M. Martínez Sala contro Freistaat Bayern (domanda di pronuncia pregiudiziale del Bayerisches Landessozialgericht – Germania). Causa C-85/96.

Nella fattispecie la ricorrente nella causa principale Maria Martínez Sala, cittadina spagnola, dal maggio 1968 risiedeva nella Repubblica federale tedesca dove prestava attività lavorativa subordinata nel periodo intercorso, comprese le interruzioni, tra il 1976 e il 1986 e, successivamente, tra il 12 settembre 1989 e il 24 ottobre 1989:

(30) CGCE sentenza 21 giugno 1988, *Brown/Secretary of State for Scotland*, causa 197/86, Racc. giurisp. **1988**, pag. 3205

(31) O' Kefee D., (1992), *The case C-357/89 Raulin v. Netherlands Ministry of Education and Science, and the case C-3/90 Bernini v. Netherlands Ministry of Education and Science*, Common Market Law Review, pag. 1224.

(32) O' Kefee D., *The case C-357/89 cit.*, pag. 1224.

(33) CGCE sentenza 26 febbraio 1992, *Bernini/Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, causa C-3/90, Racc. giurisp. **1992**, pag. I-01071.

(34) O' Kefee D., *The case C-357/89 cit.*, pag. 1224.

a partire da quest'ultimo momento beneficiava di un aiuto sociale versato dalla città di Norimberga e dal Landratsamt Nürnberg Land, ai sensi del Bundessozialhilfegesetz (Legge federale tedesca sull'assistenza sociale).

Per altro verso, fino al 19 maggio 1984, la Martínez Sala otteneva su propria richiesta dalle competenti autorità tedesche vari permessi di soggiorno, succedutisi praticamente senza interruzione: dopo di che otteneva soltanto il rilascio di documenti attestanti la presentazione della domanda di proroga del permesso di soggiorno stesso.

Nel gennaio 1993, vale a dire nel periodo durante il quale non disponeva del permesso di soggiorno, la Martínez Sala richiedeva al Freistaat Bayern un'indennità di educazione per il proprio figlio, nato durante quest'ultimo mese: con decisione 21 gennaio 1993 il Freistaat Bayern respingeva detta domanda poiché l'interessata non possedeva né la cittadinanza tedesca né un'autorizzazione (o permesso) di soggiorno.

Il ricorso proposto dalla Martínez Sala avverso il provvedimento di diniego veniva respinto con sentenza 21 marzo 1994 dal Sozialgericht Nürnberg, con la motivazione secondo cui la ricorrente non era in possesso di una carta di soggiorno: l'8 giugno 1994 la Martínez Sala proponeva appello avverso tale decisione dinanzi al Bayerisches Landessozialgericht, che sottoponeva alla CGCE domanda pregiudiziale interpretativa ex art 234 del Trattato.

Tra le questioni poste alla Corte le più rilevanti sono:

1) Se ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68/CEE o del combinato disposto degli artt. 2 e 1 del regolamento n. 1408/71/CEE potesse ancora qualificarsi, nel 1993, quale "lavoratrice" una cittadina spagnola residente in Germania, la quale sino al 1986 aveva svolto, con varie interruzioni, attività di lavoro dipendente e in seguito, fatta eccezione per una breve parentesi lavorativa nel 1989, aveva goduto di sussidi ai sensi del BErzGG (Bundessozialhilfegesetz — Legge federale in materia di assistenza sociale).

2) Se l'indennità di educazione, cui si ha diritto ai sensi del BErzGG, possa ritenersi un "vantaggio sociale" ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento (CEE) n. 1612/68.

3) Se il BErzGG sia conforme al diritto dell'Unione europea laddove impone, per la concessione di un'indennità di educazione ai cittadini di uno Stato membro, il possesso di una formale autorizzazione di soggiorno, sebbene sia consentito a tali persone di risiedere in Germania.

Gli aspetti che qui interessano, e che trovano approfondimento in *Martinez Sala*, riguardano la definizione della nozione di lavoratore subordinato e, soprattutto, le prime considerazioni della Corte sull'impatto del diritto di cittadinanza dell'Unione nella materia in esame.

In *Martinez Sala* si ha la riprova di come la Corte abbia sempre tenuto un atteggiamento estremamente prudente, mai incline alle fughe in avanti, anche a costo di ardite acrobazie logiche e di qualche incongruenza, anche di una certa entità.

Si deve ancora premettere come la fattispecie si presenti alquanto intricata e contorta: la ricorrente nel giudizio principale, infatti, richiede alla Stato membro ospitante una prestazione assistenziale pur non lavorando al momento dell'istanza (ma avendo lavorato in passato nello stesso Stato membro ospitante) e pur non essendo in possesso di un attuale e regolare permesso di soggiorno (ma avendolo debitamente richiesto, ed

ottenuto in passato da parte delle autorità dello Stato membro ospitante che, per altro verso, non le hanno mai intimato alcunchè, men che meno la necessità di lasciare lo stesso Stato a causa del mancato rinnovo del permesso di soggiorno).

Innanzitutto, a proposito della nozione di “lavoratore”, la Corte precisa come non esista un’accezione univoca nelle fonti comunitarie poiché questa varia a seconda del settore d’applicazione considerato.

Infatti, la nozione di lavoratore fatta propria dal Legislatore comunitario nel contesto dell’art. 39 TCE nonché del regolamento n. 68/1612/CEE non coincide necessariamente con quella che ricorre nel campo dell’art. 42 TCE e del regolamento n. 71/1408/CEE.

Nel primo caso, deve considerarsi lavoratore la persona che, per un certo tempo, esegue a favore di un’altra, e sotto la direzione di questa, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una remunerazione (*Lawrie-Blum*).

Diversamente va interpretata la qualità di lavoratore ai sensi del dell’art. 42 TCE e del regolamento n. 71/1408/CEE il cui articolo 2 si applica ai lavoratori, subordinati o autonomi (nonché ai loro familiari), che sono, o sono stati, soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri e che sono cittadini di uno degli Stati membri: una persona possiede la qualità di lavoratore ai sensi del suddetto regolamento quando è assicurata, sia pure contro un solo rischio, in forza di un’assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime previdenziale generale o speciale menzionato nell’art. 1, lett. a), del regolamento stesso, e ciò indipendentemente dall’esistenza di un rapporto di lavoro (35).

Quanto ancora alla nozione di “attività subordinata” nel contesto dell’art. 39 TCE e del regolamento n. 68/1612/CEE, a prima vista la Corte sembrerebbe quindi non introdurre alcun elemento innovativo rispetto al proprio precedente indirizzo.

Tuttavia a ben guardare (36), è già significativo il fatto che la Corte faccia riferimento alla definizione *standard* formulata per la prima volta in *Lawrie-Blum* omettendo ogni riferimento agli “indici”, sicuramente di più limitato respiro, indicati in *Levin* (dove si fa, invece, semplicemente riferimento ad un’attività lavorativa che abbia i caratteri della realtà ed effettività).

Ed ancora, la Corte si trova nella necessità di dover tornare su una tematica non nuova: se un soggetto che abbia perso, o abbandonato, il proprio lavoro mantenga, ed in caso affermativo in quale misura, la qualifica di lavoratore *ex art. 39, n. 1, TCE*.

La Corte afferma che, in linea di principio, la cessazione del rapporto di lavoro implica la conseguenziale perdita della qualità di lavoratore: tuttavia, non è escluso che detta qualità possa produrre degli effetti “ultrattivi” cioè posteriori alla cessazione del rapporto perché, “una persona all’effettiva ricerca di un impiego deve pur essere qualificata lavoratore”.

(35) CGCE sentenza 31 maggio 1979, *Bestuur van het algemeen ziekerfonds drenthe/Pierik*, causa 182/78, Racc. giurisp. 1979, pag. 1977; CGCE sentenza 9 luglio 1987, *Laborero e Sabato/Office de securite sociale d’outre-mer*, cause riunite 82/86 e 103/86, Racc. giurisp. 1987, pag. 3401.

(36) O’ Leary S., *European communities and EEA cit.*, pag. 75.

Anche se la Corte cita *Lawrie-Blum, Lair* (37) ed *Antonissen* (38), in detti precedenti non si trova certo uno *statement* così netto.

In *Lair*, com'è stato osservato (39), innanzitutto la Corte utilizza un linguaggio meno categorico, affermando che i soggetti che abbiano esercitato nello Stato membro ospitante un'attività effettiva e reale, ai sensi delle sentenze *Levin* e *Kempf*, ma il cui rapporto di lavoro sia cessato, continuano ad essere considerati lavoratori *solo* secondo talune disposizioni comunitarie (punto 33 della motivazione).

Addirittura in *Antonissen* la Corte afferma che l'art. 48 (ora 39), n. 3, TCE dev'essere interpretato nel senso che esso enuncia, in modo non limitativo, *taluni diritti* di cui fruiscono i cittadini degli Stati membri nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori; questa libertà implica, del pari, il diritto per i cittadini degli Stati membri di circolare liberamente sul territorio degli altri Stati membri e di prendervi dimora al fine di cercarvi un lavoro (punto 13 della motivazione).

Queste ultime due (in particolare l'ultima) sono affermazioni assai distanti da quelle fatte in *Martinez Sala* laddove si afferma *sic et simpliciter* che il soggetto in cerca di lavoro *debba* essere considerato lavoratore.

Quanto poi alle statuizioni della Corte sull'impatto del diritto di cittadinanza dell'Unione nella materia giuslavoristica, *Martinez Sala* rappresenta una novità ed, in effetti, si nota in maniera abbastanza evidente tutta la tensione che la Corte ha dovuto sopportare nel risolvere le questioni sottoposte.

Proprio per questo qui occorre un breve premessa per comprendere innanzitutto l'ambiente "normativo" circostante: è noto, infatti, lo scetticismo con cui un'autorevole dottrina (40) aveva bollato la novella contenuta nel Trattato di Maastricht definendo "la clausola sulla cittadinanza contenuta nel Trattato sull'Unione europea (...) poco più che un cinico esercizio di relazioni pubbliche".

Non dissimile l'impostazione di altra parte della dottrina (41) che segnalava debolezza e limiti degli artt. 8/8E TUE.

A questo atteggiamento si contrapponeva il fronte degli europeisti ferventi, che qui trova risonanza nelle conclusioni rassegnate dell'Avvocato Generale La Pergola il quale, con riferimento alla fattispecie, afferma che la libertà di soggiorno non è un semplicemente un diritto derivato, bensì un diritto primario inseparabile dal diritto di cittadinanza dell'Unione al pari degli altri diritti configurati come corollari dello *status* di lavoratore migrante: essa rappresenta un diritto "nuovo", comune a tutti i cittadini dell'Unione, senza distinzione alcuna.

La decisione della Corte sopravviene quindi in un momento cruciale del dibattito in corso sulla portata del diritto di cittadinanza dell'Unione: nell'*iter* argomentativo dapprima i

(37) CGCE sentenza 21 giugno 1988, *Lair/Universitaet Hannover*, causa 39/86, Racc. giurispr. 1988, pag. 3161.

(38) CGCE sentenza 26 febbraio 1991, *Queen/Immigration appeal tribunal ex parte G. D. Antonissen*, causa C-292/89, Racc. giurispr. 1991, pag. I-745.

(39) O' Leary S., *European communities and EEA* cit., pag. 76.

(40) Weiler J. H. H. (1996), *Certain rectangular problems of european integration* cit., pag. 20.

(41) O' Leary S. (1996), *The evolving concept of community citizenship*.

Giudici del Lussemburgo si soffermano sulla valenza della Carta di soggiorno prevista dalla direttiva n. 68/360/CEE riconoscendo che un lavoratore migrante, che sia legittimamente autorizzato a soggiornare nel territorio dello Stato membro ospitante, si trova, ai fini della fruizione dei benefici connessi allo *status* di lavoratore *ex art.* 39 e 42 TCE, nella medesima condizione del cittadino dello Stato membro ospitante (punto 49 della motivazione).

Nessuna discriminazione può essere consentita, afferma la Corte, poiché l'art. 12 TCE opera in tutte le situazioni che rientrino nel campo d'applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario, ivi compresa quella in cui lo Stato membro ospitante ritardi o rifiuti la concessione di una prestazione che viene attribuita a chiunque risieda legalmente nel territorio di tale Stato, per il motivo che il lavoratore migrante non è in possesso di un documento (come il permesso di soggiorno) che viceversa non è richiesto ai cittadini di questo stesso Stato (42).

La Corte conclude, in modo apparentemente confortante, affermando che il diritto comunitario osta a che uno Stato membro esiga dai cittadini degli altri Stati membri, autorizzati a soggiornare nel suo territorio, che essi producano una regolare Carta di soggiorno, rilasciata dall'amministrazione nazionale, per poter beneficiare di un'indennità di educazione che ai cittadini territoriali viene concessa sul mero presupposto fattuale consistente nell'avere il domicilio abituale o il luogo di residenza in tale Stato membro.

A ben guardare, però, le statuizioni della Corte lasciano qualche dubbio (43) poiché si è evitato ogni riferimento ad un effetto *diretto* del diritto di cittadinanza dell'Unione: infatti, avendo la Corte fatto riferimento (punto 63 della motivazione) al soggetto che soggiorna "*legalmente*" nel territorio dello Stato membro ospitante, ha evitato di prendere in esame il caso contrario.

Infatti, se la Corte avesse riconosciuto un effetto *diretto* del diritto di cittadinanza dell'Unione, in questo come in casi simili, detto effetto avrebbe dovuto dispiegarsi a prescindere dal riconoscimento della "*legalità*" del soggiorno: in altri termini, o si è cittadini dell'Unione ed in quanto tali null'altro deve essere preteso dagli Stati membri ospitanti tutti, oppure si pone il problema del paradossale concorso-conflitto tra normativa di diritto derivato (le direttive n. 68/360/CEE e, soprattutto, n. 90/364/CEE) (44) e norme di rango primario, *rectius* costituzionale, qual'è appunto l'art. 6 (ora 12) TCE.

La conclusione non può essere scontata né univoca, e comunque richiede una visione prospettica: per un verso bisogna pur riconoscere che in *Martinez Sala* la Corte compie un passo avanti verso l'effettività del diritto di cittadinanza dell'Unione. Per altro verso, bisogna evidenziare come la Corte abbia eluso l'esame del problematico rapporto tra il principio costituzionale di cittadinanza dell'Unione ed i limiti ad esso posti attraverso il diritto comunitario materiale derivato.

(42) Sulla circostanza che la Carta di soggiorno non possa avere effetti costitutivi CGCE sentenza 8 aprile 1976, causa 48/75, J. N. Royer, Racc. giurisp. 1976, pag. 497.

(43) Tomuschat C. (2000), The case C-85/96, *Martinez Sala v. Freistaat Bayern*, Judgement of 12 May 1998, Common Market Law Review, pag. 452

(44) La direttiva n. 90/364/CEE prevede che un cittadino di uno Stato membro "non economicamente attivo", che richieda un permesso di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di origine, debba fornire la prova del possesso di risorse finanziarie sufficienti al proprio sostentamento nonché di un'assicurazione contro le malattie.

Ma anche a voler trascurare l'evidente problema di coordinamento nella gerarchia delle fonti comunitarie, la Corte avrebbe potuto argomentare prospettando la successione delle stesse fonti (comunque non di pari rango) nel tempo, considerato che l'art. 6 (ora 12) TCE è *lex posterior* rispetto alle direttive n. 68/360/CEE e n. 90/364/CEE.

Ma neanche questo è avvenuto, il che rafforza la convinzione della portata fortemente "assertiva" della decisione.

6. — Conclusioni.

Prendendo spunto dalla sentenza esaminata al termine della rassegna, si osserva come la Corte stessa utilizzi il termine "cittadino" piuttosto che "lavoratore", con ciò attribuendo al primo un valore antecedente logico rispetto al secondo.

Nel lessico estremamente rigoroso del giudice comunitario, ciò costituisce già un riconoscimento: appare quindi chiaro come la Corte continui ad esercitare il ruolo, sin qui egregiamente svolto non senza difficoltà, di giudice "costituzionale" del diritto comunitario.

La poderosa leva che i Giudici del Lussemburgo hanno adesso in mano è il diritto di cittadinanza dell'Unione, del quale è lecito attendersi una costante affermazione quale parametro unificante contro ogni disparità: in questo contesto il diritto del lavoro trova maggiori tutele in una visione di più ampio respiro.

De iure condendo, la posta attualmente in gioco è altissima e riguarda il riconoscimento del diritto al lavoro come diritto fondamentale dell'individuo visto innanzitutto come momento di manifestazione della cittadinanza dell'Unione: lo scopo è quello di capovolgere l'ottica posta alla base del Trattato di Roma affrancando il lavoro da una visione mercantilistica per diventare strumento di eguaglianza sostanziale all'interno dell'Unione e di partecipazione del lavoratore alla crescita dello Stato europeo (45).

Il diritto di cittadinanza dell'Unione, consacrato negli artt. 6, 8, e 8A del Trattato di Maastricht, proietta così la propria determinante influenza sul diritto comunitario del lavoro.

L'orientamento evolutivo della Corte si mostra quindi in linea con quella corrente di pensiero che trova espressione nelle sentenze che hanno interpretato il Trattato come una "Carta aperta dei diritti fondamentali" ampliando l'area coperta dal *rule of law*: (46) (47) detto indirizzo contrasta nettamente l'atteggiamento mentale di chi si è sempre espresso contro ogni arricchimento del ristretto catalogo dei diritti da Trattato, "*non più che specchietti e perline per gli indigeni*".

L'auspicio è che finisca col prevalere, in via definitiva, l'indirizzo del supremo giudice europeo.

(45) Foglia R. (2001), *La Carta dei diritti (sociali) fondamentali dell'Unione europea*, Rivista del diritto e della sicurezza sociale, pag. 9.

(46) Mancini G. F. (1998), *Argomenti per uno Stato europeo* cit., pagg. 9 e 11.

(47) Risi C. (2001), *I "nuovi" diritti fondamentali alla luce della Carta dell'Unione Europea*, Informazione Previdenziale, pag. 933.

ANGELO GUADAGNINO

Avvocato INPS

**IL TRATTAMENTO PREVIDENZIALE DEI CALCIATORI
“NON PROFESSIONISTI”**

Sommario: 1. - La nuova disciplina: gli artt. 29 e 94 ter N.o.i.f.. 1.1. - L'art. 29: la definizione di calciatore “non professionista” - il principio di incompatibilità tra lavoro e dilettantismo calcistico - gli accordi economici. 1.2. - L'art. 94 ter: forma, contenuto e limiti degli accordi economici. 2. - Gli eventuali riflessi previdenziali. 2.1. - Inesistenza di una normativa statale previdenziale per i calciatori “non professionisti”. 2.2. - Inesistenza di una normativa federale previdenziale per i calciatori “non professionisti”. 3. - Le altre forme di tutela del calciatore “non professionista”: la tutela contrattuale. 3.1. - Gli effetti della tutela contrattuale. 4. - L'eventuale verifica giudiziale. 4.1. - L'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato. 4.2. - L'accertamento di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa. 5. - L'Ente previdenziale competente.

1. — La nuova disciplina: gli artt. 29 e 94 ter N.o.i.f..

Le modifiche approvate dal Consiglio federale della F.I.G.C. nella riunione del 14 maggio 2002 alla disciplina delle N.O.I.F. (Norme Organizzative Interne Federali) in tema di accordi economici per i calciatori tesserati per società partecipanti ai Campionati Nazionali della Lega Nazionale Dilettanti offrono lo spunto per una ricostruzione generale della figura del calciatore “non professionista” sotto il profilo del trattamento previdenziale.

Ai fini che qui rilevano, vanno analizzati soprattutto gli artt. 29 e 94 *ter* delle citate N.O.I.F..

1.1. — L'art. 29: la definizione di calciatore “non professionista” - il principio di incompatibilità tra lavoro e dilettantismo calcistico - gli accordi economici.

Con la prima delle disposizioni dianzi citate è stato previsto che:

a) sono qualificati “non professionisti” i calciatori che, a seguito di tesseramento,

svolgono attività sportiva per società associate nella L.N.D., compresi quelli di sesso femminile, quelli che giocano il “Calcio a Cinque” e quelli che svolgono attività ricreativa;

b) per tutti i calciatori “non professionisti” è esclusa ogni forma di lavoro, sia esso autonomo che subordinato;

c) esclusivamente ai calciatori tesserati per società partecipanti ai Campionati Nazionali della L.N.D. possono essere erogati rimborsi forfettari di spesa, indennità di trasferta e voci premiali, ovvero somme lorde annuali secondo il disposto del successivo art. 94 *ter*; nel rispetto della legislazione fiscale vigente, ed avuto anche riguardo a quanto previsto dal C.I.O. e dalla F.I.F.A..

Rispetto alla formulazione letterale precedente, il nuovo testo si fa apprezzare soprattutto per la scelta, di natura “sistematica”, di collocare la disposizione *sub b)* anche (1) nel titolo (il VI) dedicato ai calciatori e ciò ad ulteriore conferma dell’affermazione di uno dei principi cardini su cui si fonda il calcio dilettantistico nel nostro paese: l’incompatibilità dello stesso con qualsiasi forma di lavoro, sia esso autonomo, che subordinato.

In sostanza, con quella opzione il legislatore federale ha inteso ribadire che quel principio, oltre a presiedere ai rapporti tra società e calciatori (non a caso la regola è stata mantenuta anche nel nuovo testo dell’art. 94 *ter*), costituisce in via preliminare (e prioritaria) l’“essenza” dello “*status*” del calciatore “non professionista” ed, al tempo stesso, l’elemento che determina e giustifica il differente trattamento giuridico rispetto a quello “professionista”.

In ragione di ciò, il successivo punto 3) dell’art. 29 — così come l’intera disciplina in tema di accordi economici — non può essere letto ed esaminato separatamente da quel principio di cui non è punto dubbio che rappresenti una diretta applicazione: proprio perché lavoro e dilettantismo sono tra loro ontologicamente incompatibili, non può esserci alcuna forma di retribuzione per l’esercizio della pratica sportiva a livello dilettantistico come dimostra la circostanza che quelle previste dal punto 3) dell’articolo in esame sono tutte erogazioni che non presentano natura retributiva.

1.2. — L’art. 94 *ter*: forma, contenuto e limiti degli accordi economici.

La seconda norma oggetto di modifiche (art. 94 *ter*) si apre con la previsione che i rapporti tra società e calciatori/calciatrici tesserati con società partecipanti ai Campionati Nazionali della L.N.D. devono essere informati al principio, in precedenza enunciato, che quella svolta dai calciatori in questione non costituisce attività di lavoro, sia esso di natura autonoma o subordinata.

(1) La disposizione era già contenuta nel vecchio testo dell’art. 94 *ter* delle N.O.I.F..

La disciplina prosegue poi con la prescrizione della normativa relativa agli accordi economici di cui all'art. 29 che devono essere sottoscritti dalle parti su appositi moduli e depositati presso il Comitato e le Divisioni di competenza a cura di entrambe le parti entro e non oltre il 15° giorno dalla data di sottoscrizione dell'accordo.

Al riguardo, è da ritenere che la forma scritta sia richiesta "*ad substantiam*" e che il deposito dell'accordo abbia la valenza di condizione (sospensiva) di efficacia dello stesso.

La norma in esame prevede, altresì, che i rimborsi forfettari di spesa e le indennità di trasferta non possano superare il limite giornaliero di euro 61,97 per un massimo di 5 giorni la settimana durante il periodo di campionato e che come voce premiale i predetti accordi concernenti l'attività agonistica relativa a gare di Campionato e Coppa Italia non superino l'importo di euro 77,47 per ogni prestazione.

Inoltre, per la fase di preparazione all'attività stagionale dei Campionati Nazionali della L.N.D. gli accordi potranno prevedere erogazioni per non più di 45 giorni per rimborsi forfettari di spesa o indennità di trasferta secondo l'ammontare massimo di euro 61,97 al giorno.

In alternativa — ma non in concorrenza — con i rimborsi, le indennità e le voci premiali è prevista l'erogazione di una somma lorda annuale, da corrisponderci in dieci rate mensili di uguale importo, nel rispetto della legislazione fiscale vigente.

In questo caso la somma non può essere superiore ad euro 25.822 e ciò secondo quanto disposto dalla legge 21 novembre 2000 n. 342.

Gli accordi integrativi e sostitutivi di quelli depositati che prevedono l'erogazione di somme superiori a quelle firmate sono vietati, nulli e privi di efficacia e la loro sottoscrizione costituisce illecito disciplinare e comporta il deferimento delle parti innanzi agli organi della giustizia sportiva.

2. — *Gli eventuali riflessi previdenziali.*

Delineata la nuova disciplina, occorre verificare se la stessa comporti o meno degli effetti in ambito previdenziale e specie in relazione alle erogazioni previste dagli accordi economici.

2.1. — *Inesistenza di una normativa statale previdenziale per i calciatori "non professionisti".*

La risposta al quesito impone, preliminarmente, una premessa di ordine "metodologico" che non può non rimandare alla normativa statutale in materia di obblighi previdenziali per i giocatori di calcio.

L'art. 1 della legge 14 giugno 1973 n. 366 prevede che l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti gestita dall'Enpals è estesa ai giocatori di calcio vincolati da contratto con società sportive affiliate alla Federazione italiana gioco calcio e che svolgono la loro attività in campionati di serie A, B e C, oppure, in caso di diversa riorganizzazione dei campionati, in quelli corrispondenti.

La legge 23 marzo 1981 n. 91 — che per la prima volta in Italia ha disciplinato lo sport professionistico — ha confermato la tutela previdenziale a favore dei calciatori militanti in squadre delle serie professionistiche, ribadendo per le medesime l'obbligo di versare la contribuzione per il finanziamento dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti (art. 9).

L'art. 3 della predetta legge ha altresì previsto che la prestazione a titolo onerosa dell'atleta (e, quindi, del calciatore) professionista costituisce oggetto di contratto di lavoro subordinato, regolato dalle norme contenute nella stessa legge 91 (2).

Ciò premesso, occorre appurare se nel nostro ordinamento giuridico si rinvencono delle disposizioni analoghe per i calciatori "non professionisti".

La risposta è negativa, rilevato che, mentre esistono diverse disposizioni che disciplinano gli aspetti fiscali e tributari della prestazione del calciatore "dilettante", nessuna norma ne regola il trattamento previdenziale.

Di per sé, questo silenzio è foriero di significati circa l'effettiva volontà del legislatore di disciplinare la materia specifica, non essendo casuale che, al contrario, per i calciatori professionisti vi è una normativa previdenziale "ad hoc": ed allora, in ossequio al brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi non voluit tacuit*", deve ritenersi che il nostro legislatore non ha ritenuto meritevole di tutela previdenziale la prestazione del calciatore dilettante.

In proposito non possono condividersi quelle posizioni, per la verità isolate, che in dottrina (3) e nella giurisprudenza di merito (4) propugnano l'applicazione anche ai dilettanti delle norme di cui alla legge n. 91/81 in quanto sia il titolo di questa ("Norme in materia di rapporti tra la società e sportivi professionisti"), che specifici articoli della stessa (tra tutti gli artt. 2, 4, 9, 10 e 12) non lasciano alcun dubbio circa l'inammissibilità di un'estensione della disciplina anche al settore dei dilettanti (5).

(2) Non così per le altre figure di sportivi professionisti per le quali, invece, la natura subordinata del rapporto di lavoro va verificata in concreto caso per caso, essendo compatibile anche un rapporto di lavoro autonomo (*ex pl.* Cass. 28 dicembre 1996, n. 11540 in Riv. Dir. Sport., 1997, 233).

(3) Realmonte, 1997, *L'atleta professionista e l'atleta dilettante* in Riv. Dir. Sport., 371.

(4) Pretore Busto Arsizio, 12 dicembre 1984, in Giust. Civ., 1985, 2085 e Pretore di Imola, 19 maggio 1987, inedita.

(5) Di parere opposto è Cinelli M., "*Sull'inquadramento a fini previdenziali del lavoro sportivo*", in Giust. Civ., 1995, 1385, il quale, pur ritenendo che l'art. 9 della legge n. 91/81 non possa trovare applicazione per gli sportivi dilettanti e che anche il sistema di assicurazione sociale gestito dall'ENPALS sembrerebbe condurre a negare la tutela previdenziale a tali soggetti, posto che gli stessi non figurano nella tassativa elencazione delle categorie di lavoratori soggetti all'iscrizione obbligatoria presso l'ENPALS, sostiene che "tale disciplina non può valere ad obliterare i principi generali dell'ordinamento previdenziale, ai termini dei quali la tutela è necessaria (*ex art.38 Cost.*)". L'Autorevole opinione, tuttavia, dà per scontato ciò che, al contrario, tale non è, atteso che, come argomentato nel testo, nel caso della prestazione (calcistica) dilettantistica si è al di fuori dell'ambito del lavoro, in tal modo non trovando espansione la tutela prevista dalla norma costituzionale citata che ha come destinatari solo i soggetti che svolgono un'attività lavorativa.

2.2. — *Inesistenza di una normativa federale previdenziale per i calciatori “non professionisti”.*

La mancata previsione di una tutela previdenziale per i calciatori “non professionisti” trova conferma anche in sede di normativa federale che, quantunque non di rango primario, non va di certo ignorata (tanto più in considerazione del vuoto legislativo appena riferito), non foss’altro perché prevista, richiamata e presupposta da diverse disposizioni legislative quali, per esempio, l’art. 16 del decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242 che stabilisce che le Federazioni sportive nazionali sono rette da norme statutarie e regolamentari.

A differenza di quanto avviene per il settore dei “professionisti” (6) non esistono norme federali da cui poter ricavare elementi che depongono a favore dell’insorgenza di un rapporto contributivo e, di conseguenza, di obblighi contributivi in capo alle società per i calciatori “non professionisti” (7).

Ciò vale anche per gli accordi economici di cui si discute.

La nascita di un rapporto contributivo — che è quello che intercorre tra l’Ente previdenziale ed il soggetto debitore e che ha per oggetto l’adempimento da parte di quest’ultimo dell’obbligo di pagare i contributi — presuppone innanzitutto la sussistenza di un rapporto di lavoro ed, in secondo luogo, che esso abbia, di regola (8), natura subordinata, discendendo da ciò, per effetto degli artt. 2099 e seguenti del codice civile, l’obbligo di corrispondere al lavoratore la retribuzione quale corrispettivo della prestazione da questi eseguita.

Orbene, nel caso degli accordi economici di cui agli artt. 29 e 94 *ter* N.O.I.F. non ricorre nessuna delle condizioni sopra esplicitate.

In primo luogo, è esclusa in radice la sussistenza del presupposto iniziale — il rapporto di lavoro — posto che la relazione, sorta per effetto del tesseramento, tra società e calciatore non può dare origine ad alcuna forma di lavoro.

Del resto, che il rapporto tra un calciatore “non professionista” e la società di appartenenza non sia da ricondurre nell’alveo del lavoro lo conferma anche la giustizia ordinaria (9)

(6) Vedasi art. 7 statuto F.I.G.C., art. 46 N.O.I.F. ed art. 21 accordo collettivo per i calciatori professionisti.

(7) Per l’inesistenza di obblighi contributivi a carico delle società per i calciatori dilettanti, Guadagnino A., “Gli obblighi contributivi delle società di calcio e la tutela previdenziale dei calciatori”, Aps editore, 1998, 48 e ss..

(8) L’obbligazione contributiva può sorgere anche laddove non vi sia subordinazione, come dimostrano gli esempi degli iscritti agli albi professionali o negli elenchi dei lavoratori esercenti le attività artigianali o commerciali i quali, pur essendo di lavoratori autonomi, sono tenuti al versamento di contributi previdenziali oppure le ipotesi di collaborazioni coordinate e continuative anch’esse idonee a far sorgere un’obbligazione contributiva.

(9) Trib. Pescara, ordinanza 14 dicembre 2001, Pres. ed est. Angelini, Federazione italiana nuoto c. Hernandez Paz, in Foro It., 2002, 898 con nota critica di Agnino F. L’autore, sul punto, rileva che “da tempo la giurisprudenza comunitaria ha sottolineato l’inutilità della qualifica che una federazione si dà unilateralmente a scapito dell’approfondimento concreto caso per caso della natura, professionistica o dilettantistica, dell’attività, non marginale o accessoria, svolta dall’atleta” (v. Corte giust. 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, Foro it., Rep. 2000, voce Unione europea, n. 911)”. In senso difforme dalla decisione citata ad inizio di nota, Trib. Pescara, ordinanza 18 ottobre 2001, Giud. Carbone; Hernandez Paz c. Federazione italiana nuoto, in Foro it, *ibidem*, secondo cui “La distinzione (peraltro assai sfuggente nell’agonismo del nostro tempo) tra professionismo e dilettantismo nella prestazione sportiva si mostra, pertanto, priva di ogni rilievo, non comprendendosi per quale via potrebbe mai legittimarsi una discriminazione del dilettante”.

che, nell'ambito di una controversia promossa da un giocatore di pallanuoto (sport per cui non è previsto il professionismo), ha affermato che "né l'art. 2 Cost., né le ulteriori fonti normative di diritto internazionale convenzionale (...) e consuetudinario annoverano l'interesse a far pratica sportiva e ad impegnare in tal modo il proprio tempo libero tra le libertà fondamentali dell'individuo... Né l'interesse tutelato dal ricorrente può poi dirsi ricompreso nel diritto al lavoro e quindi facente parte dei diritti fondamentali perché dalla normativa di settore esibita (cfr. in particolare art. 5 statuto della Fin) non si ricava in alcun modo che il campionato nazionale di pallanuoto sia stato organizzato in Italia su base professionistica".

L'inesistenza di un rapporto di lavoro rende ovviamente superflua la successiva indagine circa la qualificazione della natura, autonoma o subordinata, dello stesso.

Ciò nondimeno — ed "*a fortiori*" — ad escludere la subordinazione sovviene la natura tipicamente risarcitoria — e, perciò stessa, non retributiva — delle erogazioni previste dagli accordi economici in esame, erogazioni la cui finalità esclusiva è quella di ristorare il calciatore dei costi vivi e delle spese da lui sopportati per lo svolgimento dell'attività ricreativa sportiva.

La conclusione appena rassegnata è confermata anche dalla giustizia ordinaria (10) che, nell'ambito di un giudizio in cui una società di calcio dilettantistica si era opposta alla pretesa contributiva dell'INPS per le somme erogate a titolo di indennità, rimborsi e voci premiali corrisposti ad un suo calciatore, peraltro nei limiti dei valori unitari posti dalla federazione, ha statuito che "trattasi di erogazioni non suscettibili di essere assoggettate a contribuzione previdenziale siccome estranee ad un rapporto di lavoro ed al campo di applicazione della L. n. 91/1981 e della L. n. 366/1973".

3. — Le altre forme di tutela del calciatore "non professionista": la tutela contrattuale.

La circostanza che nel caso degli accordi economici non sia possibile ravvisare un rapporto di lavoro non esclude la previsione, a favore del calciatore "non professionista", di altre forme di tutela, diverse da quelle del libro V del codice civile ed, in particolare, del titolo IV, relativo al lavoro subordinato.

Dall'esame della disciplina di cui agli artt. 29 e 94 *ter* N.O.I.F. si può ragionevolmente affermare che la relazione che si instaura tra il calciatore e la società di appartenenza sia da considerare alla stregua di un accordo o di una convenzione che disciplina aspetti anche di natura patrimoniale in quanto suscettibili di valutazione economica (quali la erogazione di indennità, rimborsi e premi) e che, di conseguenza, la stessa vada ricondotta nell'ambito della figura del contratto, presentandone tutti i requisiti tipici.

(10) Trib. Lucca, sez. lav., 25 ottobre 2000, 431, inedita, relativa a controversia insorta precedentemente le modifiche approvate dal Consiglio federale della F.I.G.C.. La decisione non è stata appellata dall'INPS.

Sotto il profilo della compatibilità con le norme dell'ordinamento giuridico statale, va evidenziato che tali accordi economici altro non sono che una forma di manifestazione dell'autonomia privata che con la norma (di chiusura) dell'art. 1322 c.c. attribuisce alle parti la facoltà di concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Siffatta ricostruzione trova conforto anche nella giurisprudenza di merito (11) secondo cui “ il rapporto contrattuale instaurato tra il ricorrente (cfr. calciatore dilettante) e l'associazione resistente (cfr. la società di appartenenza) non potrebbe ritenersi di natura associativa “in quanto, invece, integrerebbe” un rapporto sinallagmatico di natura atipica che consente, da un lato, all'associazione di utilizzare una risorsa umana per perseguire i propri fini istituzionali ed offre, dall'altro, all'atleta la possibilità di esercitare in forma organizzata l'attività ludica-sportiva”.

3.1. — Gli effetti della tutela contrattuale.

La previsione di una tutela contrattuale del calciatore “non professionista” fa venir meno le preoccupazioni di discriminazione insite in alcune pronunzie della giurisprudenza nazionale e comunitaria (12), giustificando e legittimando, nel contempo, la distinzione tra calcio professionistico e calcio dilettantistico, rilevato che divieto di discriminazione non equivale a divieto di differente trattamento giuridico: nel caso di specie, poiché la prestazione del calciatore professionista — in quanto resa con caratteri di onerosità, professionalità e continuità — è da configurare come un'attività economica svolta in via principale e non accessoria, è coerente con i principi immanenti al sistema qualificarla quale attività lavorativa, peraltro di natura subordinata, ed in quanto tale, meritevole di una tutela anche previdenziale con conseguente obbligo contributivo a carico della società di appartenenza.

Laddove, al contrario, la prestazione del calciatore non presenta quei requisiti, è giusto che, non configurandosi alcuna forma di lavoro, non sia stata prevista la necessità di garantire anche quel tipo di tutela.

Sul piano operativo, vertendosi in tema di rapporti contrattuali, le controversie giudiziarie che potranno insorgere tra calciatori e società che partecipano ai campionati nazionali dilettanti spetteranno alla competenza del Giudice ordinario e non più a quella del Giudice del lavoro, rilevato che non ricorre alcuna delle ipotesi di cui all'art. 409 c.p.c..

In secondo luogo, sul piano probatorio spetterà al debitore della prestazione richiesta (nel nostro caso la società) dare la prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità derivante da causa a lui non imputabile.

(11) Trib. Gorizia, ordinanza 5 luglio 2001, 2525, Padoan c/ U.S. Italia S. S. Marco, inedita.

(12) Vedasi nota 8.

4. — L'eventuale verifica giudiziale.

La previsione di una disposizione dell'ordinamento federale che afferma che "per tutti i calciatori non professionisti è esclusa ogni forma di lavoro, sia autonomo che subordinato" non impedisce che, in concreto, un calciatore possa rivolgersi all'Autorità giudiziaria chiedendo che venga accertata la sussistenza di un rapporto di lavoro e, per di più, di natura subordinata.

Opinare diversamente, infatti, significherebbe violare il dettato costituzionale di cui al primo comma dell'art. 24 che dispone che "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

Né, tanto meno, può essere precluso al Giudice l'accertamento in concreto delle modalità di svolgimento di un rapporto di lavoro e ciò financo nelle ipotesi in cui sia stato il legislatore stesso ad operare "in astratto" la qualificazione dello stesso.

4.1. — L'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato.

Nel caso in cui la verifica giudiziale abbia per oggetto l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, l'indagine del Giudice deve essere condotta — al fine di evitare fuorvianti, quanto pericolosi, equivoci in cui è incorsa di recente qualche decisione di merito (13) — alla stregua di criteri che tengano in debito conto della pacifica specificità del calcio (14).

(13) Trib. Ancona, 4 luglio 2001, n. 147, con nota critica di Guadagnino A., "*Le forme di tutela dei calciatori dei Campionati Nazionali della Lega Dilettanti*", in corso di pubblicazione su *Informazione previdenziale*. Un calciatore, impegnatosi a svolgere la propria prestazione sportiva per una società militante nel campionato nazionale dei dilettanti (c.d. interregionale), aveva convenuto in giudizio avanti al Giudice del lavoro la società per non aver questa provveduto a corrispondergli tutti gli emolumenti pattuiti.

In aggiunta, poiché il rapporto "*de quo*" avrebbe integrato gli estremi della subordinazione, il giocatore aveva chiesto che la società venisse condannata, da un lato, a pagargli le indennità di fine rapporto e di ferie non godute e, dall'altro, a regolarizzare la sua posizione contributiva presso il competente Ente previdenziale. Le domande, eccezion fatta per quella relativa alle due indennità (di fine rapporto e di ferie non godute), sono state accolte dal Giudice adito che ha ritenuto che "le ricordate prestazioni lavorative, che il ricorrente metteva a disposizione della associazione (cfr. società) in base al ricordato contratto, sono da ricondurre nell'ambito di un rapporto di lavoro di natura subordinata, essendo il ricorrente in tutto e per tutto sottoposto al potere decisionale della associazione. In altri termini il rapporto di lavoro era caratterizzato da un vincolo personale del ricorrente nei confronti della datrice, di cui era tenuto a rispettare le direttive datoriali". La sentenza, a quanto consta, è stata appellata dalla società.

(14) Così Martinelli G., in Riv. Dir. Sport. 1993, 17, secondo cui "la risoluzione del problema concernente la qualificazione giuridica, autonoma o subordinata, del rapporto di lavoro dei prestatori sportivi, esclusi dall'applicazione della legge 91/81, dovrà sì essere ricercata ricorrendo alle norme generali dell'ordinamento giuridico, ma stante la riconosciuta specialità del rapporto di lavoro posto in essere...".

Per esempio, l'esclusività della prestazione a favore di un solo soggetto, la sottoposizione alle scelte tecniche dell'allenatore e la partecipazione agli allenamenti in questo contesto non possono rappresentare elementi tipici della subordinazione, ma costituiscono elementi ontologicamente naturali dell'attività prestata dal calciatore che sono strumentali al raggiungimento del fine ultimo dello sport.

Ed allora, al fine di provare la subordinazione, non è sufficiente per il calciatore dimostrare in giudizio che in concreto il rapporto si è svolto secondo le modalità previste dall'accordo e, quindi, dalla normativa federale.

Infatti, laddove vi sia coincidenza tra volontà delle parti (regolamento pattizio di cui alla normativa federale) e concrete modalità di svolgimento, non potrà esserci subordinazione, essendo evidente che questa è stata esclusa da entrambi i soggetti (calciatore e società) nel momento di sottoscrizione dell'accordo economico "tipo".

Pertanto, per aversi subordinazione, è necessario fornire la prova che il rapporto in concreto si è svolto secondo modalità diverse da quelle volute ed in particolare che la posizione di soggezione del calciatore risulti più accentuata attraverso un maggior e penetrante esercizio del potere direttivo del datore di lavoro.

In sostanza, è necessario provare o una novazione oggettiva del rapporto o, addirittura, la simulazione dell'accordo originariamente stipulato dalle parti.

Non solo!

Per aversi subordinazione occorre fornire anche la prova della natura retributiva degli emolumenti corrisposti, dato che è la (erogazione della) retribuzione il corrispettivo della prestazione del lavoratore subordinato.

Per esempio, per i rimborsi forfettari di spesa, al fine di affermare per essi la presunzione di onerosità secondo cui va ricompreso nella retribuzione ogni elemento patrimoniale di incerta natura, sarà necessario che il calciatore provi che non vi è alcun nesso causale e di corrispondenza tra le spese sostenute dal calciatore per l'esecuzione della sua prestazione (od in occasione della stessa) e le somme erogategli dalla società, in quanto la presenza di quel nesso o di quella corrispondenza quantitativa elimina di per sé la natura "retributiva" dell'erogazione.

Tra l'altro, l'esigenza di un maggior rigore probatorio si giustifica — oltre che per l'incompatibilità logica e finalistica tra dilettantismo e lavoro — anche per la necessità di tutelare interessi di soggetti terzi che, seppur estranei al rapporto calciatore-società, da questo (*rectius*, dalla qualificazione di esso) potrebbero subire un pregiudizio, interessi che nel caso di specie risultano particolarmente meritevoli di tutela a causa della loro indubbia natura pubblicistica.

Il riferimento soggettivo è agli Enti previdenziali che, a seguito del riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro "*de quo*", hanno l'obbligo, in attuazione del principio dell'automatismo delle prestazioni che caratterizza il nostro sistema previdenziale, di accreditare comunque (purchè nei limiti della prescrizione) i contributi a favore del calciatore-lavoratore (e ciò a prescindere dall'adempimento dell'obbligazione contributiva da parte della società-datrice di lavoro interessata).

In considerazione di ciò, in occasione di un contenzioso giudiziario tra calciatore e società, sarebbe auspicabile da parte del Giudice il ricorso ai poteri di cui all'art. 107 c.p.c., ordinando l'intervento in giudizio dell'Ente previdenziale competente cui, per quanto sopra esposto, la causa risulta essere comune.

Un intervento del genere si presenta oltremodo necessario, dato che spesso le società calcistiche convenute in giudizio — sia per la loro struttura giuridica (a differenza che per le consorelle professionistiche, per quelle dilettantistiche non è obbligatoria la forma giuridica di una società per azioni o a responsabilità limitata), che per la loro consistenza economica e patrimoniale (ai fini della solvibilità delle obbligazioni assunte) — non mostrano particolare interesse a resistere in giudizi del genere.

Quest'ultima evenienza se, da un lato, può risolversi in un vantaggio per il calciatore, è pur vero che, dall'altro, può dar luogo a conseguenze negative che sarebbe opportuno evitare.

In primo luogo, sul piano dell'effettività della tutela assicurativa è infatti concreto il pericolo di una costituzione fittizia di posizioni assicurative, tanto più facilmente attuabile in assenza di un intervento nel giudizio dell'Ente previdenziale.

Secondariamente, sul versante della spesa pubblica si genererebbe un disavanzo tra entrate contributive — prevedibilmente, per quanto in precedenza rilevato a proposito della consistenza patrimoniale delle società, modeste — e prestazioni da erogare che, proprio in attuazione del già citato principio dell'automatismo delle prestazioni, sarebbero invece innumerevoli dato l'elevato numero di calciatori "non professionisti".

4.2. — *L'accertamento di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.*

La verifica giudiziale potrebbe avere per oggetto anche l'accertamento di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa tra le parti in esame.

Questa forma di relazione per la verità non risulta richiamata dalla normativa federale che si rivolge unicamente alle forme tradizionali del lavoro autonomo e/o subordinato.

Anche in questo caso competente a conoscere la controversia sarà il Giudice del lavoro rientrando la fattispecie della collaborazione coordinata e continuativa nell'ipotesi prevista dal n. 3 dell'art. 409 c.p.c..

Qualora la sussistenza di un simile rapporto venga accertata, sul versante previdenziale l'adempimento dei relativi oneri risulterà così regolamentato.

Fino alla data del 31.12.1999 i compensi corrisposti dalla società, non costituendo reddito per il calciatore fino ad un ammontare, per ciascuna prestazione autonomamente considerata, di lire novantamila e fino all'importo complessivo annuo di lire sei milioni, non dovranno essere assoggettati alla contribuzione prevista per la Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, legge n. 335/95; viceversa, la quota parte dei compensi che eccede tali limiti, costituendo per il giocatore reddito imponibile, si configura come base imponibile anche ai fini della contribuzione previdenziale dovuta per i collaboratori coordinati e continuativi, di talchè sugli importi eccedenti i limiti in precedenza indicati andrà versata la contribuzione con le modalità e nei termini previsti per la generalità dei contribuenti (così circolare INPS n. 121 del 7.6.2000).

Dal 1.1.2000, invece, per effetto dell'art. 37 della legge n. 342/2000 per i compensi erogati nell'esercizio diretto di attività sportive dilettantistiche dalle relative società non è più configurabile l'imposizione dei contributi alla citata gestione separata (così circolare INPS n. 32 del 7.2.2001).

5. — *L'Ente previdenziale competente.*

Nell'ipotesi in cui venga giudizialmente accertata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra il calciatore "non professionista" e la società di appartenenza sorge il problema dell'esatta individuazione dell'Ente previdenziale competente ad assicurare l'accordata tutela.

L'art. 3 del decreto legislativo C.P.S. 16 luglio 1947, n. 708, sulla costituzione dell'Ente nazionale di previdenza e di assistenza per i lavoratori dello spettacolo, ratificato, con modificazioni, con la legge 29 novembre 1952, n. 2388, elenca in modo tassativo le categorie dei soggetti che obbligatoriamente vanno iscritti all'Enpals.

Al numero 22 di detto elenco trova collocazione — per effetto dell'art. 3 della legge 14 giugno 1973 n. 366 — la categoria dei calciatori "professionisti", tali essendo quelli vincolati da contratto con società sportive affiliate alla Federazione italiana gioco calcio e che svolgono la loro attività in campionati di serie A, B e C.

Or dunque, poiché questa categoria di soggetti è diversa — per i motivi in precedenza evidenziati — da quella dei calciatori "non professionisti" e poiché, data la natura tassativa dell'elencazione di cui al citato art. 3 della normativa istitutiva dell'Enpals, non è possibile un'estensione analogica dell'obbligo di iscrizione a soggetti non ricompresi in quell'elencazione (15), ne consegue che i calciatori "non professionisti" non possono rientrare nell'ambito della categoria *sub* n. 22 (16).

Costoro, tuttavia, non possono trovare spazio neanche all'interno delle altre due categorie di soggetti previste dall'art. 3 che operano nel settore dello sport quali gli

(15) Il comma 2 dell'art. 3 del D. Leg. C.P.S. 16 luglio 1947 n. 708, ratificato, con modificazioni, con la legge 29 novembre 1952 n. 2388 prevede che "Con decreto del capo dello Stato, su proposta del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, l'obbligo della iscrizione all'ente potrà essere esteso ad altre categorie di lavoratori dello spettacolo non contemplate dal precedente comma". La Suprema Corte (Cass. sez. lav. 22 gennaio 1997 n. 633 in Foro it., 1997, I, 761), tuttavia, ha affermato che "questo è un decreto c.d. delegato o autorizzato, il quale ha il potere di incidere su una norma di legge, modificandola, proprio in virtù della previsione del relativo potere da parte della legge delegante, ma che tale efficacia non cambia la natura giuridica dell'atto in questione, che resta intrinsecamente amministrativo; e che, trattandosi di atto amministrativo, esso è suscettibile di sindacato da parte (non della Corte Costituzionale, ma soltanto) del giudice ordinario, il quale, ove ne ravvisi l'illegittimità per contrasto a norme imperative, e tra queste certamente quella che prevede l'obbligo di esercitare la delega nei limiti fissati, oltre beninteso quelli discendenti dall'art. 23 Cost. potrà disapplicarlo" (in precedenza, così Cass. n. 7323/92; Cass. n. 13913/91; Cass. n. 1110/91; Cass. n. 1054/91).

(16) In quanto prima di tutto calciatori, "*a fortiori*" quelli "non professionisti" non possono farsi rientrare in nessuna delle altre tre categorie di sportivi professionisti previsti dalla legge n. 91/81.

addetti agli impianti sportivi (n. 21) e gli impiegati amministrativi e tecnici dipendenti dagli enti e imprese esercenti pubblici spettacoli (n. 20), attesa la totale estraneità dei compiti riconnessi alle due categorie con lo svolgimento della pratica sportiva (17).

Ed allora, ritenuta la non iscrivibilità dei soggetti in questione presso l'Enpals, andrà individuato il diverso Ente previdenziale competente a garantirne la copertura assicurativa.

Al riguardo, viene in soccorso la struttura pluralistica del nostro sistema previdenziale a seguito della quale, relativamente ad un evento protetto, è dato riscontrare una pluralità di regimi, ciascuno caratterizzato da regole specifiche sia per le prestazioni da erogare, che per la contribuzione da versare.

L'esempio più evidente di quanto sopra enunciato si ha in materia di assicurazione per il rischio da invalidità, vecchiaia e superstiti (I.V.S.) dove, accanto ad un regime "generale" (riguardante, cioè, la generalità dei lavoratori dipendenti) gestito dall'INPS, esistono altri regimi c.d. "speciali" che si prefiggono di realizzare forme di protezione di particolari categorie di lavoratori.

Questi regimi "speciali" possono essere esclusivi, sostitutivi ed integrativi (18).

Quello dell'Enpals è un regime previdenziale "sostitutivo" che si caratterizza perché opera in alternativa a quello dell'Assicurazione generale obbligatoria (A.g.o.); tuttavia, seppur sostitutivo, tale sistema non è mai "esonerativo" del regime ordinario, posto che a quest'ultimo è da riconoscere una competenza "residuale" come espressamente previsto da norme "ad hoc": per esempio, l'art. 5 del decreto legislativo 30 aprile 1997 n. 166 dispone che "Per quanto non disciplinato dalla normativa del Fondo (cfr. degli sportivi professionisti), come modificata dal presente decreto, trovano applicazione le disposizioni in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria".

Pertanto, esclusa nel caso di specie la competenza "speciale" dell'Enpals, in virtù dei principi generali del sistema previdenziale riprenderà ad avere espansione in via "residuale" la tutela generale dell'Inps presso il quale i calciatori "non professionisti", per i quali sia stata giudizialmente accertata la natura subordinata del rapporto di lavoro con la società di appartenenza, andranno iscritti come lavoratori dipendenti (19).

Se, invece, il Giudice dovesse accertare che tra il calciatore e la società sia intercorso un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa non si porrà alcun problema di individuare l'Ente previdenziale competente, considerato che l'art. 2, comma 26, legge 8 agosto 1995 n. 335 dispone che a decorrere dal 1° gennaio 1996 i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui al comma 2, lettera a) dell'art. 49 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917, sono tenuti all'iscrizione presso un'apposita gestione separata presso l'INPS.

(17) Per la definizione di "addetti agli impianti sportivi" vedasi circolare Enpals n. 20 del 4 giugno 2002 secondo cui sono tali i soggetti "addetti specificatamente e continuativamente agli impianti sportivi e cioè il personale la cui prestazione è direttamente legata a quest'ultimi, tanto che la prestazione stessa sarebbe impossibile o priva di interesse per il datore di lavoro, se gli impianti venissero meno" (Ministero del lavoro e della previdenza Sociale — circolare 1 ottobre 1984, n. 108). In dottrina, in ordine al concetto di "addetti agli impianti sportivi" ed alle relative problematiche, Guadagnino A., *op. cit.*, 39 e ss..

(18) In dottrina, Persiani M., *Diritto della Previdenza Sociale*, Cedam, 1997, nona edizione, pag. 164.

(19) A questa conclusione è arrivato, seppur non fornendo alcuna motivazione sul punto, Trib. Ancona cit..

ANDREINA OCCHIPINTI

Giudice del lavoro in Agrigento

**LA FIGURA DEL DIRIGENTE PUBBLICO DOPO LE INNOVAZIONI
INTRODOTTE DALLA L. 145/2002*****I. — Introduzione.***

A meno di dieci anni dall'entrata in vigore del D.lgs 29/93, la recente legge del 15 luglio 2002 n. 145, in materia di riordino della dirigenza statale, costituisce l'ultimo tassello di quell'articolato quadro normativo che — già a partire dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, sul nuovo ordinamento delle autonomie locali, dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, sulla riforma del procedimento amministrativo, e dalla legge 23.10.1992 n. 421, di delega al governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, pubblico impiego e previdenza, e principalmente attraverso il decreto legislativo 29/93 — ha realizzato una radicale riforma dell'apparato organizzativo delle pubbliche amministrazioni al fine di snellire l'azione amministrativa e liberarla dal peso di vincoli formali e sostanziali.

La parola d'ordine sottesa agli interventi legislativi susseguitisi a partire dagli anni novanta è stata quella dell'*efficienza*, valore posto quale epicentro dell'azione amministrativa.

La *flessibilità* dell'azione è stata configurata come strumento necessario per conseguire l'efficienza.

L'idea di fondo ispiratrice della riforma risulta efficacemente espressa dallo stesso legislatore nei lavori preparatori della legge delega 23.10.1992 n. 421. Come obiettivo della riforma viene indicato “*da un lato il rafforzamento dei poteri di impulso, di direzione e coordinamento, e, dall'altro, una verifica dei risultati di gestione e più precise responsabilità dirigenziali*”.

Al decreto legislativo 29/93 deve essere certamente ascritto il merito di avere introdotto strumenti innovativi di gestione delle risorse umane nell'ambito di organizzazioni complesse.

L'introduzione delle tecniche proprie del settore privato di “gestione per obiettivi”, in conformità agli obiettivi generali di riforma del rapporto di pubblico impiego previsti dall'art. 2 della legge delega 421/92, nell'ambito degli apparati organizzativi delle pubbliche amministrazioni ha certamente rappresentato un momento di radicale trasformazione dell'azione amministrativa.

La rivoluzionaria novità che contrassegna il D.L.gs 29/93, in base alla quale nella gestione dei rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni non intervengono più atti amministrativi, bensì atti unilaterali privatistici, atti di gestione, assimilabili sul piano degli effetti, agli atti organizzativi e direttivi del privato imprenditore, non ha lasciato indifferente neppure il rapporto dirigenziale.

Il dirigente non è stato più visto come depositario di poteri autoritativi e titolare di pubbliche funzioni, bensì come titolare di poteri di gestione di risorse finanziarie, di risorse umane e di risorse strumentali.

2. — La disciplina del rapporto dirigenziale.

Con l'entrata in vigore del D.lgs 29/93 si assiste alla introduzione di un diverso criterio di qualificazione del rapporto dirigenziale.

La carriera del dirigente, suddivisa secondo le originarie previsioni di cui all'art. 1 del D.P.R. 30.6.1972 n. 748 in "Dirigenti generali", "Dirigenti Superiori" e "Primi Dirigenti", — distinzione mantenuta anche dopo la legge 11 luglio 1980, n. 312 che ha abolito le carriere istituendo le qualifiche funzionali — viene sostituita da una differente articolazione del rapporto dirigenziale.

L'art. 15 del D.lgs 29/93, nella sua originaria stesura, aveva mantenuto una distinzione fra la qualifica di *dirigente* e la qualifica di *dirigente generale*.

Le preesistenti qualifiche di dirigente generale, dirigente superiore e primo dirigente, venivano abbandonate e la qualifica di primo dirigente e di dirigente superiore risultavano unificate in quella di dirigente.

La suddivisione verticale fra le due qualifiche, di dirigente generale e di dirigente, valeva ad introdurre, anche nell'apparato organizzativo delle pubbliche amministrazioni, la distinzione fra *top manager* e dirigente comune già radicata nell'esperienza lavorativa privata.

Il D.L.vo 80/98, modificando l'art. 15 del D.L.gs 29/93, abbandona la distinzione fra qualifica di dirigente e qualifica di dirigente generale e mantiene, invece, solo una distinzione fra funzione di direzione di uffici dirigenziali generali e funzione di direzione di uffici dirigenziali semplici (1).

La dirigenza generale cessa di essere una qualifica e, nell'ambito della unitaria categoria dirigenziale, la distinzione viene operata non più qualifiche, bensì per funzioni e per trattamento economico.

La disciplina delle funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali viene introdotta dall'art. 16 del D.lgs 29/93; la disciplina delle funzioni dei dirigenti viene affidata al successivo art. 17.

(1) Meoli, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci-D'Antona.

Le preesistenti qualifiche sono state mantenute *ad personam*, in attesa della individuazione dei nuovi uffici.

L'articolazione della dirigenza pubblica in due fasce è stata operata con riferimento al *ruolo unico dirigenziale*.

L'art. 23 del decreto legislativo n. 29 aveva originariamente istituito l'*albo* dei dirigenti, con finalità meramente conoscitive e per l'attuazione delle procedure di mobilità.

L'art. 15 del D.L.gs 80/98 ha modificato il precedente art. 23 del D.L.gs 29/93, sostituendo l'albo dei dirigenti con il ruolo unico dei dirigenti, con effetti non più solo di mera pubblicità conoscitiva bensì sostanziali, ovvero costitutivi, rispetto alla posizione del singolo dirigente, ai fini del conferimento degli incarichi e ai fini della determinazione del trattamento economico.

Nella prima fascia del ruolo unico sono stati inseriti i dirigenti generali e nella seconda fascia gli altri dirigenti. La iscrizione del dirigente nella prima o nella seconda fascia ha rilievo, pertanto, ai fini del trattamento economico nonché ai fini del conferimento degli incarichi di dirigenza generale.

La dirigenza generale, o meglio l'inserimento del dirigente nella prima fascia del ruolo unico dirigenziale, non costituisce più una qualifica autonoma ma rileva solo ai fini dell'eventuale conferimento di un incarico di direzione generale (2).

2.1. — L'esclusione dei dirigenti generali dalla privatizzazione.

In fase di prima privatizzazione l'art. 2 co.4° del D.lgs 29/93, in attuazione dei criteri generali introdotti dall'art. 2, primo comma, lett. a) della legge delega 23.10.1992, n. 421, aveva escluso dall'area della riforma i dirigenti generali.

Veniva invece subito assoggettata al regime civilistico e demandata alla contrattazione collettiva la disciplina del rapporto di lavoro dei dirigenti non generali.

Entrambe le norme suddette sono passate attraverso il vaglio della Corte Costituzionale (3).

La Consulta, sgombrando il campo da qualsiasi equivoco sulla legittimità della complessa e radicale riforma attuata dal legislatore, ha puntualizzato come la legge 421/92 abbia espresso una precisa scelta del legislatore di distinguere fra "*organizzazione della pubblica amministrazione, la cui disciplina viene affidata in primo luogo alla legge, e rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, tendenzialmente demandato allo strumento della contrattazione collettiva*".

Ha rilevato come la legge, nel rispetto dei principi espressi dall'articolo 97 della Costituzione, non abbia rinunciato a disciplinare numerosi aspetti del rapporto dirigenziale privatizzato — quelli più strettamente connessi ai profili organizzativi dell'attività

(2) Mattini-Talamo, *Lav. Pubbl. amm.* 98, p. 383; Meoli, *Nuove leggi civ. comm.* 99, p. 140.

(3) Sentenza della Corte Costituzionale del 23 luglio 1996, n. 313, R.I.D.L. 1997, II, 36.

amministrativa — in un'ottica dinamico-funzionale della collocazione della dirigenza e non più in termini di *status*.

La sottoposizione del rapporto dei dirigenti — ad eccezione del rapporto dei dirigenti non generali — ai principi di diritto comune non avrebbe comportato alcun pregiudizio per la loro imparzialità, né una violazione del principio di buon andamento espresso dall'art. 97 della Costituzione.

Il valore dell'*imparzialità*, ben suscettibile di essere integrato con il valore dell'*efficienza*, non deve essere necessariamente garantito attraverso uno *statuto pubblico* del dipendente.

Peraltro, la riserva legislativa formulata per la disciplina di alcuni profili ordinali, in cui il rapporto di ufficio implica lo svolgimento di compiti che partecipano del momento organizzativo della pubblica amministrazione, costituisce, secondo la Consulta, garanzia di un corretto bilanciamento fra i due principi espressi dall'art. 97 della Costituzione, imparzialità e buon andamento (4).

Infine, la sottoposizione del rapporto di pubblico impiego alle regole proprie dei rapporti di lavoro privati non avrebbe determinato di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del pubblico dipendente, anche in considerazione del fatto che per questi non vi è — come invece per i magistrati — una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge che assicuri stabilità ed inamovibilità.

Quanto ai dirigenti generali, invece, l'esclusione per essi dell'applicazione della disciplina prevista dal codice civile, sarebbe stata espressione di una scelta discrezionale ed insindacabile del legislatore.

2.2. — La sottoposizione del dirigente generale alla disciplina propria del diritto privato.

Soltanto con la emanazione della legge 15 marzo 1997 n. 59, legge delega per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa, il legislatore ha previsto l'estensione (art. 11 co. 4° lett. a della legge cit.) del regime di diritto privato anche ai dirigenti generali.

La dirigenza generale è stata così attratta nella sfera di applicazione dei principi e criteri direttivi originariamente riservati dall'art. 2 della legge 421/92 ai soli dirigenti non generali.

La privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti generali ha comportato la necessità di distinguere, con riferimento ai medesimi, fra *rapporto di lavoro*, di natura contrattuale e normalmente a tempo indeterminato, e *titolarità dell'ufficio*, rappresentato dalla titolarità dell'incarico — di natura fiduciaria e a termine.

(4) Gragnoli, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto*, R.I.D.L., 1997, II, 45-57.

5) T.A.R. Lazio ordinanza 21 giugno 2000, G.U. 1° s.s., n. 46 del 2000.

Anche la norma in commento è stata sospettata di illegittimità costituzionale e rimessa al vaglio della Consulta ritenendosi che la privatizzazione del rapporto di impiego dei dirigenti generali avrebbe determinato per essi uno *status* di debolezza e precarietà, non consentendo loro di lavorare secondo i canoni di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (6).

Il giudice remittente aveva, inoltre, osservato come la sottoposizione del rapporto di lavoro del dirigente generale alla disciplina ordinaria di diritto comune comporterebbe una violazione del principio di separazione fra funzione governativa di indirizzo e di controllo e funzione dirigenziale di attuazione e di gestione.

La Corte Costituzionale ha respinto (7) la sollevata eccezione di illegittimità costituzionale, affermando innanzitutto come l'estensione della privatizzazione anche ai dirigenti generali costituisca espressione di una scelta discrezionale del legislatore.

Ha, comunque, osservato che la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale nei suoi aspetti più qualificanti — quali il conferimento degli incarichi dirigenziali e la revoca degli stessi — rimane connotata da garanzie che presidiano il rapporto di impiego dei dirigenti generali.

Ha altresì sottolineato che la stabilità del rapporto non equivale per gli stessi dirigenti a stabilità dell'incarico.

L'azione dei dirigenti generali, appunto per garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, deve essere suscettibile di verifica, anche sotto il profilo dei risultati perseguiti.

Per effetto della legge n. 59 del 1997 che ha riformulato gli articoli 3 e 14 del D.Lgs 29/93, risulta accentuata, peraltro, la distinzione fra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e propria dei dirigenti, come desumibile dal mancato riconoscimento in capo al ministro del potere di revocare, riformare o avocare a sé atti di competenza dei dirigenti.

La stessa Consulta, tuttavia, in altra ordinanza di poco successiva, chiamata a pronunciarsi sulla sollevata eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 20, comma 9°, D. L.gs. 29/93, ha rilevato, sul tema della responsabilità dirigenziale, sempre con riferimento ai dirigenti generali, che la distinzione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e attività gestionale esercitata dai dirigenti in autonomia e sotto la loro responsabilità, comporta la necessità di una ulteriore tipicizzazione delle ipotesi di responsabilità dirigenziali e la previsione di adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati della loro azione.

3. — La disciplina degli incarichi dirigenziali nell'art. 19 del D.lgs 29/93.

Nonostante l'assoggettamento del rapporto dirigenziale ai principi propri del

6) Corte Costituzionale, ordinanza 30 gennaio 2002 n. 11, G.U. 1° s.s., 6.2.2002, n. 6, in F.I. 2002, parte I, 2964.

7) Corte Costituzionale, sentenza 16 maggio 2002 n. 193, G.U., 1° serie speciale, 22 maggio 2002, n. 20, in F.I. 2002, parte I, 2964;

diritto privato, il rapporto dirigenziale ha tuttavia mantenuto una sua specificità rispetto al rapporto di lavoro degli altri dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Mentre per il personale non dirigenziale sia il rapporto d'*ufficio* che il rapporto di *servizio* sono stati ricondotti sul terreno unitario del diritto privato, per i dirigenti, invece, il rapporto di servizio rimane scisso dal rapporto di ufficio.

In particolare il momento dell'acquisizione della qualifica dirigenziale non coincide con il momento di acquisizione delle funzioni dirigenziali.

L'instaurazione del rapporto di servizio, conseguente normalmente alla conclusione di una procedura concorsuale, determina solamente l'acquisto della qualifica dirigenziale e il sorgere del diritto ad un certo trattamento economico, mentre l'instaurazione del rapporto di ufficio dirigenziale consegue solamente al conferimento — tramite incarico — della funzione dirigenziale (8).

Diventa, così, di centrale importanza la disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali.

L'art. 19 del D.L.gs 29/93 (modificato, prima, dall'art. 11 D.L.gs 23.12.1993, n. 546 e, quindi, dall'art. 13 D.L.gs 31.3.1998, n. 80) in sintonia con la filosofia sottesa alla legge di riforma, affidava la definizione del contenuto dell'incarico, degli obiettivi e della durata, ad un atto contrattuale.

Manteneva natura provvedimento il mero atto di conferimento dell'incarico, in quanto espressione di un potere discrezionale di scelta della pubblica amministrazione — *rectius* dell'organo politico o di governo — mantenuto in una orbita pubblicistica.

Il momento di conferimento dell'incarico rimaneva, pertanto, attratto nella sfera del diritto pubblico, mentre la definizione del contenuto dello stesso incarico — limitatamente agli aspetti patrimoniali e di durata — e la definizione degli obiettivi da perseguire, risultava rimessa ad uno strumento negoziale privatistico.

Rispetto al primo momento — da cui discendeva l'instaurazione del rapporto di ufficio, con conseguente immedesimazione organica fra il dirigente e la amministrazione pubblica rappresentata — l'amministrazione conferente manteneva una veste autoritaria e rimaneva legata al rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Nella seconda fase, ricondotta agli schemi tipici del diritto privato, l'amministrazione assumeva la veste di mera parte contraente, soggetta soltanto agli obblighi contrattuali assunti oltre che al rispetto delle regole generali di buona fede e correttezza.

La scissione fra il momento di conferimento dell'incarico — espresso in un atto provvedimento — e il momento di definizione del contenuto e delle finalità dell'incarico stesso — espresso in un atto contrattuale — non aveva comunque effetti sotto il profilo della tutela, atteso che, per effetto dell'ultima formulazione dell'art. 68 del D.lgs 29/93 (cfr. D.lvo 387/98), sia l'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale sia

(8) D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Lavoro nelle p.a.*, 1998, 35 *ess.*; G. D'Alessio, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in Carinci-D'Antona, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, 770, *ss.*; D'Orta, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in Carinci-D'Antona, *op.cit.*, 101; G. D'Auria, *La privatizzazione della dirigenza pubblica, fra decisioni delle corti e ripensamenti del legislatore*, FI, 2002, I, 2964 *ss.*

l'atto di revoca, e tutte le problematiche connesse alla individuazione della responsabilità del dirigente, venivano comunque attratte nella sfera della giurisdizione ordinaria.

La circostanza che l'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale rivestisse natura di provvedimento, e non fosse annoverabile fra gli atti *iure privatorum*, atti privatistici di gestione del rapporto, non produceva, e non produce, alcun effetto sul piano della giurisdizione data la chiara volontà del legislatore di devolvere al giudice ordinario tutte le controversie concernenti "il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale ancorchè vengano in questione atti amministrativi presupposti" (9).

Sotto il profilo della competenza l'art. 19 individuava tre possibili competenze, a seconda del contenuto dell'incarico.

Gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali (e di livello equivalente) erano conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia del ruolo unico.

Gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale erano conferiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente a dirigenti della prima fascia del ruolo unico. In misura non superiore ad un terzo, l'incarico in questione poteva essere conferito a dirigenti non di prima fascia ovvero — con contratto a tempo determinato — a persone, non appartenenti al ruolo unico della dirigenza, in possesso di specifiche qualità professionali meglio indicate nel comma 6° del medesimo articolo 19.

Infine gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale erano conferiti dai dirigenti dell'ufficio di livello dirigenziale generale ai dirigenti assegnati al suo ufficio.

Quanto ai *criteri* da seguire per il conferimento degli incarichi, l'art. 19 del D.Lgs. 29/93 prevedeva che, sia per il conferimento di ciascun incarico dirigenziale che per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse, si dovesse tenere conto oltre che della *natura* e delle *caratteristiche dei programmi* da realizzare, anche delle *attitudini* e della *capacità del singolo dirigente*, da valutare anche in relazione ai risultati conseguiti nell'espletamento di incarichi precedenti.

(9) Corte Costituzionale sentenza 23.7.2001, n. 275, G.U., 1° serie speciale, 1.8.2991 n. 30, in *FI* 2002, I, 2965; Cass. S.U. 13.7.2001, n. 9540, in *Guida al dr.* Fasc. 31, 64; Cass. S.U. ord. 27.2.2002 n. 2954, *FI*, 2002, I, 2966; Cass. SU 24.2.2000, n. 41, *FI* 2000, I, 1483; Trib. Roma, ord. 14.12.2000, Giust. civ., 2001, I, 2524; Trib. Palermo, ord. 11.3.1999, Giust.civ. 2000, I, 917; Trib. Firenze, ord. 13.10.1999, *FI*, 2000, I, 1302. Per la dottrina: Forlenza, *Contenzioso: conquista spazi il giudice ordinario*, in *Guida al dir.* 2002, fasc. 31, 63; Forlenza, *La Consulta conferma il potere del giudice di annullare gli atti amministrativi*, *Guida al dir.*, 2001, fasc.33, 64; D'alessio, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2002, 639 e 2 ss.; Apicella, *Incarichi dirigenziali nelle amministrazioni pubbliche e tutela giurisdizionale*, in *Trib. amm. Reg.*, 2000, II, 404 e ss.; Miani Canevari, *Privatizzazione del pubblico impiego e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2001, 761 e ss.; Nicosia, *La giurisdizione del giudice ordinario sulla revoca degli incarichi dirigenziali al vaglio della Consulta: un freno alla riforma?*, in *Lavoro nelle p.a.* 2001, 189.

I parametri valutabili ai fini del conferimento degli incarichi dirigenziali erano, pertanto, di duplice natura — soggettiva ed oggettiva.

Il riferimento alla natura e alle caratteristiche dei programmi da realizzare implicava, invero, una valutazione di ordine oggettivo che prescindeva cioè dalla persona del nominando dirigente.

Il riferimento alle attitudini e alle capacità del singolo dirigente, valutabili anche in relazione alla pregressa esperienza acquisita sul campo, si configurava, invece, come criterio di valutazione prettamente soggettivo.

Era, inoltre, previsto che nel conferimento degli incarichi dirigenziali, e anche nel passaggio da un incarico dirigenziale ad un altro, si dovesse tenere conto “ di norma” del criterio della *rotazione* degli incarichi, anche se la norma in commento non prevedeva sulla base di quali concrete modalità il principio di rotazione dovesse trovare effettiva e piena attuazione.

Era previsto il principio della temporaneità dell’incarico dirigenziale, e che questo dovesse avere una durata non inferiore a due anni e non superiore a sette anni, con facoltà di rinnovo.

Era, infine, previsto che al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applicasse l’art. 2103 c.c. — inapplicabile peraltro, *ex art.* 56 del medesimo decreto, a tutti i rapporti di lavoro pubblici anche non dirigenziali — con conseguente esclusione della garanzia di mantenimento della posizione corrispondente alla professionalità acquisita.

4. — *L’art. 3 della legge 15 luglio 2002 n. 145 - La nuova disciplina degli incarichi dirigenziali.*

La nuova filosofia sottesa alla legge 15 luglio 2002 n. 145, contenente — *Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l’interazione tra pubblico e privato* — è espressa, a chiare lettere, nel titolo della stessa legge laddove si indica la finalità di “*favorire lo scambio di esperienze e l’interazione tra pubblico e privato*”.

Tale ultimo intervento legislativo ha modificato alcuni essenziali aspetti del quadro normativo che definisce la posizione ed il ruolo del pubblico dirigente, attenuando sempre di più quegli elementi che lo avvicinano ad un pubblico dipendente e accentuando, di contro, quegli elementi che lo connotano come *manager* privato.

La materia degli incarichi dirigenziali è stata, più di altre, oggetto di non indifferenti modifiche.

Il conferimento dell’incarico rimane rimesso ad un atto avente natura provvedimento mentre risulta ridotto il contenuto del connesso atto negoziale.

Al provvedimento è stata riservata la definizione dell’oggetto dell’incarico, degli obiettivi da conseguire nonché la determinazione della durata dell’incarico.

Il contratto deve invece servire alla definizione del solo trattamento economico riservato al dirigente.

È stata espressamente prevista, in relazione a tale atto negoziale, la possibilità per le parti di risolvere consensualmente il rapporto, anche se non è dato comprendere come sia possibile applicare, ad un rapporto che trova la sua fonte costitutiva in un provvedimento, un istituto tipico degli atti negoziali privati, quale la risoluzione.

Tale modifica, nella misura in cui determina un ampliamento delle materie da disciplinare con atto provvedimentale, relegando il ruolo del contratto alla sola regolamentazione degli aspetti patrimoniali del rapporto, sembrerebbe esprimere la volontà del legislatore di recuperare o meglio di esaltare la rilevanza pubblicistica della figura del dirigente.

Il rapporto che lega il dirigente all'amministrazione conferente l'incarico, in quanto promanante da un atto provvedimentale, non è più un rapporto prevalentemente privatistico ma si configura come rapporto in cui il momento pubblicistico assume una connotazione preminente.

La definizione dell'oggetto dell'incarico e degli obiettivi da conseguire — che deve essere effettuata sempre nel rispetto delle priorità, dei piani e dei programmi stabiliti dagli organi di vertice — non è più atto di autonomia privata, in cui la pubblica amministrazione assume la posizione di mera parte contraente, soggetta ai soli diritti e doveri di una parte contraente privata, e tenuta nei confronti della controparte al rispetto dei soli obblighi contrattualmente assunti.

L'amministrazione, rispetto al conferimento dell'incarico e alla definizione degli obiettivi da raggiungere, data la natura provvedimentale dell'atto, riprende una veste autoritativa.

Il passaggio da uno schema contrattuale ad uno schema provvedimentale comporta l'assoggettamento dell'atto in questione ai principi e vincoli propri dell'atto amministrativo, e non più ai soli principi civilistici che disciplinano l'autonomia contrattuale.

Il conferimento dell'incarico, o meglio la definizione dell'oggetto dello stesso e degli obiettivi da conseguire, non essendo più espressione della insindacabile volontà contrattuale della amministrazione contraente, deve essere immancabilmente ricondotto nell'alveo dei principi che regolano l'azione amministrativa.

Deve essere, in particolare, espressione dei principi di imparzialità e buon andamento, sanciti dall'art. 97 della Costituzione, cui la condotta delle amministrazioni pubbliche, e gli atti amministrativi, devono ispirarsi.

D'altro canto, il passaggio da uno schema contrattuale ad uno schema provvedimentale comporta per il dirigente l'impossibilità di accedere, nello svolgimento del rapporto, alla tutela civilistica ordinaria, o più esattamente l'impossibilità di invocare l'applicazione degli strumenti civilistici ordinari previsti dal nostro ordinamento in funzione della tutela dei diritti del contraente, se non per le sole controversie aventi esclusivamente carattere economico.

Anche se, dal mutamento della natura dell'atto non dovrebbero derivare sostanziali mutamenti sul piano della tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive del dirigente lavoratore, considerato il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo.

Dall'abbandono dello schema negoziale deriva ancora che eventuali modifiche al contenuto dell'incarico e degli obiettivi prefissati potranno intervenire, nel corso di

svolgimento dello stesso, *iure autoritatis* da parte dell'amministrazione e prescindendo dalla necessità del consenso del dirigente (10).

Il mancato raggiungimento degli obiettivi o il compimento di atti concreti di gestione non riconducibili all'oggetto dell'incarico, non rappresenterà più mero inadempimento ad obblighi contrattuali, ma sarà mancata attuazione di un provvedimento amministrativo.

Anche l'eventuale revoca dell'incarico da parte dell'amministrazione non sarà più valutabile secondo i criteri applicabili in materia di risoluzione negoziale ma assumerà natura di atto amministrativo, con la conseguente inapplicabilità del principio, ad es., della gravità dell'inadempimento.

In definitiva, può essere condivisa la scelta espressa dal legislatore per la riconosciuta natura provvedimentale dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale, atteso che lo schema dell'atto privatistico negoziale, e la relativa disciplina, apparivano inadeguati alla regolamentazione di tale materia, data la imprescindibile connotazione pubblicistica delle facoltà espletate dalla pubblica amministrazione nella scelta dei suoi dirigenti.

Peraltro, mentre l'atto di autonomia privata si configura come atto che mira all'esclusiva realizzazione degli interessi delle parti contraenti ed in cui le parti soggiacciono solo alla loro volontà nella determinazione del regolamento dei loro interessi, in relazione al provvedimento entrambe le parti — autorità emanante e dirigente — devono attenersi al solo interesse pubblico ed al rispetto dei limiti di buon andamento e imparzialità, e di ragionevolezza dell'atto.

Ciò che invece non appare condivisibile è la mancanza di criteri di valutazione nella scelta del dirigente e soprattutto il fatto che sia stato eliminato il riferimento al contenuto del programma.

4.1. — I criteri di nomina.

Invero, la nuova legge, riscrivendo il comma 1° dell'art. 19 del D.lgs 29/93, ha affidato la scelta del dirigente alla sola valutazione delle capacità professionali del medesimo, abbandonando il criterio oggettivo.

La norma precedente stabiliva che, ai fini del conferimento degli incarichi dirigenziali (o per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse), si dovesse tenere conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza, mescolando, pertanto, criteri oggettivi e soggettivi di valutazione.

Con la nuova norma, invece, scompaiono i criteri oggettivi di valutazione e la individuazione del dirigente cui affidare l'incarico viene rimessa alla valutazione delle sole **attitudini e capacità professionali del singolo dirigente.**

(10) Nel senso della necessità di un consenso del dirigente si era espresso Trib. Milano, 3.4.2000, Marini c. Min. Sanità.

La natura e le caratteristiche dei programmi prefissati non rappresentano più un autonomo criterio di guida nella scelta del dirigente equivalente alle attitudini e capacità professionali del medesimo.

Tali requisiti, invero, rilevano adesso soltanto come parametri di valutazione delle attitudini e della capacità professionale del dirigente. Ed è da rilevare, peraltro, che nella nuova norma non si parla più di natura e caratteristiche *dei programmi* bensì di natura e caratteristiche *degli obiettivi* prefissati.

La nuova norma, insomma, consacra il principio che la scelta del dirigente deve avvenire senza condizionamenti derivanti dall'oggetto dell'incarico, e senza alcun condizionamento dalle scelte precedentemente espresse dalla stessa amministrazione.

Rilievo preminente, e anzi unico, assume, pertanto, la persona del dirigente e la sua professionalità.

La valutazione delle capacità professionali del dirigente non dovrà essere effettuata, inoltre, tenendo conto del contenuto del programma, cioè tenendo conto dell'oggetto dell'incarico, bensì tenendo conto del solo obiettivo prefissato, obiettivo che potrà essere stabilito in misura del tutto indipendente dalla natura e contenuto dell'incarico.

La volontà del legislatore, sul punto, è chiara.

La pubblica amministrazione nel conferimento degli incarichi dirigenziali deve essere libera di collocare "la persona giusta al posto giusto".

Il riferimento operato dalla precedente norma a due diversi criteri di valutazione, e soprattutto il riferimento al criterio oggettivo, consentiva maggiori margini di valutazione *ab externo* della congruità della scelta operata in sede di conferimento degli incarichi, sempre tenendo ferma la loro natura assolutamente discrezionale, almeno nei casi più eclatanti di assoluta incompatibilità fra tipo e contenuto oggettivo dell'incarico e professionalità del dirigente nominato.

La nuova previsione normativa mira, pertanto, ad ampliare i margini di discrezionalità dell'amministrazione nella scelta del dirigente.

Anche l'eliminazione dell'*obbligo di rotazione* degli incarichi, prima enunciato nel primo comma dell'art. 19 d.lgs 29/93, di cui scompare traccia nella nuova formulazione introdotta dall'art. 3, comma 1 lett.a), deve essere letta in funzione dell'affermazione del carattere di discrezionalità assoluta della scelta.

La discrezionalità amministrativa deve essere assoluta, con l'unico limite dell'esigenza di rispettare il principio di buon andamento dell'amministrazione, senza che neppure una aspettativa — non già un diritto — sia configurabile in favore dei dirigenti che aspirano ad un determinato incarico per il fatto di avere già in precedenza espletato un incarico del medesimo tipo.

Le nuove previsioni normative, nella misura in cui comportano un ampliamento del margine di discrezionalità della pubblica amministrazione, determinano certamente un restringimento dei margini di sindacato, anche giudiziario.

Invero, un sindacato *ab externo* dell'atto di conferimento — sotto il profilo della legittimità della scelta operata, in relazione ad eventuali vizi di eccesso di potere — diventa più difficile se, come parametro di valutazione per la pubblica amministrazione, si pongono la sola capacità professionale del dirigente e le sue attitudini e non già un riferimento ai programmi da realizzare.

È possibile solo auspicare che continuino a trovare applicazione, in *subiecta*

materia, quei principi elaborati nel passato dalla giurisprudenza amministrativa, sia pur con riferimento ad un quadro normativo radicalmente differente dall'attuale, in cui l'azione amministrativa trovava una minuziosa e specifica regolamentazione già nella legge.

La giurisprudenza amministrativa, invero, evidenziando la natura discrezionale ma non arbitraria dell'atto, aveva affermato che la circostanza che la scelta dovesse essere effettuata in assenza di profili comparativi e risultasse connotata da ampi margini di discrezionalità non esimesse la p.a. dall'adottare una motivazione idonea a ricostruire l'iter logico-giuridico seguito, a garanzia delle posizioni degli aspiranti (11).

Pur sottolineandosi il rapporto fiduciario che lega i dirigenti agli organi politici, era stato rilevato che tale rapporto deve essere coordinato con l'interesse pubblico a che l'amministrazione sia servita da soggetti che offrano idonee garanzie di capacità professionali.

Sulla base di tali autorevoli insegnamenti, il rapporto di fiducia fra organi politici e alta burocrazia non poteva essere concepito in termini di affinità di idee personali o politiche, ma veniva fatto consistere nella ricerca di dati obiettivi che garantissero la probabilità di uno svolgimento ottimale di mansioni pubbliche per un periodo indipendente dalle vicende governative (12).

Da ciò la necessità di una specifica motivazione dell'atto di nomina del dirigente, con l'obbligo di una esplicita indicazione dei criteri di comparazione fra candidati e dei criteri di valutazione adottati in ordine a dati obiettivi — quali l'anzianità di servizio, la natura ed il contenuto degli incarichi precedentemente espletati, il *curriculum* personale dei candidati medesimi — sui quali è stato fondato il giudizio prognostico sul livello ottimale dei risultati conseguibili.

Pur ribadendo il carattere fiduciario dell'atto di nomina ed il carattere discrezionale della scelta, il giudice amministrativo non perdeva occasione, insomma, di ribadire la necessità che dai medesimi atti emergessero i criteri seguiti al fine di consentire una verifica giurisdizionale (13).

Si sottolineava che la discrezionalità, insomma, non è libertà di azione ma richiede l'esplicitazione delle ragioni di scelta adottate, sulla quali deve essere effettuato il controllo giurisdizionale.

In presenza di pluralità di candidature, ancora, si riteneva l'illegittimità di quei provvedimenti che avessero fatto ricadere immotivatamente la scelta su uno dei concorrenti sulla sola base di una valutazione assoluta di merito espressa unicamente nei riguardi del dirigente prescelto, senza una valutazione comparativa della professionalità e dell'esperienza già acquisite nelle precedenti posizioni organizzative ricoperte dagli altri aspiranti, e disattendendo le istanze di questi ultimi del tutto immotivatamente (14).

(11) T.A.R. Lazio, sez. III, 23.6.1999, n. 1976.

(12) Cons. St., sez. IV, 6.4.93, n. 393.

(13) Cons.St., sez.IV, 5.2.99,n. 120.

(14) Cons. St., sez. VI, 18.12.1998, n. 1688; Cons. St., sez. IV, 30.7.97, n. 1150; T.A.R. Umbria, 1.4.1998, n. 239.

Pur essendo radicalmente mutata la cornice normativa in cui si inserisce, attualmente, l'azione del dirigente è auspicabile che il messaggio lasciato da tali autorevoli insegnamenti giurisprudenziali non vada dimenticato.

Il riconoscimento del principio che la discrezionalità amministrativa non deve essere fraintesa con il libero arbitrio o con una assoluta libertà di azione, e richiede piuttosto l'esplicitazione delle ragioni di scelta adottate, con possibilità di un sindacato *ab externo* di natura giurisdizionale, costituisce una innegabile garanzia ai fini della tutela dell'effettiva indipendenza del dirigente chiamato ad assolvere un incarico di qualsiasi tipo nell'interesse pubblico.

4.2. — *La durata dell'incarico.*

L'art. 3 della legge 145/2002 ha ridefinito, al comma primo lett. B), la durata degli incarichi dirigenziali.

All'unica previsione contenuta nel precedente comma secondo dell'art. 19 d.lgs. 29/93 — secondo la quale gli incarichi dirigenziali dovevano avere una durata non inferiore a due anni e non superiore a sette anni, salva la facoltà di rinnovo — è subentrata una diversa e più articolata previsione normativa.

È stata prevista per gli incarichi di funzione dirigenziale generale, e per quelli specifici di Segretario generale di ministeri o di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali, una durata non superiore ai tre anni. Per tutti gli altri incarichi una durata di cinque anni.

Gli stessi termini di durata, rispettivamente triennale o quinquennale, sono previsti per gli incarichi conferibili a norma del comma primo lett. g) dell'art. 3 L. 145/2002, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, con esperienza almeno quinquennale in funzioni dirigenziali, o di particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica, docenti universitari, magistrati, avvocati e procuratori dello Stato.

Particolare rilevanza assume, inoltre, la disposizione contenuta nel comma 1 lett. i) dello stesso articolo 3 L.145/2002 che ha sostituito l'art. 19, comma 8°, del D.lgs 29/93, introducendo una diversa disciplina in materia di durata degli incarichi di Segretario generale dei ministeri o dirigente di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali.

Secondo la disposizione normativa previgente, invero, detti incarichi potevano essere confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. Era, inoltre, esplicitamente previsto che, decorso inutilmente tale termine gli incarichi si intendevano confermati fino alla loro naturale scadenza.

La nuova disposizione ha previsto, invece, ispirandosi alle regole dello *spoils system*, che gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3° dell'art. 19 L. 145/2002 (incarichi di Segretario generale di ministeri o incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali) cessino comunque decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

Secondo l'art. 5, comma 7°, della legge in commento, inoltre, gli altri incarichi di direzione generale cessano decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni se non esplicitamente confermati. In detto periodo i dirigenti potranno procedere soltanto al compimento di atti di ordinaria amministrazione.

Per i dirigenti di seconda fascia, invece, è prevista la possibilità di conferimento di un diverso incarico entro novanta giorni, decorso inutilmente il quale, gli incarichi si intendono confermati se non risulti adottato alcun esplicito provvedimento di revoca.

5. — La responsabilità dirigenziale.

Radicalmente innovata, per effetto dell'entrata in vigore della legge 145/2002, anche la disciplina in materia di responsabilità dirigenziale.

L'art. 21 del d.lgs 29/93 distingueva due livelli di responsabilità, in ogni caso collegati ai risultati della valutazione eseguita prima ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. 29/93 e successivamente ai sensi dell'art. 5 del d.lgs 286/99.

Una prima ipotesi, più lieve, di responsabilità era ravvisabile nel caso di risultati negativi dell'attività amministrativa e di mancato raggiungimento degli obiettivi.

Ove il giudizio sull'azione amministrativa espletata dal dirigente nell'assolvimento dell'incarico, *ex art. 5 d. lgs 286/99*, avesse dato esito negativo, l'amministrazione avrebbe potuto procedere alla revoca dell'incarico, con obbligo, tuttavia, di contestuale destinazione del medesimo dirigente ad altro incarico, eventualmente anche di consulenza, studio o ispettivo (*ex art. 19 comma d. lgs 29/93*).

Non era prevista alcuna garanzia procedimentale per tale ipotesi di revoca, nonostante l'innegabile contenuto afflittivo dell'atto e la sua connotazione come atto tipico disciplinare.

Una ipotesi più grave di responsabilità dirigenziale era prevista in relazione a casi di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa. In tal caso, l'amministrazione, previa contestazione e instaurazione di possibile contraddittorio con il dirigente interessato, avrebbe potuto non solo revocare l'incarico in corso di espletamento ma anche escludere il dirigente dal conferimento di ulteriori incarichi, assimilabili a quello revocato, per un periodo non inferiore a due anni.

Nei casi di maggiore gravità era prevista la possibilità di recesso dal rapporto di lavoro.

In entrambi i casi, sia in relazione al meno grave provvedimento di esclusione, sia in relazione al possibile recesso dal rapporto, era previsto l'obbligo per l'amministrazione di procedere all'acquisizione di un previo parere conforme del comitato dei garanti (art. 21 comma d.lgs 29/93).

Tale parere era vincolante e solo temporalmente obbligatorio nel senso che, decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta del parere, l'amministrazione avrebbe potuto adottare le sue determinazioni prescindendo dallo stesso.

La legge 145/2002, all'art. 3 comma 2°, ha ridefinito la materia della responsabilità dirigenziale.

Vi è una diversa definizione delle condotte che possono dare luogo a responsabilità dirigenziale.

Scompare la responsabilità di risultato, riferibile ai risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione — suscettibili di implicare ad esempio anche una valutazione del rapporto costi-ricavi dell'attività — e rimane prevista, quale condotta suscettibile di condurre ad un giudizio di responsabilità dirigenziale, la sola ipotesi del mancato raggiungimento degli obiettivi.

Il mancato raggiungimento degli obiettivi viene assimilato — sul piano degli effetti — alla ipotesi di inosservanza delle direttive imputabili al dirigente.

Opportunamente, per la valutazione di tali condotte il legislatore continua a rimandare ai criteri di valutazione dell'attività dirigenziale introdotti dall'art. 5 del d.lgs 286/99.

Quanto ai provvedimenti adottabili da parte dell'amministrazione a fronte di condotte, colpose o dolose, che determinano un giudizio di responsabilità dirigenziale, la nuova disposizione normativa individua tre possibili tipi di sanzioni: a) l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale; b) nei casi più gravi la revoca dello stesso incarico e la messa a disposizione del dirigente nei ruoli della dirigenza di cui all'art. 23, come a sua volta modificato dall'art. 3, comma 4° della legge 145/2002; c) il recesso dal rapporto di lavoro, da intimare in conformità con le previsioni contenute nei contratti collettivi.

La responsabilità dirigenziale resta configurabile come ipotesi autonoma di responsabilità, distinta dalla responsabilità disciplinare, legata ai risultati dell'azione e indipendente dalla colpa del dirigente.

Le ragioni di perplessità formulate dalla dottrina con riferimento a tale ipotesi di responsabilità restano integre anche alla luce del nuovo disposto normativo.

Nella concreta esperienza applicativa, resta, innanzitutto, la difficoltà di configurare una responsabilità manageriale nelle amministrazioni titolari di funzioni autoritative, senza rilevanti momenti di gestione economica, alle quali appare difficile applicare il criterio di valutazione in termini di efficienza economica.

Inoltre, il mancato avvio dei meccanismi di valutazione dell'attività dirigenziale, previsti dall'art. 5 d.lgs 286/99, ad oggi operanti solo presso qualche amministrazione (procedimenti "fantasma"), rende la responsabilità dirigenziale priva di concreti risvolti applicativi.

Anche gli organi di governo hanno preso atto dei contorni evanescenti di tali figura, evidenziando che non esiste presso nessuna amministrazione statale "un sistema validato e funzionante di valutazione dei dirigenti" (15).

Fino a quando non troveranno attuazione i sistemi legali di valutazione dei risultati dell'attività dirigenziali, previsti dall'art. 5 D.Lgs 286/99, l'unica ragione suscettibile di essere posta a fondamento di un provvedimento di revoca o di mancato rinnovo dell'incarico potrà essere costituita dal venir meno delle fiducia nella capacità del dirigente.

(15) Cfr. direttiva p.c.m. del 15 novembre 2001 pubblicata in G.U., serie generale, 22 gennaio 2002, n. 18.

L'atto di conferimento dell'incarico, in quanto atto strettamente fiduciario, rimane così legato al persistere della fiducia nel soggetto incaricato e mantiene la configurazione di atto strettamente discrezionale, con l'unico limite che la discrezionalità nella scelta non sfoci in scelte e decisioni arbitrarie.

6. — Conclusioni.

In conclusione, la legge 145/2002, di cui si è cercato di evidenziare gli aspetti destinati ad avere maggiori ripercussioni applicative, non rappresenta altro che una delle tappe del cammino percorso dal legislatore, a partire dagli novanta, verso un assetto organizzativo più moderno e più fluido dell'apparato amministrativo.

Le modifiche introdotte, destinate a determinare una diversa configurazione del ruolo e della posizione del dirigente pubblico, oltre a esprimere la preoccupazione che il rapporto fra dirigenza e organi di governo risulti sempre improntato in termini di stretta fiduciarità (tanto da avere indotto l'introduzione della regola sulla revoca automatica degli incarichi ad ogni cambio di governo, che non presenta obiettivamente altra plausibile giustificazione), confermano, tuttavia, la tensione verso un modello di dirigenza statale che sia in grado di garantire un livello ottimale gestione delle risorse umane e finanziarie.

È naturalmente auspicabile che tale processo di razionalizzazione, e modernizzazione, dell'azione amministrativa prosegua ulteriormente, a condizione che, limitatamente alla figura del pubblico dirigente, la sua azione continui ad essere garantita, sia nel momento della nomina o meglio del conferimento dell'incarico, sia durante lo svolgimento della funzione, dal rischio di discriminazioni arbitrarie o di valutazioni legate solo al credo politico perseguito.

Gli insegnamenti forniti, fino a questo momento, dalla Consulta e dalla giurisprudenza di merito e di legittimità forniscono segnali rassicuranti, derivando da essi la conferma che la discrezionalità amministrativa non deve essere confusa con il libero arbitrio e che ogni azione amministrativa deve risultare sempre adottata nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione — sanciti dall'art. 97 della Carta Costituzionale — oltre che essere sempre protesa al raggiungimento di un interesse pubblico, in quanto condiviso dalla generalità dei cittadini.

GIUSEPPE VIGNERA

Magistrato

**LA DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO (CIVILE)
NEL SISTEMA DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI**

Sommario: 1. - La garanzia della ragionevole durata del processo quale componente del diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24, comma 1, Cost. 2. - La “mortificazione” della garanzia della ragionevole durata del processo nella precedente giurisprudenza costituzionale. 3. - La ragionevole durata del processo ex art. III Cost. quale garanzia di natura oggettiva. 4. - Quadro panoramico delle recenti innovazioni processuali ed ordinamentali finalizzate ad accelerare lo svolgimento del processo civile. 5. - Il canone della ragionevole durata del processo quale norma-parametro nel giudizio di costituzionalità delle leggi. 6. - La ragionevole durata del processo quale criterio di bilanciamento di altri valori costituzionali inerenti alla giurisdizione: esemplificazione applicativa relativa al procedimento monitorio. 7. - La ragionevole durata del processo quale criterio di interpretazione adeguatrice di norme ed istituti processuali: esemplificazioni relative agli artt. 34 e 295 c.p.c.

1. — La garanzia della ragionevole durata del processo quale componente del diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24, comma 1, Cost..

“Il diritto alla tutela giurisdizionale va ascritto tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l’assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio... in senso proprio” (1).

Ricordato che codesto diritto [da annoverare, peraltro, tra quelli inviolabili dell’uomo, garantiti di già dalla clausola generale ex art. 2 Cost.] (2) ed integranti limita-

(1) Così Corte cost. 2 febbraio 1982 n. 18, in *Foro it.*, 1982, I, 934.

Nello stesso senso Corte cost. 27 dicembre 1965 n. 98, *ivi*, 1966, I, 8; 15 luglio 1992 n. 329, *ivi*, 1993, I, 2785; 8 maggio 1996 n. 148, *ivi*, 1996, I, 1908.

(2) V. Corte cost. 27 dicembre 1965 n. 98, cit.; 28 aprile 1989 n. 243, in *Foro it.*, 1989, I, 3064; 22 ottobre 1999 n. 388, *ivi*, 2000, I, 1072.

zioni allo stesso potere di revisione della Costituzione (3)] trova esplicito riconoscimento nel primo comma dell'art. 24 Cost. [e, per quanto specificamente attiene ai diritti soggettivi ed agli interessi legittimi offesi da atti amministrativi, nell'art. 113 Cost.], fa d'uopo rilevare immediatamente che esso non esaurisce la sua funzione assicurando ad ognuno l'astratta possibilità di esser parte di un procedimento giurisdizionale (c.d. diritto di accesso alle corti).

Ed infatti, assistito com'è da una forza primaria perché di rango costituzionale, il diritto di azione (variante terminologica della più corretta espressione "diritto alla tutela giurisdizionale") è in grado altresì di condizionare l'organizzazione tecnica del processo, influenzando sulla disciplina positiva (sub-costituzionale) del suo svolgimento.

A questo scopo, ovviamente, è necessario e doveroso che la lettura della disposizione in parola sia svincolata da criteri formalistici e risulti costantemente ispirata, invece, al principio di *effettività*, il quale, favorendo l'estrinsecazione e lo sviluppo di tutte le potenzialità garantistiche latenti nelle norme costituzionali, consente di "ascrivere a quelle norme un significato «forte», che possa avere un'incidenza concreta e diretta sul progresso evolutivo delle istituzioni processuali" (4).

Proprio in tale prospettiva e come prima approssimazione al tema, possiamo subito dire che la protezione giurisdizionale di una situazione giuridica di vantaggio

(3) Sembra questa la conseguenza inerente al riconoscimento della dignità di "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale, operato dalla Consulta nei confronti del diritto *de quo*: v. Corte cost. 29 dicembre 1988 n. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, 609; 23 luglio 1991 n. 366, *ivi*, 1992, I, 3257.

Sul punto v. in dottrina PIZZORUSSO, *Garanzia costituzionale dell'azione*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, VIII, 607, 609.

(4) Sulla "effettività" [di cui "si colgono tracce eloquenti nello stesso linguaggio costituzionale (artt. 3, comma secondo, 4, comma primo, 10, comma terzo, 34, comma terzo)"] quale "componente definitoria insopprimibile delle garanzie costituzionali attinenti al processo" e sulla sua segnalata funzione nell'interpretazione delle norme costituzionali v. per tutti COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 673, 677 ss.; *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, *ivi*, 1994, 1063, 1064 ss., spec. 1070 ss. (dove, con specifico riferimento alla garanzia costituzionale dell'azione, si distinguono quattro profili di effettività: soggettiva, tecnica, qualitativa ed oggettiva; al chiaro autore appartengono altresì le parole riportate fra virgolette nel testo).

In una prospettiva più generale v. COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 28 ss.

Corte cost. 22 ottobre 1990 n. 470, in *Foro it.*, 1990, I, 3057, afferma esplicitamente che "la tutela giurisdizionale... deve essere sempre effettiva"; mentre Corte cost. 15 settembre 1995 n. 435, *ivi*, 1995, I, 2641, a sua volta, si ispira dichiaratamente "al principio di effettività della tutela giurisdizionale".

Ad onta del parametro formalmente evocato (rappresentato dal c.d. diritto di difesa), infine, ci sembra che sia stata sostanzialmente condizionata dall'esigenza di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale pure Corte cost. 17 giugno 1996 n. 198, in *Foro it.*, 1996, I, 2289 (dove si sottolinea che il cittadino "a considerevole distanza di tempo dall'infrazione, potrebbe non esser più in grado di esercitare pienamente le relative facoltà per salvaguardare i propri interessi").

può essere *pienamente ed effettivamente* conseguita solo se al suo titolare vengono riconosciuti:

- a) il potere di “sterilizzare” l’arco di tempo necessario per la piena cognizione dei presupposti (di fatto e di diritto) del provvedimento erogatore della tutela giurisdizionale, provocando l’adozione in proprio favore di quelle misure cautelari idonee a consentire l’adeguamento della situazione di fatto alla realtà giuridica che sarà riconosciuta o posta in essere dal provvedimento medesimo [c.d. diritto alle misure cautelari (5)];
- b) la concreta possibilità di avvalersi dello strumento attraverso cui viene fornita la tutela giurisdizionale (*id est*: del processo) [c.d. diritto al processo (6)];
- c) il diritto alla decisione sul merito della propria domanda giudiziale (7);
- d) il potere di influire sulla formazione del convincimento del giudice circa la sussistenza dei presupposti del provvedimento da emanare [c.d. diritto alla prova (8)];
- e) il diritto alla tempestività della protezione giurisdizionale richiesta.

Per quanto riguarda in particolare quest’ultimo aspetto, va osservato che il processo (siccome è reso evidente dalla sua stessa etimologia: *procedere*) è un’entità essenzialmente dinamica perché non esaurisce il suo ciclo vitale in un solo istante, ma è destinato a svolgersi nel tempo, avendo perciò una sua (insopprimibile, perché fisiologica) durata.

Il fattore tempo, peraltro, se permea la nozione stessa del processo, ne costituisce al contempo il principale motivo di crisi, atteso che un’eccessiva dilatazione temporale dei giudizi determina una serie di gravissimi inconvenienti individuali e collettivi (9).

Com’è stato puntualmente osservato, “una giustizia realizzata a rilento... provoca danni economici (immobilizzando beni e capitali), favorisce la speculazione e l’insolvenza, accentua la discriminazione tra chi ha la possibilità di attendere e chi nell’attesa ha tutto da perdere. Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un’arma formidabile nelle mani del più forte per dettare all’avversario le condizioni di resa” (10).

Nella prospettiva di inconvenienti siffatti, numerosi cittadini preferiscono la “fuga” dai tribunali statali, cercando altrove (*id est*: nella migliore delle ipotesi, in arbitrati od in transazioni) il soddisfacimento delle loro pretese o rinunciando addirittura ad esse.

(5) V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 66 ss.

(6) V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 71 ss.

(7) V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 92 ss.

(8) V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 97 ss.

(9) Sul tema v. *ex plurimis* VIGORITI, *Costo e durata del processo civile. Spunti per una riflessione*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 319.

(10) Così TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 276-277.

Quanto precede è sufficiente (ci pare) a dimostrare che la tutela giurisdizionale garantita a tutti dall'art. 24, comma 1, Cost. è effettiva (tale, cioè, da conseguire veramente il suo scopo, consistente nell'*unicuique suum tribuere*) solo se è tempestiva e, quindi, solo se la "distensione diacronica" del procedimento giurisdizionale viene contenuta nei limiti strettamente necessari ad assicurare una decisione conforme a giustizia (11): il che ben può parafrasarsi dicendo che il primo comma dell'art. 24 Cost. riconosce a ciascuno (anche) il diritto alla maggior speditezza possibile (o, se si preferisce, alla minor durata possibile) del giudizio avente ad oggetto una propria situazione giuridica soggettiva (12).

2. — *La "mortificazione" della garanzia della ragionevole durata del processo nella precedente giurisprudenza costituzionale.*

Le superiori considerazioni dimostrano chiaramente che il "nuovo" art. 111, comma 2, Cost. ("*Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*"), enunciando espressamente (pure) il principio della ragionevole durata del processo, non ha fatto altro che ribadire l'immanenza al testo costituzionale di un valore già desumibile dall'art. 24, comma 1, Cost. (13).

Codesta "interpretazione autentica" data dal legislatore costituzionale è dipesa — a parer nostro — dalle oscitanze manifestate al riguardo in passato dalla Corte costituzionale.

Non si può, di certo, negare che in talune occasioni la Corte non ha mancato di evocare quel principio.

Così, per esempio:

- a) talvolta è stato detto che "l'interesse a che i processi siano portati a compimento entro congrui termini" va annoverato tra i "valori costituzionali da coordinare con il diritto di difesa" e che, pertanto, "giustificano ragionevoli preclusioni per l'esercizio del diritto di difesa stesso" (14);

(11) Già SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1988*, in *Foro it.*, 1989, V, 175, 189, ricordava esattamente che tale principio è "logicamente e intimamente connaturato alla disposizione dell'art. 24 Cost. ed enunciato altresì esplicitamente nell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo".

(12) In argomento v. altresì PIZZORUSSO, *Garanzia costituzionale dell'azione*, cit., 613.

(13) Di un "diritto alla tempestività del giudizio" quale componente essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24, comma 1, Cost., infatti, avevamo già parlato in ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990, 88 ss. (e successivamente ne *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 95 ss.).

(14) Cfr. Corte cost. 16 maggio 1976 n. 48, in *Foro it.*, 1976, I, 899; 29 ottobre 1987 n. 345, *ivi*, 1988, I, 3220.

Nello stesso senso Corte cost. 18 luglio 1986 n. 196, *ivi*, 1988, I, 2804, che parla di "interesse generale ad una sollecita definizione della controversia".

- b) in relazione all'azione disciplinare nei confronti dei magistrati (che dà vita ad "un giudizio che si svolge secondo moduli giurisdizionali"), poi, è stato sottolineato che "per una esigenza di civiltà l'azione dev'essere promossa senza ritardi ingiustificati o peggio arbitrari" (15) e che il relativo procedimento deve *ex art. 24 Cost.* portare alla "realizzazione del principio di una sollecita definizione della posizione dell'incolpato" (16);
- c) subito prima della modifica dell'art. 111 Cost., infine, è stato perentoriamente affermato che "il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 Cost., implica una ragionevole durata del processo" (17).

Senonché, mentre nella maggior parte dei casi (18) tali affermazioni si sono risolte in semplici *obiter dicta* (19), sta di fatto che la Corte ha assunto posizioni di "retroguardia", *ogniqualevolta* è stata chiamata a confrontarsi direttamente con il principio in questione.

Infatti:

- A) sebbene già presente nel nostro ordinamento in virtù di corrispondenti disposizioni contenute in Convenzioni internazionali [ed in particolare nell'art. 6, comma 1, della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo-

(15) Corte cost. 22 giugno 1976 n. 145, in *Foro it.*, 1976, I, 1773.

(16) Corte cost. 28 dicembre 1990 n. 579, in *Foro it.*, 1991, I, 709.

(17) Corte cost. 22 ottobre 1999 n. 388, cit.

(18) Invero, solo Corte cost. 28 dicembre 1990 n. 579 ha fondato sul principio *de quo* una pronuncia di illegittimità costituzionale (*recte*: dell'art. 59, 9° comma, d.p.r. 16 settembre 1958 n. 916, nel testo sostituito dall'art. 12, 5° comma, l. 3 gennaio 1981 n. 1, nella parte in cui, pur statuendo che entro un anno dall'inizio del procedimento disciplinare nei confronti del magistrato deve essere comunicato all'incolpato, a pena di estinzione del procedimento stesso, il decreto che fissa la discussione orale davanti alla sezione disciplinare, non prevede alcun termine per l'inizio del procedimento in sede di rinvio dalla cassazione).

(19) Esempio appare al riguardo Corte cost. 22 ottobre 1999 n. 388, cit., la quale, pur avendo "condito" la propria motivazione con il richiamo della garanzia della ragionevole durata del processo *ex art. 24, comma 1, Cost.* (richiamo che, compiuto appena un mese prima della legge costituzionale di modifica dell'art. 111 Cost., sembra essere stato fatto al solo scopo di "salvare la faccia", considerati i precedenti di cui tra poco diremo), ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 696, comma 1, c.p.c. in base alle *stesse* considerazioni prospettate da Corte cost. 20 febbraio 1997 n. 46, in *Giust. civ.*, 1997, I, 880 (in quanto, cioè, la norma deve essere interpretata nel senso che l'accertamento tecnico comprende tutti gli elementi conoscitivi ritenuti necessari per le valutazioni che dovranno essere effettuate nel giudizio di merito, e include quindi ogni acquisizione preordinata alla successiva valutazione, anche tecnica, che in quel giudizio si dovrà esprimere per determinare la causa del danno e l'entità di esso): quest'ultima decisione, invero, non aveva (giustamente) avvertito la necessità di parlare della "garanzia del diritto ad ottenere in tempi ragionevoli una decisione di merito", posto che la soluzione della questione *sub iudice* interferiva con un *diverso* profilo dell'art. 24, comma 1, Cost., quello rappresentato dal c.d. diritto alla prova.

mo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU) (20) e nell'art. 14, comma 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (21)], la Consulta ha costantemente negato che tramite esse (Convenzioni) il principio in parola potesse avere valore costituzionale, atteso il carattere di leggi ordinarie degli strumenti di ratifica ed atteso altresì che l'art. 10 Cost. si riferisce alle norme internazionali di natura consuetudinaria e non a quelle di origine pattizia (22);

- B) non paga di ciò, Corte cost. 15 luglio 1985 n. 202 (23) non ha esitato ad affermare che “la problematica dei tempi processuali recepita all'interno della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo quale aspetto del «giusto processo» non trova eco nella Carta costituzionale, se si eccettua la particolare previsione dell'art. 13, 5° comma, il quale impone alla legge di stabilire i limiti massimi di carcerazione preventiva, senza preoccuparsi affatto dei tempi processuali allorché l'imputato si trovi comunque a piede libero” (24).

3. — *La ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost. quale garanzia di natura oggettiva.*

Passando adesso ad esaminare il contenuto della garanzia della ragionevole durata del processo come disegnata dall'art. 111, comma 2, Cost., è evidente che il legislatore costituente ha inquadrato la garanzia *de qua* in una prospettiva diversa da quella del corrispondente diritto (di chiunque “à ce que sa cause soit entendue dans un delais raisonnable”) concesso dall'art. 6, comma 1, della CEDU del 1950.

(20) “*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un delais raisonnable ...*”.

La predetta Convenzione, com'è noto, è stata ratificata in Italia con la l. 4 agosto 1955 n. 848.

(21) Tale Patto, approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 16 dicembre 1966, è stato reso esecutivo in Italia con la l. 25 ottobre 1977 n. 881.

Il suo art. 14, comma 1, ha formulazione identica a quella dell'art. 6 della CEDU.

(22) V. esemplificativamente Corte cost. 22 ottobre 1999 n. 388, cit.; 30 luglio 1997 n. 288, in *Giur. cost.*, 1997, 2630; 5 luglio 1990 n. 315, in *Cons. stato*, 1990, II, 1032; 15 maggio 1987 n. 172, in *Foro it.*, 1988, I, 1078; 22 dicembre 1980 n. 188 in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 639.

(23) In *Foro it.*, 1986, I, 1522.

(24) In tal modo la Consulta ha recepito la tesi di CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 258, secondo cui “alla problematica dei tempi processuali, in quanto tali, sembra, poi, insensibile la Costituzione italiana, se si eccettua la disposizione” concernente “i termini massimi di carcerazione preventiva”.

Quest'ultimo, infatti, si risolve nel riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva, che l'interessato può *ex art. 34 CEDU* far valere (innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo) mediante ricorso individuale e diretto (25).

Facendo del legislatore ordinario il destinatario diretto del dovere di assicurare la ragionevole durata del processo, invece, l'art. 111, comma 2, ultima parte, Cost. concepisce quella in discorso (più che come garanzia soggettiva: da cui consegue, cioè, il riconoscimento di un vero e proprio diritto dell'individuo) quale garanzia oggettiva, destinata ad incidere sull'organizzazione tecnica del processo e sul funzionamento dell'amministrazione giudiziaria.

Da questo punto di vista è innegabile che la garanzia in parola comporta, anzitutto, il dovere del legislatore ordinario di dare al processo un assetto strutturale idoneo ad assicurargli la maggiore "rapidità di movimento" possibile (nel rispetto, naturalmente, degli altri valori costituzionali inerenti alla giurisdizione ed al suo esercizio), nonché "di fornire alla giustizia le risorse ed i mezzi appropriati per garantire una ragionevole intensità di lavoro di tutti gli addetti del settore" (26): dovere che, peraltro, è solo "morale" (27), atteso che il suo adempimento "ben difficilmente potrà essere valutato al di fuori del circuito della responsabilità politica nei confronti del corpo elettorale" (28).

(25) In questa stessa prospettiva opera, invece, la l. 24 aprile 2001 n. 89 (c.d. legge Pinto), che, colmando una lacuna del nostro ordinamento (cfr. DE SALVIA, *Esaurimento delle vie di ricorso interne e ricorsi individuali: la giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, 33), riconosce la possibilità di adire direttamente il giudice italiano (art. 3, comma 1) per far valere il "diritto ad una equa riparazione" a "chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della" CEDU, "sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della" Convenzione (art. 2, comma 1).

Com'è stato esattamente rilevato (TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2001, 2430, 2431), "il diritto che può essere fatto valere discende dunque direttamente dalla violazione della Convenzione... e non già dalla violazione della garanzia costituzionale della durata ragionevole del processo, ora introdotta nell'art. 111 Cost.... L'interpretazione della garanzia, data dalla Corte di Strasburgo, dovrà costituire di conseguenza il punto di riferimento anche per l'applicazione delle nuove norme sulla equa riparazione nel diritto interno, come risulta testualmente dalla indicazione degli elementi («la complessità del caso..., il comportamento delle parti e del giudice nel procedimento, nonché di ogni altra autorità chiamata a concorrervi») che debbono essere valutati per l'accertamento della violazione (art. 2, 2° comma) e che sono tratti dalla giurisprudenza della corte di Strasburgo".

Allo stesso TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, cit., 2432, si rinvia per un primo esame dei problemi di coordinamento tra la nuova azione davanti al giudice nazionale e quella concessa dall'art. 34 della CEDU, problemi scaturenti dall'art. 35 (per il quale "la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva") e dall'art. 41 (che attribuisce alla Corte il potere di accordare un'equa soddisfazione alla parte lesa, se dichiara "che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte Contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione") della Convenzione stessa.

(26) CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, 595, 611.

(27) ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 97.

(28) CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, cit., 611.

4. — Quadro panoramico delle recenti innovazioni processuali ed ordinamentali finalizzate ad accelerare lo svolgimento del processo civile.

È noto che proprio questo “dovere” ha ispirato le recenti riforme processuali ed ordinamentali attuate (fondamentalmente) dalla l. 26 novembre 1990 n. 353 (29), dalla l. 6 dicembre 1994 n. 673 (che ha convertito, con modificazioni, il d. l. 7 ottobre 1994 n. 571), dalla l. 20 dicembre 1995 n. 534 (che ha convertito, con modificazioni, il d. l. 18 ottobre 1995 n. 432) e dal d. l. 19 febbraio 1998 n. 51.

Infatti, nell’intento di accelerare lo svolgimento del processo civile tali riforme hanno (in particolare e per esempio):

- a) istituito il giudice unico anche in tribunale (così “moltiplicando” il numero dei magistrati aventi funzioni decisorie), riservando la decisione collegiale ad una ristretta tipologia di cause tassativamente indicate (30);
- b) soppresso l’ufficio del pretore (31) [così eliminando i “tempi morti” derivanti dalle varie vicende processuali (rimessione anticipata della causa al collegio per la decisione di questioni sulla competenza, regolamento di competenza con conseguente sospensione del processo, riassunzione della causa, ecc.) connesse alle pronunce sulla competenza del pretore stesso e/o del tribunale];

(29) V. per tutti PROTO PISANI, *Codice di procedura civile (riforma del)*, in *Enc. giur.*, VI, 2.

(30) V. attualmente gli artt. 50 bis (*cause nelle quali il tribunale giudica in composizione collegiale*) e 50 ter c.p.c. (*cause nelle quali il tribunale giudica in composizione monocratica*), introdotti dall’art. 56 d. l. 19 febbraio 1998 n. 51 (già l’art. 88 l. 26 novembre 1990 n. 353, comunque, aveva sostituito l’art. 48 dell’ordinamento giudiziario nel senso di prevedere che nelle materie civili di competenza del tribunale quest’ultimo doveva decidere “*in persona del giudice istruttore o del giudice dell’esecuzione in funzione di giudice unico con tutti i poteri del collegio*”, eccezione fatta per i “*casi riservati dal secondo comma alla decisione collegiale*”).

È utile rammentare che al principio della ragionevole durata del processo si rifà pure l’art. 50 quater c.p.c. (introdotta dallo stesso art. 56 d. l. 19 febbraio 1998 n. 51), il quale, proprio allo scopo di evitare che l’inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale allunghi i tempi processuali, prevede che essa (inosservanza) non si risolve in un vizio di costituzione del giudice e che la relativa nullità della sentenza deve essere fatta valere nei modi e nei termini dell’impugnazione: con la conseguenza che la nullità stessa, se non dedotta nei modi e nei termini predetti, resta sanata; se accolta dal giudice d’appello, quest’ultimo deve in ogni caso decidere nel merito (non essendo configurabile nessuna delle tassative ipotesi ex artt. 353 e 354 c.p.c.); se accolta, dalla Cassazione, infine, quest’ultima dovrà cassare la sentenza e rimettere la causa non al giudice di primo grado, ma ad un giudice di grado pari a quello che aveva pronunciato la sentenza cassata (su tali questioni v. per tutti MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2002, I, 448 nota 9; II, 160, testo e nota 4).

(31) V. artt. 30, comma 1, e 49 d. l. 19 febbraio 1998 n. 51, che hanno abrogato, rispettivamente, gli artt. 30-41 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (*Ordinamento giudiziario*) (relativi all’ufficio pretoriale) e l’art. 8 c.p.c. (riguardante la competenza del pretore).

Una volta introdotta (con la sostituzione del testo dell’art. 48 dell’ordinamento giudiziario, posta in essere dall’art. 88 l. 26 novembre 1990 n. 353), la regola che normalmente il tribunale decide in persona del giudice istruttore o del giudice dell’esecuzione in funzione di giudice unico, risultava assolutamente irragionevole che i rapporti tra l’ufficio del pretore e l’ufficio del tribunale dovessero continuare a ricondursi alla disciplina della competenza, trattandosi di uffici composti *entrambi* da magistrati togati, “accessibili” *entrambi* a magistrati aventi la stessa qualifica e destinati (normalmente) ad operare *entrambi* in composizione monocratica.

- c) limitato la possibilità di sospendere il processo in caso di proposizione del regolamento di giurisdizione (32) (così “scoraggiando” gli abusi connessi a regolamenti infondati, proposti al solo scopo di “lucrare” la sospensione);
- d) ristretto il novero delle ipotesi di sospensione (c.d. propria) necessaria del processo *ex art.* 295 c.p.c. (33);
- e) introdotto un sistema di preclusioni di merito ed istruttorie (34) mutate (almeno in parte) dal rito del lavoro, sebbene più “elastiche” rispetto a quelle caratterizzanti codesto rito (allo scopo di consentire sin dall’inizio una completa individuazione del *thema decidendum* e di evitare quelle regressioni alla fase istruttoria, cui si assisteva in passato);
- f) creato preclusioni pure rispetto alla facoltà delle parti di chiamare in causa un terzo (35);
- g) dato al giudice istruttore il potere di emettere provvedimenti anticipatori di condanna (36), che possono anche essere immediatamente esecutivi (37) e suscettibili

(32) V. art. 367 c.p.c. come sostituito dall’art. 61 l. 26 novembre 1990 n. 353, secondo cui il giudice davanti al quale pende la causa (*ergo*: il giudice istruttore od il collegio) “*sospende il processo se non ritiene l’istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata*” (nel testo precedente, invece, lo stesso articolo imponeva al giudice di sospendere il processo, non appena fosse stata depositata in cancelleria copia del ricorso proposto a norma dell’art. 41).

(33) Nel testo sostituito dall’art. 35 l. 26 novembre 1990 n. 353, infatti, l’art. 295 c.p.c. non contiene più il riferimento specifico alla definizione di un «processo penale» né la qualifica «civile o amministrativa» della controversia “pregiudicante”.

Da ciò deriva che la sospensione *ex art.* 295 c.p.c. (nuovo testo) sarà possibile solo in presenza di questioni pregiudiziali *civili*, mentre in presenza di questioni pregiudiziali *penali* e di questioni pregiudiziali *amministrative* (estrane alla previsione del “nuovo” art. 295 c.p.c.) la sospensione del processo (civile) è di regola vietata (di guisa che le questioni stesse devono essere risolte *incidenter tantum* dallo stesso giudice della causa “pregiudicata”), essendo consentita solo nei casi previsti da specifiche disposizioni. (v. in tal senso MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., II, 316 ss.).

Più esattamente, la sospensione necessaria del processo civile (*recte*: avente ad oggetto una domanda risarcitoria o restitutoria) per pendenza del processo penale è possibile solo nei casi previsti dall’art. 75, comma 3, c.p.p. (e sempre a condizione che la sentenza penale espliciti efficacia di giudicato nell’altro giudizio, ai sensi degli art. 651, 652 e 654 c.p.p., perché in caso contrario si avrebbe una sospensione inutile: v. in tal senso Cass. sez. un. 5 novembre 2001 n. 13682).

La pregiudiziale amministrativa, a sua volta, può provocare la sospensione necessaria *ex art.* 295 c.p.c. sol quando il giudizio amministrativo verte su diritti soggettivi (v. Cass. 15 febbraio 2000 n. 1685; 17 marzo 1999 n. 2398), atteso che in tal caso la questione stessa ha natura sostanzialmente civile.

(34) V. artt. 167, comma 1 (per le domande riconvenzionali del convenuto), art. 180, comma 2 (per la proposizione da parte del convenuto di eccezioni processuali o di merito non rilevabili d’ufficio), art. 183, commi 4 e 5 (per le domande ed eccezioni dell’attore conseguenti alla domanda riconvenzionale o alle eccezioni del convenuto, nonché per la precisazione o modificazione delle domande, eccezioni e conclusioni già formulate da entrambe le parti) e 184 c.p.c. (per le deduzioni istruttorie).

(35) V. art. 269, commi 2 e 3, c.p.c..

(36) V. artt. 186 *bis* c.p.c. (ordinanze per il pagamento di somme non contestate) e 186 *ter* (istanza di ingiunzione in corso di causa).

(37) V. artt. 186 *bis*, comma 2, e 186 *ter*, comma 2, c.p.c.

- di diventare definitivi in caso di estinzione del processo (38) (al fine di “scoraggiare” iniziative processuali meramente defatigatorie e dilatorie);
- h) previsto la possibilità di emettere ad istruzione ultimata un provvedimento esecutivo, suscettibile di “sostituirsi” alla sentenza (39) [con conseguente possibilità di evitare le (più o meno) lunghe “fasi” normalmente previste per addivenire alla decisione finale (fissazione di udienza per la precisazione delle conclusioni, decorrenza dei termini assegnati alle parti per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, redazione e pubblicazione della sentenza);
- i) reso del tutto eventuale la fase di discussione della causa, subordinata alla specifica richiesta di una delle parti (40) (così eliminando i tempi “lunguissimi” che precedentemente intercorrevano tra l’udienza di precisazione delle conclusioni e quella di discussione, nel corso della quale peraltro le parti normalmente non discutevano alcunché, limitandosi ad una laconica richiesta di “spedizione” della causa in decisione);
- j) dato al giudice [togato (41)] in composizione monocratica la possibilità di decidere la causa anche (in alternativa, cioè, al modulo-base *ex art. 281 quinquies*: decisione conseguente a trattazione scritta o mista) a seguito di discussione meramente orale (senza, cioè, il deposito e lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica) e con l’immediata stesura, lettura e pubblicazione della sentenza (42) [in tal modo consentendo al giudice stesso di accelerare ulteriormente l’*iter* decisorio nei casi in cui ne ravvisi l’opportunità (43)];

(38) V. artt. 186 *bis*, comma 2, e 186 *ter*, comma 4, c.p.c.

Per le varie opinioni sulla portata della c.d. ultrattività di codeste ordinanze in caso di estinzione del processo (mera esecutività “contrastabile” in altro giudizio anche di opposizione all’esecuzione, preclusione esecutiva o addirittura efficacia di giudicato) v. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., II, 114 ss. (testo e note).

(39) V. art. 186 *quater* c.p.c.

(40) V. artt. 275, comma 2, c.p.c. (nel testo sostituito dall’art. 32 l. 26 novembre 1990 n. 353) e 281 *quinquies*, comma 2, c.p.c. (introdotto dall’art. 68 d. l. vo 19 febbraio 1998 n. 51 per il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica).

(41) La fase decisoria del procedimento innanzi al giudice di pace trova specifica ed unitaria disciplina nell’art. 321 c.p.c. (nel testo ultimamente sostituito dall’art. 30 l. 21 novembre 1991 n. 374), che prevede un unico modulo procedimentale, incentrato sulla tradizionale “riserva di decisione” a seguito di discussione orale.

(42) V. oggi l’art. 281 *sexies* c.p.c. (aggiunto dall’art. 68 d. l. vo 19 febbraio 1998 n. 51), che ha sostanzialmente riprodotto l’art. 315 c.p.c. (nel testo sostituito dall’art. 39 l. 26 novembre 1990 n. 353) relativo al “vecchio” procedimento pretorile, apportandovi peraltro alcuni correttivi (in particolare, dando alle parti la possibilità di ottenere un rinvio della discussione orale, così eliminando quell’effetto-sorpresa, che l’art. 315 prima consentiva).

(43) La norma sembra essere stata concepita rispetto alle cause di pronta definizione (quali, ad esempio, quelle contumaciali, quelle presentati soltanto questioni di diritto e quelle basate su prove meramente documentali): v. per tutti LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, II, 167.

- k) generalizzato il regime della provvisoria esecutorietà *ope legis* della sentenza di primo grado (44) (allo scopo di prevenire appelli diretti soltanto a ritardare il momento genetico dell'esecutorietà stessa);
- l) generalizzato altresì il divieto dei *nova* in appello, non più limitato alle domande nuove, ma esteso alle nuove eccezioni non rilevabili anche d'ufficio (45) e (di regola) ai nuovi mezzi di prova (46) [nell'intento di restituire a tale mezzo di impugnazione la sua "storica" natura di strumento di controllo del giudizio di primo grado (*revisio prioris instantiae*) e non già di sua prosecuzione (47)];

(44) V. art. 282 c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 33 l. 26 novembre 1990 n. 353.

La modifica del regime dell'esecutività della sentenza di primo grado ha avuto come ovvia conseguenza la scomparsa di quello che nel sistema precedente veniva chiamato effetto sospensivo dell'appello (v. art. 337, comma 1, nel testo sostituito dall'art. 49 l. 26 novembre 1990 n. 353, per il quale "l'esecuzione della sentenza non è sospesa per effetto della impugnazione di essa, salve le disposizioni degli artt. 283, 373, 401 e 407").

Va ricordato, infine, che per Cass. 12 luglio 2000 n. 9236, in *Corriere giur.*, 2000, 1599, "secondo il disposto dell'art. 282 c.p.c. novellato, che a riguardo non contiene alcuna precisazione, la provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado attiene solo alle sentenze e/o ai capi di esse che pronuncino condanna (al di là delle indicazioni dei lavori preparatori tale soluzione restrittiva parendo la più fondata sul piano sistematico); per conseguenza anche il capo della sentenza contenente condanna alla rifusione delle spese processuali, in quanto capo accessorio, godrà della provvisoria esecutorietà solo allorché esso faccia seguito ad una statuizione di condanna e non già ad una statuizione di mero accertamento oppure costitutiva".

(45) V. art. 345, comma 2, c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 52 l. 26 novembre 1990 n. 353.

(46) V. art. 345, comma 3, c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 52 l. 26 novembre 1990 n. 353, secondo cui "non sono ammessi nuovi mezzi di prova, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio".

(47) Coerente con questa "recuperata natura" dell'appello appare la tesi, secondo cui il divieto dei *nova* riguarda non solo le prove costituite, ma pure quelle precostituite (i documenti): v. in tal senso Cass. 6 aprile 2001 n. 5133, in *Giur. it.*, 2002, 719 ("In tema di *ius novorum* in grado di appello, deve ritenersi legittimo, da parte del giudice di secondo grado, l'esame di documenti nuovi allorché ciò sia indispensabile ai fini del decidere — sì come richiesto dal comma 2 dell'art. 345 c.p.c. a proposito delle prove nuove — ed allorché la mancata produzione, in primo grado, dei documenti stessi non sia imputabile alla parte che intende avvalersene": così richiedendo pure la *compresenza* dei due requisiti di ammissibilità previsti dalla norma in discorso).

La tesi contraria, prevalente in dottrina ed in giurisprudenza (v. per le essenziali indicazioni GIANCOTTI, *Appello e nuovi documenti. Brevi riflessioni sui limiti di ammissibilità tra preclusioni di primo grado e cosiddetta indispensabilità del mezzo di prova*, in *Giur. it.*, 2002, 719), si basa fondamentalmente sulla giurisprudenza formatasi nell'ambito del rito del lavoro, la quale esclude i documenti dalla previsione *ex art.* 437, comma 2, c.p.c.

Sennonché, mentre nel processo del lavoro le preclusioni istruttorie si considerano operative anche in primo grado solo per le prove precostituite [mentre i documenti possono essere prodotti in ogni momento del giudizio di primo grado: v. tra le più recenti Cass. 8 giugno 1999 n. 5639, in *Foro it.*, 2000, I, 1267; 26 maggio 2000 n. 6932 (secondo cui la produzione può avvenire fino a che non sia iniziata l'udienza di discussione); 29 settembre 2000 n. 12966 (secondo cui la produzione di documenti è consentita anche nell'udienza di discussione, finché non sia iniziata la discussione orale, purché l'altra parte abbia avuto la possibilità di esaminare preventivamente il contenuto)], nel rito ordinario, invece, le preclusioni istruttorie operano in primo grado (*ex art.* 184 c.p.c.) tanto per le prove costituite, quanto per i documenti: di guisa che l'esclusione dei documenti dal divieto *ex art.* 345, comma 3, c.p.c. rappresenterebbe un'irragionevole violazione del principio, secondo cui il potere istruttorio attribuito al giudice d'appello non può essere esercitato per sanare preclusioni e decadenze già verificatesi nel giudizio di primo grado (per tale principio v. *ex plurimis* Cass. 13 dicembre 2000 n. 15716; 8 giugno 1995 n. 6441; 11 febbraio 1995, n. 1509, in *Foro it.*, 1995, I, 1840).

Non va, infine, trascurato di considerare che la possibilità di produrre incondizionatamente nuovi documenti in appello potrebbe favorire "tattiche" dilatorie ad opera di una delle parti e, quindi, si risolverebbe pure in una violazione del principio della ragionevole durata del processo.

- m) eliminato la figura dell'istruttore in appello e la fase processuale innanzi allo stesso (48) [con la conseguenza che, "sebbene gli artt. 350 e 351, anche nel loro nuovo testo parlino ancora di «prima udienza» davanti al collegio, si deve ritenere che la prima udienza potrebbe anche essere l'unica (salva quella di discussione a eventuale richiesta di una delle parti, dal momento che l'art. 352 dispone che, esaurita l'attività prevista negli artt. 350 e 351 (quella da espletarsi alla prima udienza), il collegio, ove non disponga atti istruttori, compie senz'altro (ossia senza che sia prevista la fissazione di una nuova udienza) gli atti che preludono alla decisione: invito alla precisazione delle conclusioni e disposizioni circa lo scambio delle comparse e delle memorie" (49)];
- n) dato alla Corte di cassazione (anche a sezioni unite) la possibilità di pronunciarsi in camera di consiglio (50), quando risulta probabile una pronuncia sul rito oppure meramente ordinatoria oppure ancora quando è manifesta la fondatezza o l'infondatezza del ricorso principale e/o incidentale (51) (così rendendo più celere il relativo procedimento, allorché l'udienza di discussione appare del tutto inutile);
- o) consentito alla stessa Corte di cassazione il potere di decidere "la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto" (52) (in tal modo evitando una dilatazione dei tempi processuali, nei casi in cui il giudizio di rinvio risulta sostanzialmente superfluo) (53).

(48) V. art. 350 c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 55 l. 26 novembre 1990 n. 353.

(49) Così MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., II, 430.

(50) V. art. 375 c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 64 l. 26 novembre 1990 n. 353.

(51) Quest'ultima possibilità consegue all'ulteriore modifica dell'art. 375 c.p.c. posta in essere dall'art. 1 l. 24 marzo 2001 n. 89.

In argomento v. CIVININI, *Il nuovo art. 375 c.p.c.: il diritto a un processo in tempi ragionevoli in cassazione*, in *Foro it.*, 2001, V, 150.

(52) V. art. 384, comma 1, c.p.c. come sostituito dall'art. 66 l. 26 novembre 1990 n. 353.

(53) Più in generale sul tema v. DE CRISTOFARO, *La cassazione sostitutiva sul merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 279.

Qui va segnalato che Cass. 6 febbraio 1997 n. 1130, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1310, proprio facendo leva sulla *ratio* di economia processuale della disposizione ("cioè, di evitare un inutile giudizio rescissorio, ogni qual volta, in conseguenza della pronuncia di accoglimento del ricorso in punto di violazione o falsa applicazione di norma di diritto, la decisione del giudice di rinvio sia sostanzialmente e consequenzialmente obbligata"), ha ritenuto che la stessa sia applicabile non solo quando la riscontrata "violazione o falsa applicazione di norma di diritto abbia ad oggetto una norma di diritto sostanziale" (art. 360, n. 3, c.p.c.), ma anche quando "oggetto del giudizio è la applicazione stessa della norma processuale, cioè quando la decisione si sostanzia in un cosiddetto giudizio di merito processuale (ad esempio in materia di opposizione agli atti esecutivi...)" di guisa che l'art. 384, comma 1, c.p.c. consente la cassazione sostitutiva della sentenza impugnata "non solo nel caso di accertamento di un *error iuris* in *iudicando*, ma anche nel caso di *error iuris* in *procedendo*, se la conseguente decisione definitiva di merito non è subordinata ad alcun ulteriore accertamento di fatto ed è vincolata nel contenuto della questione processuale decisa": conf. Cass. 23 aprile 2001 n. 5962; 27 agosto 1999 n. 8999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1083.

Nello stesso senso in dottrina BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 482 ss., per il quale l'art. 384, comma 1, c.p.c. è applicabile altresì in quelle ipotesi eccezionali in cui l'*error in iudicando*, pur rimanendo tale e quindi rientrando nella fattispecie di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c., viene a cadere su norme processuali.

Contra (ed in linea con la dottrina prevalente) Cass. 26 febbraio 1998 n. 2123, in *Giur. it.*, 1999, 16 (secondo cui "lo scopo avuto di mira dal legislatore, con il nuovo art. 384, comma 1 c.p.c., non è tanto quello di realizzare — al massimo — il principio dell'economia dei giudizi, al fine di pervenire, nel più breve tempo possibile, alla definizione della controversia, quanto quello di evitare, su una certa questione, alternativamente un «terzo» o un «secondo» giudizio di merito, sì che, ove sia mancato il «secondo» giudizio di merito — per avere il giudice erroneamente dichiarato inammissibile l'appello —, la S.C. non può sostituirsi al giudice del fatto, pronunciando nel merito della vertenza, e così privando — in pratica — le parti di un «grado» del giudizio"); 30 ottobre 1998 n. 10896; 15 gennaio 1997 n. 355.

5. — *Il canone della ragionevole durata del processo quale norma-parametro nel giudizio di costituzionalità delle leggi.*

Se il legislatore ordinario è il destinatario diretto della disposizione *ex art.* 111, comma 2, ultima parte, Cost., è innegabile che essa (disposizione) è indirizzata pure alla Corte costituzionale, la quale dovrà — anzitutto — applicarla e concretizzarla ogniqualvolta verrà invocata come norma-parametro in sede di sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi *ex artt.* 23 ss. l. 11 marzo 1953 n. 87.

Com'è stato giustamente precisato, “in tale prospettiva la Corte non può certo sindacare e scrutinare, caso per caso, la concreta durata del procedimento preso in esame, ma, nell'esercizio del suo sindacato «incidentale», può semmai analizzare — alla luce della garanzia — la legittimità di quelle disposizioni normative, che in astratto prevedano nel processo modalità irragionevoli e scansioni temporali eccessive o formalità irrazionali ed inutili, come tali non giustificate da esigenze di effettività dei diritti di azione o difesa, né tantomeno da interessi razionalmente strutturali e prevalenti” (54).

Esaminando sotto questo profilo la garanzia *de qua*, alcuni autori hanno esaltato in particolare il principio di economia processuale, il quale avrebbe *ex art.* 111, comma 2, ultima parte, Cost. ricevuto un riconoscimento costituzionale, assumendo “la funzione di stabilire se una norma possa dirsi conforme alla previsione che impone al legislatore di dettare una disciplina idonea a contenere la durata del processo in tempi ragionevoli. In altre parole, un processo per il quale la legge è tenuta ad assicurare la ragionevole durata deve essere un processo improntato all'inderogabile rispetto del principio di economia processuale. Ecco allora che le norme processuali... devono preoccuparsi di garantire non solo l'economia *interna* (risparmio di attività, di tempo), ma anche quella *esterna*, prevenendo il sorgere di altri processi” (55).

(54) COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Nuova giur. civile commentata*, 2001, II, 1, 29.

Nello stesso senso CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, cit., 611; FERRUA, *Il «giusto processo» in Costituzione*, in *Diritto e giustizia*, 2000, f. 1, 5, 78; TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 381, 404-405.

(55) OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 251, 254.

In senso adesivo v. pure COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, cit., 29 ss. (il che appare ovvio, atteso che il chiaro autore è il “veterano” del principio *de quo*: v. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980; II, Padova, 1982); nonché LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, 37.

Va detto, infine, che lo stesso OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, cit., 257 ss., adottando come chiave di lettura dell'art. 111, comma 2, Cost. l'economia *interna* e quella *esterna*, verifica (con conclusioni quasi sempre condivisibili), la legittimità costituzionale di vari istituti processuali, quali ad esempio: le c.d. provvidenze sananti (artt. 102, 154, 182 e 291 c.p.c.), la sospensione del processo (artt. 41, 48, comma 1, 279, comma 4, e 295 c.p.c.), l'interruzione (artt. 300-305), la fissazione dei termini per il deposito e per lo scambio di difese scritte (artt. 180, comma 2, e 183, comma 5, c.p.c.), le deduzioni istruttorie (art. 184 c.p.c.), la rimessione in termini (art. 184 *bis* c.p.c.), i termini di impugnazione (art. 327 c.p.c.), le forme di integrazione del contraddittorio nei giudizi di impugnazione (artt. 331-332 c.p.c.), la rimessione della causa dal giudice d'appello al primo giudice (artt. 353-354 c.p.c.), la cassazione senza rinvio *ex art.* 384, comma 1, c.p.c., il coordinamento del regime delle preclusioni *ex art.* 184 con l'intervento volontario di terzi *ex art.* 268, comma 1, c.p.c., la doppia “diserzione” delle udienze (artt. 181, comma 1, e 309 c.p.c.).

In questo modo si sono — a nostro avviso — dette cose non del tutto esatte da un punto di vista rigorosamente tecnico-concettuale.

Per vero, con l'art. 111, comma 2, ultima parte, Cost. solo la componente *interna* del principio di economia processuale ha ricevuto riconoscimento costituzionale pieno.

Alla componente *esterna* di quel medesimo principio, invece, può assegnarsi soltanto la natura e la funzione di criterio di razionalizzazione dei valori costituzionali inerenti alla giurisdizione, vale a dire di fattore giustificativo di limitazioni eventualmente poste dal legislatore ordinario nei confronti di determinate garanzie costituzionali del processo (ivi compresa quella della ragionevole durata dei giudizi).

In quanto tale, essa (componente *esterna* del principio in parola) è destinata ad operare (non come norma-parametro e, quindi, non come valore costituzionale in senso proprio, ma) solamente nell'ambito del c.d. sindacato di ragionevolezza compiuto per valutare la legittimità delle anzidette limitazioni (56).

6. — La ragionevole durata del processo quale criterio di bilanciamento di altri valori costituzionali inerenti alla giurisdizione: esemplificazione applicativa relativa al procedimento monitorio.

Quest'ultima osservazione ci consente, infine, di precisare che nella prospettiva della giustizia costituzionale il canone della ragionevole durata del processo può essere invocato (oltreché come norma-parametro, alla cui stregua giudicare la legittimità di disposizioni legislative comportanti direttamente od indirettamente una dilatazione dei tempi processuali) pure come criterio di bilanciamento di altri valori costituzionali relativi alla giurisdizione.

La superiore puntualizzazione ci sembra opportuna, essendo state dette recentemente (57) cose “strane” a proposito del procedimento monitorio, il quale, attesa la sua struttura unilaterale (*id est*: priva del contraddittorio, emettendosi il decreto ingiuntivo *inaudita altera parte*), risulterebbe illegittimo alla stregua del “nuovo” art. 111, comma 2, Cost. (là dove prescrive che “ogni pro-

(56) Una lettura attenta e complessiva della giurisprudenza costituzionale rivela “che il sindacato di ragionevolezza non è più collegato al solo principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall'art. 3 primo comma della Costituzione”, venendo in rilievo *pure* in sede “di valutazione della legittimità costituzionale dei limiti imposti ai più vari diritti fondamentali” (son parole di PALADIN, *Esiste un “principio di ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 163 ss.; analogamente BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *ivi*, 21, 30 ss.; nonché, con specifico riferimento “al diritto di azione-difesa”, CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, 14).

(57) V. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2001, 13, 22-23.

cesso si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità”), a meno che non se ne escluda la natura giurisdizionale (58) o non si postuli la rinunciabilità della garanzia costituzionale del contraddittorio ad opera della parte a cui favore è prevista.

Orbene!

È assolutamente vero che normalmente (*id est*: eccezion fatta per l'ipotesi *ex artt.* 658-664 e — se si vuole — *ex art.* 186 *ter c.p.c.*) il procedimento monitorio si svolge *senza contraddittorio* (59) o [per altri (60)] con un *contraddittorio meramente eventuale* perché rimesso all'iniziativa della parte ingiunta o [secondo altri ancora (61)] con *l'inversione dell'iniziativa del contraddittorio* stesso dall'attore al convenuto o [come spesso si dice anche in giurisprudenza (62)] con *contraddittorio differito* (o posticipato).

Tuttavia, ad onta della sua indiscutibile struttura unilaterale, il procedimento monitorio [che “tende a soddisfare l'esigenza di tempestività del diritto alla tutela giurisdizionale *ex artt.* 24, comma 1,” e 111, comma 2, ultima parte, Cost., “accelerando la formazione (non solo del titolo esecutivo, ma addirittura) del giudicato (63) nei casi in cui (secondo l'*id quod plerumque accidit*) è possibile presumere che il convenuto

(58) Questa strada, nondimeno, è stata considerata “impercorribile” dallo stesso CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 22.

(59) V. per tutti GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 31 ss..

(60) I sostenitori di tale tesi sono ricordati (oltreché puntualmente criticati) da GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 32-33.

(61) V. gli autori menzionati (ed esattamente confutati) dallo stesso GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 33.

(62) Cfr. Corte cost. 6 luglio 1972 n. 125, in *Foro it.*, 1972, I, 2355; 1° marzo 1973 n. 22, *ivi*, 1973, I, 1344; 4 marzo 1992 n. n. 80, *ivi*, 1992, I, 1027.

In dottrina v. paradigmaticamente COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 145, nota 131; *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, VIII, 10; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 610; VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 1994, 12.

COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577, 588, giustamente rileva che, essendo il diritto alla difesa “inviolabile «in ogni stato del procedimento», proprio la forma posticipata del contraddittorio conferma che non v'è alcuna difesa possibile nel procedimento preordinato alla formazione della pronuncia d'ingiunzione”.

(63) Sull'efficacia di cosa giudicata dei decreti ingiuntivi dichiarati esecutivi a norma dell'art. 647 c.p.c. v. specialmente GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 5 ss.; ed in giurisprudenza (tra le più recenti) Cass. 20 aprile 1996 n. 3757, in *Foro it.*, 1998, I, 1980; 11 giugno 1998 n. 5801; 24 novembre 2000 n. 15178, in *Foro it.*, 2001, I, 914; sez. un. 16 novembre 1998 n. 11549.

Rispetto ai decreti divenuti esecutivi a seguito dell'estinzione del giudizio di opposizione v. PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991, 117; ed in giurisprudenza Cass. 20 ottobre 1969 n. 3415, in *Giust. civ.*, 1970, I, 217; 27 gennaio 1977 n. 411, in *Foro it.*, 1977, I, 2520; 29 marzo 1989 n. 1492, in *Fallimento*, 1989, 889; 29 maggio 1993 n. 5999; 23 gennaio 1999 n. 630.

Per un esame panoramico delle varie opinioni espresse sul tema *de quo*, infine, v. CARIGLIA, *Note sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Foro it.*, 1998, I, 1980; MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, 2 ss.; *Regiudicata civile*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, XVI, 404, 423 ss.

non abbia nulla da eccepire” (64)] risulta conforme ai principi costituzionali, *proprio* se lo si “guarda” nella prospettiva qui considerata del canone della ragionevole durata del processo (65).

Ed invero:

- A) la garanzia costituzionale del contraddittorio rappresenta un’estrinsecazione del principio della parità delle armi, il quale a sua volta null’altro è che l’ipostatizzazione sul piano processuale del principio di eguaglianza formale *ex art. 3 Cost.* (66);
- B) essa (garanzia), pertanto, si espone alle stesse (legittime) limitazioni che la giurisprudenza costituzionale considera (più in generale) ammissibili nei confronti del principio d’eguaglianza: limitazioni derivanti dall’esigenza di tutelare altri valori costituzionalmente apprezzabili [*limiti assiologici dell’eguaglianza* (67)] o dall’esigenza di adeguare la disciplina di determinate situazioni alle loro concrete e specifiche peculiarità [*limite della ragionevolezza* (68)], purchè nell’uno e nell’altro caso le limitazioni medesime non risultino manifestamente sproporzionate rispetto al loro fattore giustificativo [*non manifesta ultroneità del limite* (69)];
- C) conseguentemente, il procedimento d’ingiunzione può dirsi costituzionalmente legittimo non tanto perché il contraddittorio sarebbe differito alla fase di opposizione [come, invece, solitamente e riduttivamente si dice (70)], quanto perché la mancanza del contraddittorio stesso si risolve in un *limite all’operatività del principio della parità delle armi* (art. 3 Cost.), il quale (limite) risulta — da un lato — *giustificato* dall’esigenza di tutelare un altro valore costituzionale di pari grado [rappresentato dall’esigenza di tempestività della tutela giurisdizionale garantita dagli artt. 24, comma 1, e 111, comma 2, ultima parte, Cost. (71)] e — dall’altro lato — *strettamente commisurato* a codesto fattore giustificativo, atteso che in sede di opposizione si consente [*recte*: si dovrebbe consentire (72)] al debitore si esercitare *pure* le *chances* difensive non potute esercitare in sede monitoria.

(64) V. VIGNERA, *Considerazioni sul processo d’ingiunzione (rilievi generali e profili funzionali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 162, 163 (in questi termini “modernizzandosi” il classico insegnamento chiovendiano).

(65) V. più diffusamente ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 144 ss.

(66) Sul punto v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 111 ss., 120 ss., 126 ss., nonché (per la confutazione della *communis opinio* ricollegante la garanzia del contraddittorio all’art. 24, comma 2, Cost.) 168 ss.

(67) V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 137-138.

(68) V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 138-139.

(69) V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 139 ss.

(70) V. nota 62.

(71) V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 95 ss.

(72) Cfr. sul punto VIGNERA, *Considerazioni sul processo d’ingiunzione (rilievi generali e profili funzionali)*, cit., 188 ss.

7. — *La ragionevole durata del processo quale criterio di interpretazione adeguatrice di norme ed istituti processuali: esemplificazioni relative agli artt. 34 e 295 c.p.c.*

Oltre al legislatore ordinario ed alla Corte costituzionale, destinatari del principio della ragionevole durata del processo sono indubbiamente anche gli interpreti (teorici e pratici), i quali, fra diverse interpretazioni possibili di norme ed istituti processuali, sono tenuti a privilegiare quella che (senza pregiudicare altri valori costituzionali superiori o di pari grado) appare più idonea a dare attuazione al principio predetto.

Facciamo degli esempi concreti.

Com'è noto, dall'art. 34 c.p.c. si suole desumere che:

- a) se nel corso del processo insorge una questione pregiudiziale (73), il giudice ha il potere-dovere di conoscerne *incidenter tantum* (cioè, con effetti limitati al giudizio in corso);
- b) solo nei casi previsti dalla legge o quando vi sia la domanda in tal senso di una delle parti, la questione stessa deve essere decisa (non *incidenter tantum*, ma) con efficacia di cosa giudicata (*ex art. 2909 c.c.*), così trasformandosi da “questione” in “causa” pregiudiziale;
- c) in tal caso si deve tendenzialmente assicurare il *simultaneus processus* tra causa principale e causa pregiudiziale, di guisa che: 1) se quest'ultima appartiene alla competenza dello stesso giudice, egli provvede senz'altro alla trattazione unitaria di entrambe le cause, anche se soggette a riti diversi (74); 2) se la causa pregiudiziale rientra *ex se* nella competenza (per valore e territoriale semplice) di un giudice inferiore [che oggi è normalmente (75) il giudice di pace (76)], essa viene comunque decisa (nell'ambito dello stesso processo) dal giudice della causa principale; 3) se la causa pregiudiziale rientra nella competenza per materia o per valore di un giudice superiore, il giudice inferiore rimette tutta la causa [compresa, cioè, quella principale

(73) Agli effetti dell'art. 34 c.p.c. si intendono per questioni pregiudiziali soltanto quelle che, oltre a rappresentare un passaggio obbligato dell'*iter* logico della decisione, possono costituire l'oggetto di un giudizio autonomo [escluse, quindi, le c.d. questioni preliminari di merito (ad esempio, la prescrizione) o le questioni di mero fatto o di diritto (v. tra le più recenti Cass. 6 marzo 2001 n. 3248)].

(74) I “nuovi” commi 3, 4 e 5 dell'art. 40 (aggiunti dall'art. 5 l. 26 novembre 1990 n. 353), infatti, hanno eliminato quell'ostacolo al *simultaneus processus* precedentemente rappresentato dalla soggezione delle due cause a riti diversi (v. esemplificativamente PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 30 ss.).

(75) L'eccezione è rappresentata dal tribunale, allorchè la causa principale appartiene alla competenza della corte d'appello in unico grado (v., per esempio, art. 33 l. 10 ottobre 1990 n. 287 ed art. 19 l. 22 ottobre 1971 n. 865).

(76) Dall'art. 40, commi 6 e 7, c.p.c. (aggiunti dall'art. 19 l. 21 novembre 1991 n. 374, a sua volta modificato dall'art. 55 d. l. 19 febbraio 1998 n. 51) si desume peraltro che, se il giudice inferiore è il giudice di pace, la regola che stiamo esaminando trova applicazione anche quando la competenza di quest'ultimo sulla causa pregiudiziale sia prevista *ratione materiae*.

originariamente di sua competenza per valore e territoriale semplice, nonché per materia se trattasi del giudice di pace (77)] a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa stessa davanti a lui;

- d) allorché sia impossibile il *simultaneus processus* perché la causa pregiudiziale appartiene alla giurisdizione (78) o alla competenza inderogabile (79) di un altro giudice, la causa principale deve essere sospesa *ex art. 295 c.p.c.*

Proprio “la gravità delle conseguenze pratiche (ai fini di una «sollecita giustizia», cioè ai fini della effettività della tutela giurisdizionale) insite nella sospensione del processo relativo alla causa principale... in attesa della risoluzione con autorità di cosa giudicata della questione insorta nel corso dello stesso processo, dovrebbe indurre ad interpretare restrittivamente sia l'art. 34 c.p.c. laddove... sembra attribuire alle parti del processo il potere illimitato di trasformare in causa le questioni pregiudiziali di merito suscettibili di costituire l'oggetto di una autonoma domanda, sia l'art. 295 c.p.c. laddove... sembra imporre la sospensione del processo relativo alla causa pregiudicata sempre che sia pendente un processo avente ad oggetto una causa pregiudiziale” (80).

In questa prospettiva, più esattamente, è stato proposto:

- A) di interpretare l'art. 34 “nel senso di escludere che la domanda di una delle parti possa trasformare la questione in causa pregiudiziale ove il *simultaneus processus*” risulti impossibile (81), facendosi presente che “proprio la lettera dell'art. 34, col non prevedere esplicitamente o implicitamente l'ipotesi di irrealizzabilità del *simultaneus processus* con riferimento a questioni pregiudiziali insorte nel processo originario, e la lettera dell'art. 40 c.p.c., col non prevedere né esplicitamente né implicitamente la sospensione della causa c.d. pregiudicata ove il *simultaneus processus* non sia realizzabile per i motivi indicati... nella stessa norma,... sembrano portare non secondari argomenti esegetici e sistematici a sostegno dell'interpretazione proposta” (82);
- B) di interpretare l'art. 295 c.p.c. nel senso che la sospensione (obbligatoria) del processo civile può “essere normalmente disposta solo quando la causa pregiudiziale sia stata instaurata anteriormente all'insorgere della questione pregiudiziale nel processo relativo alla causa pregiudicata” (83).

(77) Anche questo si desume dai “nuovi” commi 6 e 7 dell'art. 40 c.p.c. (v. nota precedente).

(78) V. tra le più recenti Cass. 13 febbraio 1998 n. 143, in *Informazione prev.*, 2000, 143; sez. un. 26 gennaio 1998 n. 765.

(79) V. esemplificativamente Cass. 7 dicembre 2000 n. 15525; 15 settembre 1997 n. 9191.

(80) Così già scriveva PROTO PISANI, *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi civili*, in *Foro it.*, 1981, I, 1058, 1065.

(81) PROTO PISANI, *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi civili*, cit., 1066.

(82) PROTO PISANI, *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi civili*, cit., 1067.

(83) PROTO PISANI, *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi civili*, cit., 1067.

Ancor più restrittiva, anzi, risulta l'interpretazione data all'art. 295 c.p.c. ad opera di quella dottrina, la quale, contrariamente all'opinione prevalente (secondo cui la sospensione necessaria *ex art.* 295 c.p.c. si verifica quando nel corso del processo sorge una questione pregiudiziale, che è oggetto principale di un *altro* giudizio: c.d. pregiudizialità esterna), intravede uno stretto collegamento tra l'art. 295 e l'art. 34 c.p.c., nel senso che la sospensione del processo civile trova il suo ambito di operatività nello stesso art. 34 (ossia nella c.d. pregiudizialità interna), allorchè la questione pregiudiziale insorta nel corso del (*medesimo*) processo si trasforma in causa pregiudiziale e non è possibile assicurarne la trattazione simultanea con la causa principale (84).

Orbene!

Codeste tendenze interpretative devono essere assecondate (85) perché, se è vero che "l'esigenza di assicurare l'uniformità e l'armonia delle decisioni può essere considerato un valore processuale per il nostro ordinamento" (86), è altrettanto vero che essa (esigenza) "non è tuttavia un valore che deve essere perseguito in ogni caso, a scapito anche di altri beni ai quali è stata attribuita valenza costituzionale: la ragionevole durata del processo ed il diritto di azione e di difesa" (87).

Assolutamente censurabili, infine, appaiono quelle pronunce che non solo ammettono la c.d. sospensione facoltativa del processo (la possibilità, cioè, per il giudice di sospendere la causa in base a mere ragioni di opportunità) (88), ma che addirittura escludono la proponibilità del rimedio *ex art.* 42 c.p.c. (89) avverso il relativo provvedimento sospensivo (90).

(84) CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 239; TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 483 ss., secondo cui anzi l'art. 295 sarebbe applicabile solo quando nel corso del processo sorge una questione pregiudiziale, sulla quale l'accertamento *principaliter* è imposto dalla legge (e non anche quando l'accertamento stesso è domandato da una delle parti).

(85) Sebbene sia ancora isolata, va segnalata Cass. 2 ottobre 1998 n. 9787, in *Foro it.*, 2000, 1968, che ha sostanzialmente recepito la tesi di Trisorio Liuzzi ricordata nella nota precedente.

(86) Cfr. Corte cost. 26 febbraio 1998 n. 31, in *Foro it.*, 1999, I, 1419, dove si esclude che l'esigenza predetta rappresenti un valore costituzionale.

(87) Così esattamente TRISORIO LIUZZI, *La Cassazione e la sospensione ex art. 295 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2000, I, 1970, 1978-1979.

(88) V. tra le più recenti Cass. 27 gennaio 2001 n. 10284; sez. un. 6 giugno 2000 n. 408; 15 ottobre 1998 n. 10193, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1743; 30 maggio 1996 n. 5002, in *Foro it.*, 1997, I, 1108.

(89) Nel testo sostituito dall'art. 6 l. 26 novembre 1990 n. 353, infatti, tale norma estende la proponibilità del regolamento necessario di competenza anche avverso "i provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295".

(90) V. Cass. 11 novembre 1999 n. 12509; 9 gennaio 1999 n. 121; 30 maggio 1996 n. 5002, cit.

Contra Cass. 1° ottobre 1996 n. 8595, in *Foro it.*, 1997, I, 1107 (nella cui motivazione si legge che il "nuovo" art. 42 c.p.c. si riferisce ai "provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo", senz'altra specificazione) e Cass. 13 maggio 1997 n. 4179, in *Foro it.*, 1997, I, 1757 (secondo cui il rimedio *de quo*, "preordinato a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale da sospensioni illegittime del processo civile", è stato "predisposto dal legislatore nei confronti di qualsiasi provvedimento che dichiara la sospensione del processo civile, indipendentemente dalla «ragione» di pregiudizialità-dipendenza che ne stia a fondamento, in quanto, altrimenti opinando, le relative esclusioni o limitazioni risulterebbero lesive e del principio di eguaglianza e del diritto alla tutela giurisdizionale").

Invero, fondare codesta ipotesi sospensiva sul “generale potere del giudice di acquisire ogni elemento ritenuto necessario ai fini della decisione, al di fuori delle iniziative istruttorie riservate esclusivamente alla disponibilità delle parti” (91), è del tutto arbitrario, posto che nessuna norma consente tale sospensione (92): la quale (norma), del resto, anche se esistesse (93), sarebbe incostituzionale per violazione del diritto alla tutela giurisdizionale *ex art. 24*, comma 1, Cost. e del principio della ragionevole durata del processo *ex art. 111*, comma 2, Cost., consentendo essa al giudice di “paralizzare” insindacabilmente il corso del processo.

Il rispetto di codesti valori costituzionali, pertanto, impone tanto la cancellazione dal “diritto vivente” della sospensione c.d. facoltativa del processo (94), quanto la possibilità di esperire il rimedio *ex art. 42 c.p.c.* avverso *tutti* i provvedimenti che dichiarano la sospensione, qualunque ne sia la causa (95).

(91) Così Cass. 30 maggio 1996 n. 5002, cit.

(92) Infatti, “la sospensione, determinando una frattura nello svolgimento del processo e procrastinandone nel tempo la definizione, è un istituto eccezionale nel nostro ordinamento, con la conseguenza che non è possibile dare vita, in via di interpretazione analogica, ad ipotesi sospensive al di fuori di quelle previste dalla legge, le quali devono ritenersi pertanto eccezionali e tipiche”: TRISORIO LIUZZI, *Sospensione necessaria del processo e regolamento di competenza*, in *Foro it.*, 1997, I, 1111, 1116.

In tal senso è orientata tutta la dottrina, per la quale v. esemplificativamente (tra i “classici”) ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 966; e (tra i “moderni”) MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001, 1421.

Anche secondo Cass. 23 febbraio 1981 n. 1093, in *Foro it.*, 1981, I, 1986, “la sospensione del processo, risolvendosi in un diniego di giustizia sia pure temporaneo, integra una situazione eccezionale e le norme che la prevedono non possono applicarsi per analogia”.

(93) Per ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Napoli, 1957, III, 247, tale norma sarebbe proprio l’art. 295, dalla quale il giudice indirettamente riceverebbe un potere discrezionale di sospendere la causa, valutandone l’opportunità.

(94) Un primo passo in tale direzione è stato fatto da Cass. 13 maggio 1997 n. 4179, cit., secondo cui “la sospensione «necessaria» del processo civile ricorre unicamente nelle ipotesi di pregiudizialità in senso «tecnico-giuridico»... Da ciò consegue che non può ritenersi più consentita dalla legge la sospensione del processo civile per ragioni di mera opportunità (quale espressione dell’esercizio di un potere «discrezionale» del giudice: sospensione c.d. «facoltativa»): la previsione di un controllo immediato di legittimità del provvedimento di sospensione, adottato ai sensi dell’art. 295 c.p.c., implica, infatti, la sussistenza in concreto di condizioni previste dalla legge, sia questa rappresentata dallo stesso art. 295, ovvero da altra disposizione legislativa; ed esclude, specularmente, che il fondamento del potere di sospensione possa rinvenirsi (anche) in una definitiva e, per ciò, insindacabile «discrezionalità» del giudice”.

(95) Tale risultato può essere conseguito mediante un’interpretazione estensivo-analogica dell’art. 42 c.p.c. (come sembra aver fatto Cass. 1° ottobre 1996 n. 8595, cit.: v. la nota 90) o mediante una dichiarazione di illegittimità costituzionale dello stesso art. 42 c.p.c. per violazione dell’art. 3 Cost. (“dal momento che è la sospensione quale istituto e non solo quella di cui all’art. 295 ad incidere sul diritto di azione, limitandolo fortemente”: TRISORIO LIUZZI, *Sospensione necessaria del processo e regolamento di competenza*, cit., 1118).

Tante sono ancora le disposizioni processuali, la cui interpretazione può essere condizionata in modo “salutare” dal principio della ragionevole durata del processo: pensiamo, ad esempio, a quelle relative al procedimento possessorio (96) ed a quelle disciplinanti i procedimenti c.d. contenziosi di divorzio e di separazione (97).

Di esse, nondimeno, non possiamo parlare in questa sede, attesa la funzione del presente scritto (propositiva e non risolutiva dei problemi posti dal “nuovo” art. 111, comma 2, ultima parte, Cost.).

(96) V. OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost., cit., 255* [per il quale “è quasi superfluo aggiungere che anche in ordine alla nota disputa sulla esistenza del merito possessorio, con la correlata conseguenza di dover attendere il relativo giudicato prima di poter iniziare il giudizio petitorio (art. 705, 1° comma, c.p.c.), l'art. 111, 2° comma, Cost. impegna i giuristi — e lo stesso legislatore — a elaborare soluzioni che tengano conto del dovere di assegnare alla tutela giurisdizionale (*ex art. 24 Cost. a presidio dei diritti e degli interessi legittimi*) una ragionevole durata”].

(97) Su questo tema ci permettiamo rinviare al nostro articolo *Sulla “specialità integrale” del rito del divorzio e della separazione*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. proc.*, con il quale [consapevoli che *tutti* i tentativi diretti a “trapiantare” nella disciplina processuale del divorzio e della separazione *ex art. 4 l. 1° dicembre 1970 n. 898* (nel testo sostituito dall'art. 8 l. 6 marzo 1987 n. 74) i “nuovi” artt. 166, 167, 183 e 184 c.p.c. (tanto quelli rapportanti codeste disposizioni all'udienza presidenziale, quanto quelli relazionanti le medesime alla successiva udienza innanzi al giudice istruttore) finiscono sostanzialmente con il “mortificare” la *ratio* “acceleratoria” dello stesso art. 4, dilatando in maniera abnorme i tempi di quello che, invece, dovrebbe essere il più “agile e snello” dei riti a cognizione piena previsti dal nostro ordinamento] abbiamo proposto una ricostruzione di codesta disciplina processuale (*ex art. 4 l. n. 74 del 1987*) idonea ad assicurare la concreta attuazione della garanzia costituzionale della ragionevole durata del processo.

NOTE A SENTENZA

Lavoro (rapporto di) - Lavoratrici domestiche - Indennità di maternità - Diritto subordinato ad una determinata anzianità contributiva - Lamentata irragionevolezza e disparità di trattamento rispetto alle altre lavoratrici, nonché lesione dei diritti della madre e del nascituro - Specificità del sistema - Intervento additivo costituzionalmente non obbligato, riservato alla discrezionalità del legislatore - Inammissibilità della questione.

Corte Costituzionale - 12.7.2002, n. 334 - Pres. Ruperto - Rel. Amirante - Zajkova Janka - INPS - Presidenza Consiglio dei Ministri (Avv. Fiengo).

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto del Presidente della Repubblica 31 dicembre 1971, n. 1403 (Disciplina dell'obbligo delle assicurazioni sociali nei confronti dei lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari, nonché dei lavoratori addetti a servizi di riassetto e di pulizia dei locali), sollevata, in riferimento agli articoli 3, 37 e 38 della Costituzione, dalla Corte d'Appello di Venezia con l'ordinanza emessa il 23.10.2001.

FATTO — 1. — Nel corso di una controversia in materia previdenziale, promossa per ottenere il riconoscimento del diritto all'indennità di maternità, la Corte d'appello di Venezia ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 37 e 38 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto del Presidente della Repubblica 31 dicembre 1971, n. 1403 (Disciplina dell'obbligo delle assicurazioni sociali nei confronti dei lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari, nonché dei lavoratori addetti a servizi di riassetto e di pulizia dei locali), nella parte in cui subordina il diritto a tale provvidenza economica, per le lavoratrici addette ai servizi domestici, alla condizione che risultino versati in loro favore, o comunque dovuti, cinquantadue contributi settimanali nell'arco del biennio (ovvero ventisei nell'ultimo anno) precedente il periodo di astensione obbligatoria.

Premette in punto di fatto il giudice *a quo* che la ricorrente, assunta in qualità di dipendente addetta ai servizi domestici in data 1° marzo 1996, il successivo 4 luglio 1996 è entrata nel periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità, e l'Istituto nazionale della previdenza sociale le ha negato il diritto alla relativa indennità proprio per la mancanza del suddetto requisito contributivo.

Proposto il giudizio di primo grado, il Tribunale di Venezia ha respinto il ricorso, con sentenza nei cui confronti è stato interposto appello.

Osserva la Corte remittente che la norma impugnata deve continuare ad applicarsi alla fattispecie dedotta in giudizio nonostante le modifiche apportate all'art. 15 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, dall'art. 3 della legge 8 marzo 2000, n. 53, modifiche irrilevanti *ratione temporis*; e, d'altra parte, anche il testo unico introdotto con decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ribadisce all'art. 62 che il rapporto di lavoro domestico è regolato dalle norme del DPR n. 1403 del 1971, pur definendole erroneamente di natura regolamentare.

Ciò posto, la Corte rileva che da tempo è in atto un progressivo mutamento del sistema normativo, nel senso che l'indennità di maternità venga garantita a tutte le lavoratrici subordinate ed anche a quelle autonome; il rapporto di lavoro domestico, pur connotato da indubbie peculiarità, non è tale da rendere giustificabile il fatto che la fruizione della predetta indennità sia subordinata alla sussistenza di una determinata anzianità contributiva. E non può avere carattere decisivo, d'altra parte, il precedente di cui alla sentenza n. 364 del 1995 di questa Corte, nel quale è stata riconosciuta conforme alla Costituzione la norma che subordina il diritto alla corresponsione dell'indennità di maternità per le braccianti agricole al compimento delle 51 giornate lavorative annue, perché in quel caso tale requisito è il presupposto stesso per la creazione del rapporto assicurativo. Il timore di costituzione fittizia del rapporto di lavoro — finalizzata, cioè, al solo obiettivo di ottenere l'indennità in questione — non può prevalere sulla necessaria tutela della maternità che è riconosciuta dalle norme costituzionali.

La Corte d'appello di Venezia, pertanto, ravvisa nell'impugnata norma una violazione dell'art. 3 Cost., per l'ingiustificata diversità di trattamento tra le lavoratrici domestiche e le altre lavoratrici, nonché una violazione degli artt. 37 e 38 Cost., che riconoscono alla madre ed al bambino una speciale protezione, nonché il diritto dei lavoratori ad ottenere mezzi adeguati alle loro esigenze di vita.

2. — Si è costituito in giudizio l'INPS, chiedendo che la questione venga dichiarata non fondata.

Osserva l'ente previdenziale che il rapporto esistente tra requisito contributivo minimo e riconoscimento del diritto all'indennità in oggetto è del tutto razionale, perché dal numero dei contributi settimanali spettanti, rapportato alla retribuzione oraria convenzionale, si ottiene la retribuzione media settimanale, la cui sesta parte costituisce il riferimento per il computo dell'indennità di maternità; il che dimostra l'impossibilità di un intervento che vada a toccare soltanto una parte dei dati da assumere come parametro per il conteggio. L'art. 10 del DPR n. 1403 del 1971, del resto, prevede che il contributo settimanale sia riconosciuto a condizione che vengano effettuate almeno ventiquattro ore di lavoro, ed è chiaro che sarebbe arbitrario collegare tale riconoscimento allo svolgimento di un numero di ore inferiore (teoricamente, anche una sola ora settimanale).

Ciò posto, l'INPS rileva che la stessa Corte remittente ha richiamato il precedente giurisprudenziale più corretto, ossia quello relativo alle braccianti agricole, le cui affermazioni debbono valere anche nel presente caso. Il sistema vigente, d'altra parte, consente alla lavoratrice, in presenza del contestato requisito contributivo, di fruire dell'in-

dennità di maternità indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di lavoro nel momento in cui ha inizio il periodo di astensione obbligatoria, sicché l'eliminazione di detto sistema dovrebbe comportare l'applicazione di quello di cui all'art. 24 del D.Lgs. n. 151 del 2001, certamente meno favorevole alla lavoratrice.

3. — È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata infondata.

Dopo aver richiamato le modifiche normative recentemente intervenute nel settore, la difesa erariale osserva che il rapporto di lavoro domestico, per tutta una serie di peculiarità, è stato giustamente sottoposto ad un regime diverso, più volte ritenuto legittimo da questa Corte. L'art. 15 della legge n. 1204 del 1971, confermato dalle odierne norme del D.Lgs. n. 151 del 2001, collega il riconoscimento delle prestazioni per la maternità ai criteri fissati per quelle di malattia; poiché alle lavoratrici domestiche non è concessa alcuna indennità in caso di malattia, è chiaro che la norma impugnata è in realtà una norma "di favore", che consente a determinate (ragionevoli) condizioni di accedere ad una prestazione economica dalla quale detta lavoratrice dovrebbe restare esclusa. Ed è innegabile, d'altra parte, che il rapporto di lavoro domestico, proprio per le sue caratteristiche, si presta obiettivamente ad essere costituito in modo fittizio, al solo scopo di ottenere l'invocata tutela per la maternità.

DIRITTO — 1. — La Corte d'appello di Venezia ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 37 e 38 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto del Presidente della Repubblica 31 dicembre 1971, n. 1403, nella parte in cui subordina il diritto all'indennità di maternità delle addette ai servizi domestici alla condizione che, per la lavoratrice interessata, risultino versati o dovuti dal datore di lavoro cinquantadue contributi settimanali nel biennio oppure ventisei nell'anno precedente il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro.

Secondo il giudice remittente la specialità del lavoro domestico non giustifica la subordinazione dell'acquisizione del diritto all'indennità di maternità ad un'anzianità contributiva, sicché la norma che tale requisito prevede è in contrasto, anzitutto, con l'art. 3 Cost., in quanto irragionevolmente assoggetta le collaboratrici domestiche ad un regime deteriore rispetto a quello valevole per le altre lavoratrici.

La norma censurata, ad avviso del remittente, contrasta inoltre con gli artt. 37 e 38 Cost., in quanto non assicura alla madre ed al nascituro la protezione ed i mezzi adeguati alle loro esigenze di vita.

2. — La questione non è ammissibile.

Il sistema vigente relativo alla concessione dell'indennità di maternità per le lavoratrici domestiche — che continua a fondarsi sulle norme del DPR n. 1403 del 1971, sopravvissute anche all'entrata in vigore del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, come risulta dagli artt. 62 e 85, comma 2, lettera a), del medesimo — si connota per alcune indubbie peculiarità.

L'indennità di maternità di cui all'art. 15 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, oggi confluito nell'art. 22 del D.Lgs. n. 151 del 2001, viene concessa a tali lavoratrici soltanto per

il periodo di astensione obbligatoria (definito “congedo di maternità”, v. artt. 2 e 62 del citato testo unico), ed a condizione che siano stati versati o comunque siano dovuti ventisei contributi settimanali nell’ultimo anno o cinquantadue nell’ultimo biennio precedente il momento in cui la lavoratrice ha diritto all’astensione, anche se non sia in corso un rapporto di lavoro.

Alle altre lavoratrici, invece, l’indennità è concessa, in linea di massima, senza riferimenti a requisiti contributivi; tuttavia, in caso di sospensione, assenza dal lavoro ovvero disoccupazione, detta provvidenza viene erogata a condizione che, tra il momento di uscita dal circuito lavorativo (per i motivi di cui sopra) e l’inizio del periodo di congedo per maternità, non siano decorsi, di norma, più di sessanta giorni (c.d. contiguità con il rapporto di lavoro).

A tali peculiarità concernenti il conseguimento del diritto sono necessariamente collegate le modalità per il computo e l’erogazione della prestazione previdenziale.

Infatti, per la generalità delle lavoratrici il dato fondamentale è costituito “dalla retribuzione media globale giornaliera percepita nel periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello in corso del quale ha avuto inizio l’astensione obbligatoria dal lavoro per maternità” (art. 16 della legge n. 1204 del 1971, ora trasfuso nell’art. 23 del D.Lgs. n. 151 del 2001).

Per le collaboratrici domestiche, invece, anzitutto il combinato disposto degli artt. 4 e 10 del DPR n. 1403 del 1971 stabilisce che si accreditano alla lavoratrice tanti contributi settimanali quante sono le settimane di lavoro per ciascun trimestre solare, “sempreché per ciascuna settimana risulti una contribuzione media corrispondente ad un minimo di ventiquattro ore lavorative”; diversamente si provvede col conteggio indicato nell’art. 10, secondo comma. L’ultimo comma dell’impugnato art. 4, poi, prevede che la retribuzione giornaliera da assumere come parametro per la determinazione dell’indennità è pari alla sesta parte della media delle retribuzioni convenzionali settimanali comprese nel biennio antecedente l’inizio del periodo del congedo di maternità.

D’altra parte, la non estensibilità alle collaboratrici domestiche del divieto assoluto di licenziamento nel periodo di gravidanza e puerperio, stabilito per la generalità delle lavoratrici dall’art. 2 della legge n. 1204 del 1971 — non estensibilità della quale questa Corte ha costantemente escluso l’illegittimità costituzionale (v. sentenze n. 86 del 1994, n. 9 del 1976 e n. 27 del 1974) — giustifica il fatto che il diritto delle lavoratrici domestiche non sia subordinato al requisito della contiguità del periodo di congedo al rapporto di lavoro.

Da quanto è stato rilevato risulta che il condizionamento del diritto all’indennità di maternità al requisito contributivo, stabilito dalla norma censurata, è elemento non isolabile della complessa disciplina che regola la prestazione in oggetto con riguardo sia alle specificità del rapporto di lavoro domestico, sia alle caratteristiche del rapporto previdenziale che da questo deriva.

Ne consegue che, mentre l’intervento di questa Corte, limitato alla disposizione censurata, altererebbe la coerenza del sistema rendendolo inapplicabile nel suo complesso, una sentenza additiva, peraltro neppure prospettata dal remittente, comportando scelte non vincolate dai precetti costituzionali, costituirebbe una indebita intromissione nei poteri del legislatore.

(*Omissis*)

**REQUISITI CONTRIBUTIVI PER L'EROGAZIONE
DELL'INDENNITÀ DI MATERNITÀ
ALLE COLLABORATRICI DOMESTICHE**

La Corte d'appello di Venezia ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 4 del DPR 31 dicembre 1971, n.1403 avendo tale disposizione subordinato — per le lavoratrici addette ai servizi domestici e familiari — l'erogazione dell'indennità di maternità alla condizione che “risultino versati o dovuti dal datore di lavoro, anche in settori diversi da quello domestico, 52 contributi settimanali nei 24 mesi che precedono l'inizio dell'astensione obbligatoria dal lavoro, ovvero 26 contributi settimanali nei 12 mesi che precedono l'inizio dell'astensione stessa”.

Il giudice remittente ha rinvenuto la violazione del principio di uguaglianza dettato dall'articolo 3 della Costituzione, considerato che per le altre categorie di lavoratrici subordinate non è richiesto, per fruire dell'indennità di maternità, alcun requisito di anzianità contributiva. La disposizione si poneva — a parere del giudice *a quo* — altresì in contrasto con gli articoli 37 e 38 della Costituzione, non essendo assicurata alla madre ed al bambino adeguata protezione.

La Corte Costituzionale non ha ritenuto condivisibili le censure mosse dal giudice remittente in considerazione della disciplina speciale alla quale sono assoggettati i lavoratori domestici — pur riconducibili nell'ambito dell'area del lavoro subordinato — sia per quel che riguarda il rapporto di lavoro sia in relazione al regime di sicurezza sociale.

Il sistema vigente relativo alla concessione dell'indennità di maternità presenta indubbe peculiarità rispetto al corrispondente sistema in vigore per le altre categorie di lavoratrici subordinate, ma questi profili di diversità — se valutati complessivamente — concorrono a creare un sufficiente grado di tutela minima delle condizioni di lavoro. L'esegesi comparativa dei sistemi normativi vigenti per le collaboratrici domestiche, da una parte, e per le altre lavoratrici subordinate, dall'altra, evidenzia tutta una serie di equilibrati bilanciamenti che rendono entrambi i sistemi coerenti e conformi con i precetti dettati dalla Corte costituzionale.

L'indennità di maternità è riconosciuta, alle collaboratrici familiari, esclusivamente per il periodo di astensione obbligatoria (*rectius* congedo di maternità, *ex* artt.2 e 62 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151) ed a condizione che siano stati versati un numero minimo di contributi annuali (26) o biennali (52) nel periodo immediatamente precedente il periodo di astensione. L'insorgenza del diritto prescinde, peraltro, dalla sussistenza di un rapporto di lavoro al momento dell'astensione.

L'erogazione dell'indennità di maternità per le lavoratrici subordinate non richiede particolari requisiti di anzianità contributiva ma esige una contiguità con il rapporto di lavoro.

L'*iter* logico compiuto dalla Corte costituzionale si allinea agli sviluppi argomentativi ultimamente intrapresi in materia di inapplicabilità del divieto assoluto di licenziamento alle lavoratrici domestiche. La Corte, dopo aver adottato due decisioni che

riconducevano — assai succintamente — la mancata operatività del divieto alla specialità del rapporto di lavoro (cfr. sentenza n. 27/1974 e n. 9/1976), ha, più recentemente, affrontato la tematica con la maturata consapevolezza di dover comporre esigenze, seppur contrapposte, di rango costituzionale ed aspettative di livello internazionale (cfr. sentenze nn. 193/95 e 86/1994) (1). Le più recenti pronunce (di inammissibilità della questione) hanno esaminato *funditus* l'apparato normativo che disciplina il rapporto delle lavoratrici domestiche, giungendo alla conclusione che, seppur non può attribuirsi valore assoluto al criterio di specialità del rapporto in raffronto con altri valori costituzionali (quali quelli inerenti alla tutela del matrimonio, della maternità e dell'infanzia), un divieto di recesso dal rapporto di lavoro per ventuno mesi (dall'inizio del periodo di gravidanza sino ad un anno di età del bambino), così come sancito dall'articolo 2 della legge 30 dicembre 1971, n.1204 rifluito nell'articolo 54 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, rappresenterebbe un vincolo eccessivamente gravoso per il nucleo familiare e imporrebbe la convivenza forzata tra le parti. Il peculiare contesto ambientale in cui si esplica la prestazione lavorativa (tenuto conto che non si tratta di un sistema di lavoro organizzato in forma plurima e differenziata in grado di consentire il ricambio e la sostituzione di lavoratori assenti) richiede, per la fissazione di vincoli al potere di recesso datoriale, un intervento del legislatore, rientrando nella piena discrezionalità del Parlamento il compito di delineare le modalità di esercizio di questo diritto. Sulla scia di questa valutazione, dell'inerzia del legislatore e del rinvio, peraltro non nitido nei suoi contorni, all'articolo 2110 c.c., si è collocata la Corte di Cassazione, che ha ritenuto operante, nell'ambito del lavoro domestico, il divieto di licenziamento nel periodo che il giudice dovrà determinare equitativamente (2).

Indubbiamente, il rapporto di lavoro domestico si distingue dalla figura generale del rapporto di lavoro svolto nell'impresa per la peculiarità, determinante, di svolgersi all'interno dell'ambito familiare del datore di lavoro. Di conseguenza, appare del tutto ragionevole che la disciplina giuridica di questo rapporto di lavoro sia parzialmente differente da quella generale che regola i lavoratori subordinati. In particolare, con riguardo alla tutela della maternità, va rammentato che, proprio in considerazione del fatto che il nucleo familiare non presenta una organizzazione del

(1) Per una ricognizione delle pronunce adottate dalla Corte costituzionale in materia di lavoro domestico cfr.: C. Asprella, *La prevalenza della tutela della maternità rispetto alla specialità del rapporto di lavoro domestico*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2163 ss; R. Del Punta, *Una sentenza di difficile interpretazione (ancora sul licenziamento delle lavoratrici domestiche in maternità)*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, 831 ss; C. De Marchis, *La maternità negata: la Corte costituzionale attenua la specialità del rapporto di lavoro domestico*, in *Dir. lav.*, 1995, II, 409; G. Servello, *Il licenziamento della colf in maternità*, in *Dir. e prat. del lav.*, 1995, 2001; M. Aimò, *Rapporto di lavoro domestico e tutela della maternità*, in *Dir. e prat. del lav.*, 1994, 1697.

(2) Corte Cassazione 22 giugno 1998 n.6199 in *Foro it.*, 1998, I, 2375 ss., in *Mass. giur. lav.*, 1998, 606 con nota di A. Riccardi, *Limiti del licenziamento della lavoratrice madre addetta ai servizi domestici*, in *Riv. dir. lav.*, 1999, II, 562, con nota di L. Nannipieri, *La Cassazione affida all'equità la tutela della lavoratrice domestica in gravidanza*.

lavoro tale da consentire la sostituzione per lunghi periodi della lavoratrice in gravidanza e in puerperio, non era integralmente applicabile ai lavoratori domestici la legge n. 1204 del 1971 (ora abrogata dall'articolo 86 del decreto legislativo n. 151 del 2001).

La scelta del legislatore di tenere il rapporto di lavoro domestico fuori dall'area di applicabilità del licenziamento causale e di consentire, altresì, il recesso datoriale nei confronti della lavoratrice madre addetta ai servizi domestici appare in linea con la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto legittima l'esclusione della tutela (cfr. Corte Costituzionale nn. 27/74, 9/76, 86/94 e 193/95).

Tale indirizzo è stato recepito nella recente novella intervenuta in materia di tutela della maternità e della paternità (legge 8 marzo 2000, n. 53 e T.U. di cui al decreto legislativo n. 151 del 2001), che ha confermato, nei confronti dei lavoratori domestici, l'applicazione solamente parziale della disciplina e la ricorrenza dei requisiti richiesti dal DPR n. 1403 del 1971 per la corresponsione dell'indennità di maternità (art. 62 D.Lgs. n. 151 del 2001).

La Corte costituzionale ha, nella sentenza in commento, affrontato la tematica delle lavoratrici domestiche spingendosi oltre l'argomentazione della peculiarità del rapporto di lavoro, e andando, in particolare, a verificare la compatibilità interna del sistema di sicurezza sociale assicurato a tali lavoratrici.

Gli articoli della Costituzione richiamati dal giudice remittente quale parametro di legittimità (articoli 37 e 38) impongono, effettivamente, al legislatore di sviluppare una adeguata attività assistenziale nei riguardi della maternità e dell'infanzia. Tuttavia, tali norme non impediscono di differenziare le discipline in relazione alla particolare natura di alcuni rapporti di lavoro come quello di lavoro domestico.

Una disciplina uniforme che non si preoccupasse di armonizzare ed equilibrare fattispecie differenti fra loro si potrebbe risolvere in un illogico e sproporzionato danno per una delle parti.

Come detto, il condizionamento del diritto all'indennità di maternità al requisito minimo contributivo è elemento strettamente connesso alle peculiari modalità di computo della provvidenza economica. La ricostruzione dell'istituto all'interno della più ampia disciplina di tutela delle condizioni di lavoro riservata alle lavoratrici domestiche giustifica il trattamento differenziato rispetto alle altre categorie di lavoratrici subordinate.

D'altra parte, non si può fare a meno di osservare che l'eventuale declaratoria di illegittimità della norma censurata dal giudice remittente avrebbe comportato un impegno oneroso per l'ente previdenziale (INPS), anche a fronte di rapporti di lavoro surrettiziamente posti in essere al solo fine di giovare della provvidenza economica, con conseguente compromissione dell'interesse collettivo al contenimento della spesa pubblica.

Elena Boghetich
Magistrato

Contributi - Riscossione esattoriale - Opposizione - Oggetto del giudizio.

Contributi - Riscossione esattoriale - Opposizione - Accoglimento parziale - Conseguenze - Revoca della cartella - Sentenza di condanna.

Corte d'Appello di Genova - 6.9/2.10.2002, n. 701 - Pres. Diomeda - Rel. Ravera - INPS (Avv. Bonicioli, Capurso) - Crobu (Avv. Sonetti).

Il processo relativo al pagamento dei contributi previdenziali — anche se instaurato mediante opposizione a cartella esattoriale — dà comunque luogo ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti e obblighi inerenti al rapporto obbligatorio previdenziale, ed in particolare a quello contributivo.

La cartella esattoriale è un titolo esecutivo (di formazione stragiudiziale) inscindibile. Pertanto, ove all'esito del giudizio di merito venga accertata la insussistenza parziale del credito iscritto a ruolo, la cartella esattoriale deve essere integralmente revocata e l'ente previdenziale potrà chiedere la condanna dell'opponente al pagamento del credito residuo.

FATTO — Il sig. Crobu Renato proponeva opposizione alla cartella esattoriale notificatagli dal concessionario della riscossione San Paolo riscossioni S.p.A. per l'importo di lire 20.171.382, relativa a contributi inevasi nella gestione artigiani e commercianti afferenti agli anni 1991,1992, 1994, 1995, 1996 e 1997.

L'opponente chiedeva l'annullamento della cartella esattoriale eccependo la intervenuta prescrizione dei crediti contributivi esclusivamente per gli anni 1991, 1992, 1994 e 1995, nulla opponendo, invece, per quanto riguarda i contributi dovuti per gli anni 1996 e 1997.

L'INPS si costituiva in giudizio contestando l'intervenuta prescrizione e chiedeva accertarsi l'obbligo contributivo per gli anni 1996 e 1997 con conseguente condanna dell'opponente a pagare le relative somme, crediti riguardo ai quali nessuna contestazione era stata mossa. Il Tribunale revocava la cartella esattoriale dichiarando prescritti i crediti relativi agli anni 1991,1992, 1994 e 1995 e per quanto riguardava i crediti richiesti per gli anni 1996 e 1997 dichiarava fondata la domanda dell'INPS ma non pronunciava sentenza di condanna a favore dell'Istituto, ritenendo che, per il sistema degli artt. 13 L. n. 448/98, 24 e 25 D. Lgs. n. 46/99, solo l'iscrizione a ruolo fosse valido titolo per l'esecuzione dei crediti per contributi o premi non versati, titolo destinato a poter essere azionato per la parte non assoggettata a revoca.

Avverso tale pronuncia ha proposto appello l'INPS che chiede venga riformata la sentenza con conseguente condanna dell'opponente a pagare le somme dovute per gli anni 1996 e 1997 non oggetto di contestazione, rilevando come l'opposizione al ruolo ed alla cartella esattoriale introduca un ordinario giudizio di cognizione, come risulta anche dal tenore dell'art. 24 D. Lgs. n. 46/99 il quale precisa che "il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi attinenti al merito della pretesa contributiva è regolato dagli artt. 442 e seguenti cpc..

Conseguentemente, secondo l'INPS, il giudizio di opposizione al ruolo si colloca all'interno delle più ampie disposizioni che regolano il processo civile nel suo complesso con conseguente possibilità per le parti di richiedere sentenze dichiarative, costitutive o di condanna. La tesi dell'inammissibilità sostenuta dal tribunale si risolverebbe pertanto nell'illegittima violazione dei principi e delle norme che regolano il processo civile, con conseguente violazione dell'art. 24 Cost..

Inoltre il D.Lgs. n. 46/99 riordinando la disciplina della riscossione mediante ruolo, ha inciso non sulla fase di cognizione ma solamente sulla fase di esecuzione dei crediti: la questione relativa alle modalità ed al titolo attraverso cui procedere alla riscossione iscritti a ruolo attiene pertanto alla fase di esecuzione dei crediti stessi ed è questione che non può essere oggetto di valutazione da parte del giudice della cognizione, il quale non è legittimato a valutare preventivamente e presuntivamente in quale modo e con quale titolo l'Istituto procederà all'esazione dei crediti accertati in sede giudiziaria di cognizione.

Anche SCCI costituendosi in giudizio a mezzo del mandatario INPS ha esposto le ragioni sopra riassunte aderendo alle conclusioni dell'istituto previdenziale.

Il Croub si è costituito in giudizio ed ha richiesto il rigetto dell'appello rilevando come l'iscrizione a ruolo deve intendersi come l'unico titolo, abile a permettere all'ente creditore, di recuperare quanto dovutogli, invocando al riguardo precedente della Suprema Corte in materia di opposizione sanzioni amministrative, precedente con cui la SC aveva sostenuto che, pur in presenza di una sentenza, resa nell'ambito dell'ordinario giudizio di opposizione, l'unico titolo esecutivo "spendibile" dall'Amministrazione creditrice, fosse l'iscrizione a ruolo.

Sulle conclusioni in epigrafe riportate, all'odierna udienza la causa veniva discussa dai difensori e decisa dal Collegio con separato dispositivo di cui veniva data lettura.

DIRITTO — L'appello è fondato.

Il processo relativo al pagamento di contributi previdenziali anche se instaurato mediante opposizione a cartella esattoriale dà comunque luogo ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio ed, in particolare, a quello contributivo. Al riguardo depone oltre il costante orientamento della Suprema Corte (n. 4995/87, 8624/93) anche il tenore letterale della dispo-

sizione normativi che ne detta la disciplina. Infatti l'art. 24 comma 6 del D. Lvo. n. 46/99 precisa che "il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi attinenti al merito della pretesa contributiva è regolato dagli artt. 442 e seguenti CPC". In sostanza con il giudizio di opposizione viene introdotto un ordinario processo di cognizione nel quale "l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato nella cartella, sia pure nella minore misura residua ancora dovuta, senza che ne risulti mutata la domanda" (così Cass. 5763/02). In concreto la cartella esattoriale deve ritenersi un titolo esecutivo (di formazione stragiudiziale) che non può scindersi nelle varie poste: o viene confermata in toto oppure, in caso di modifica del credito a seguito del giudizio di merito, deve essere in toto revocata e l'ente previdenziale ben potrà chiedere la condanna dell'opponente al pagamento di quelle poste (o di parte di esse) di cui risulti ancora la debenza.

Nel caso in esame il Tribunale ha accertato che per gli anni 1996 e 1997 la domanda dell'INPS era fondata ma non ha condannato l'opponente a pagare all'istituto quanto accertato, ritenendo che solo l'iscrizione a ruolo costituisca valido titolo per l'esecuzione dei crediti per contributi o premi non versati, titolo destinato a potere essere azionato per la parte non assoggettata a revoca.

Tale lettura della nuova normativa, il Collegio ritiene che non sia condivisibile proprio per quanto sopra argomentato: l'esplicito richiamo legislativo al processo ordinario di cognizione induce a ritenere che la preoccupazione non dichiarata dal primo giudice, ma probabilmente da individuarsi nella possibilità di duplicare i titoli esecutivi, sia questione che non riguardi la fase di cognizione originata dall'opposizione.

La cartella deve pertanto essere integralmente revocata con conseguente condanna dell'appellato a pagare all'INPS gli importi per gli anni 1996 e 1997 nella misura indicata nella predetta cartella.

(Omissis)

**RAPPORTO FRA RUOLO E SENTENZA
NEL CASO DI ACCOGLIMENTO PARZIALE
DELL'OPPOSIZIONE EX ART. 24 DEL D. LGS. N. 46/99**

Giova premettere all'annotazione della sentenza in argomento (1) un breve sunto dello svolgimento del processo che l'ha preceduta.

Dinanzi al Tribunale di Genova in funzione di Giudice del lavoro veniva opposta una cartella esattoriale relativa a contributi inevasi nella gestione artigiani e commercianti afferenti a più annualità.

All'esito del giudizio il Tribunale revocava la cartella impugnata dichiarando prescritti una parte dei crediti azionati, mentre per le restanti annualità, non oggetto di contestazione, pur dichiarando fondata la domanda dell'INPS, non pronunciava sentenza di condanna a favore dell'istituto, ritenendo che, per il sistema degli artt. 13 della legge n. 448/1998, 24 e 25 del D.Lgs. n. 46/99, solo l'iscrizione a ruolo fosse valido titolo per l'esecuzione dei crediti per contributi o premi non versati, titolo destinato a essere azionato per la parte non assoggettata a revoca.

Avverso tale pronuncia l'INPS proponeva appello chiedendo che venisse riformata la sentenza con conseguente condanna dell'opponente a pagare le somme dovute per gli anni non interessati dalla prescrizione e non oggetto di contestazione, rilevando come l'opposizione a ruolo e alla cartella esattoriale introduca un ordinario giudizio di cognizione, anche per quanto risulta dal tenore dell'art. 24 D.Lgs. n. 46/99, il quale precisa che *“il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi attinenti al merito della pretesa contributiva è regolato dagli artt. 442 e seguenti c.p.c.”*.

La Corte di Appello di Genova, sulla premessa che *“la cartella esattoriale deve ritenersi un titolo esecutivo (di formazione stragiudiziale) che non può scindersi nelle varie poste: o viene confermata in toto, oppure, in caso di modifica del credito a seguito del giudizio di merito, deve essere in toto revocata e l'ente previdenziale ben potrà chiedere la condanna dell'opponente al pagamento di quelle poste (o parte di esse) di cui risulti ancora la debenza”*, in parziale riforma della sentenza impugnata revocava integralmente l'impugnata cartella e condannava il contribuente a pagare all'I.N.P.S. gli importi per i crediti non contestati nella misura indicata nella cartella medesima.

V'è da dire che sia il giudice di primo grado che quello dell'impugnazione hanno ragionato muovendo da giuste premesse in ordine alla natura giuridica del ruolo e alla tipologia del processo che scaturisce dall'opposizione al ruolo prevista dall'art. 24 del D.Lgs. n. 46/99, qualificando il primo come titolo esecutivo di formazione stragiudiziale e l'opposizione ad esso come un normale giudizio di cognizione piena in ordine alla sussistenza dell'obbligazione contributiva.

(1) Corte di Appello di Genova, Sezione per le controversie in materia di lavoro, 6 settembre 2002, depositata il 2 ottobre 2002, n. 701, Pres. Diomeda, Est. Ravera.

Tali premesse non sono poi così scontate, almeno per ciò che concerne la struttura del processo introdotto con l'opposizione a ruolo; è, infatti, di diverso avviso chi inquadra detto processo come opposizione esecutiva, ponendo l'art. 24 del D.Lgs. n. 46/99 in rapporto di specialità con il successivo art. 29 (secondo cui le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi quando si tratta di entrate dello Stato e degli altri enti pubblici non devolute alle commissioni tributarie si propongono nelle forme ordinarie), sul presupposto di fondo che l'opposizione a ruolo dia origine ad un processo di cognizione limitato alla fondatezza del titolo, verificandosi una situazione non dissimile a quella di cognizione conseguente all'opposizione all'esecuzione; giudizio questo che si conclude con una conferma totale o parziale del titolo se la opposizione è fondata (2).

Non sembra, però, possibile condividere la tesi che qualifica l'opposizione a ruolo come opposizione esecutiva.

La considerazione da cui muovere per pervenire ad un'esatta ricostruzione della tipologia del processo è che il nuovo sistema di riscossione, di natura pubblicistica, rappresentato dall'iscrizione a ruolo (che è stato preceduto da un'ulteriore novità e cioè dalla cessione dei crediti INPS ad una società cd. di cartolarizzazione — S.C.C.I. S.p.A.) è fondato sul principio di separazione fra titolarità del credito (in capo al cedente INPS e al cessionario S.C.C.I. S.p.A.) e titolarità dell'azione esecutiva in capo al concessionario del servizio di riscossione.

Tenendo a mente tale distinzione di fondo, è agevole rilevare che dalla disposizione dell'art. 24 cit., che riferisce l'opposizione esclusivamente all'iscrizione a ruolo (comma 5°), ovvero all'atto amministrativo idoneo per legge a costituire il titolo esecutivo, peraltro specificando che il giudizio è per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva ed è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile (comma 6°), rimangono estranee le contestazioni che tendano a far accertare l'indebità dell'azione nel suo esercizio in via esecutiva, quali sono quelle con cui si adducono la mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione a ruolo, l'omessa notifica della cartella esattoriale, la caducazione del titolo esecutivo a seguito di fatti estintivi sopravvenuti alla sua formazione.

Non a caso, il termine di decadenza decorso il quale all'ente previdenziale è inibito l'esercizio del potere di riscossione mediante ruoli, secondo quanto prevede l'art. 25 del D.Lgs. n. 46/99, è correlato alla data di iscrizione a ruolo e non già a quella di notificazione della cartella esattoriale, la quale, riproducendo il contenuto del ruolo (o anche di diverse iscrizioni a ruolo), con l'intimazione ad adempiere nel termine di 60 giorni, pena l'avvio della procedura di riscossione coattiva, assolve alle funzioni di notifica del titolo esecutivo e del precetto.

L'autonomia dei diversi rimedi predisposti dall'ordinamento in favore dell'intimato, a seconda che intenda contestare la situazione sostanziale del diritto di credito fatto

(2) L. Perina, in *Questioni processuali e di diritto intertemporale*, C.S.M. - Incontro di studi sul tema: "Contributi e prestazioni INPS: le problematiche di maggiore impatto qualitativo e quantitativo emerse nel recente contenzioso", Roma, 11-12 novembre 2002, pagg. 26 e 27.

valere o, piuttosto, la fase successiva dell'esecuzione del credito, si ricava anche dalla diversità dei soggetti che ne verrebbero coinvolti dal lato passivo, in ragione della speculare separazione fra titolarità del credito e titolarità dell'azione esecutiva: il cedente INPS e il cessionario S.C.C.I. S.p.A. nel giudizio di opposizione a ruolo, trattandosi dei soggetti titolari del credito esercitato a mezzo dell'iscrizione a ruolo, a conoscenza dell'accertamento da cui scaturisce la pretesa contributiva azionata; il concessionario del servizio di riscossione, quale operatore specializzato nel recupero dei crediti presso i contribuenti inadempienti, nelle opposizioni esecutive (salva la possibilità di chiamata in causa dell'ente titolare del credito quando l'opponente deduca la caducazione del titolo esecutivo a seguito di fatti estintivi sopravvenuti alla sua formazione).

Dall'anzidetto si evince che l'opposizione per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva ha ad oggetto il ruolo (*rectius*: le singole iscrizioni in esso contenute), che viene posto a base di una cognizione piena sui diritti e gli obblighi afferenti al rapporto contributivo in esso rappresentato e non può, pertanto, essere confusa con l'opposizione alla cartella, tendente, non già ad eliminare il titolo esecutivo attraverso la contestazione della situazione sostanziale del credito fatto valere, ma a far accertare l'inesistenza del diritto a procedere all'esecuzione del credito.

Chiarito l'ambito della cognizione cui dà luogo l'opposizione a ruolo *ex art.* 24 del D.Lgs n. 46/99, può passarsi ad esaminare la questione in cui si sono imbattuti i giudici del lavoro di Genova, che è quella dei rapporti fra ruolo e sentenza nel caso, peraltro molto frequente, di un accertamento che ha portato, in conclusione, a ritenere che il credito iscritto a ruolo fosse dovuto solo in parte.

La soluzione data è stata diversa, essendosi i due organi divisi sulla possibilità per il giudice di emettere sentenza di condanna per il pagamento in favore dell'INPS del credito azionato, sia pure nella minore misura risultata dovuta.

Il Giudice monocratico ha seguito la tesi negatoria, sul presupposto che, essendo l'esazione tramite il ruolo il sistema esclusivo di riscossione nel nuovo sistema introdotto dal D.Lgs. n. 46/99, l'ente previdenziale non avrebbe potuto recuperare il credito secondo le vie ordinarie dell'esecuzione forzata *ex art.* 474 c.p.c., avvalendosi della sentenza di condanna che fosse stata resa in suo favore; in tale ambito argomentativo, il decidente ha ritenuto che il credito accertato potesse essere recuperato solo azionando il ruolo per la parte non assoggettata a revoca.

Del diverso avviso che la cartella esattoriale sia un titolo esecutivo inscindibile nelle sue distinte poste, il Collegio in sede di appello, sostenendo che nel giudizio di opposizione a ruolo l'ente previdenziale possa chiedere, oltre al rigetto dell'opposizione, anche la condanna del contribuente all'adempimento dell'obbligo contributivo portato nella cartella, sia pure nella minore misura residua ancora dovuta, ha integralmente revocato l'impugnata cartella e accolto la domanda dell'istituto volta ad ottenere la condanna dell'opponente debitore alla corresponsione di quanto dovuto.

Chiariti i termini del problema e delle divergenti posizioni assunte dai giudici di Genova nei due distinti gradi di giudizio, osserva chi scrive che nessuna delle due soluzioni offerte appare invero appagante.

La prima sembra tradire una riflessione non troppo approfondita in merito sia alla

natura giuridica dell'iscrizione a ruolo, sia alla disciplina della riscossione dei crediti contributivi relativi a periodi successivi al 1° luglio 1999, che ha condotto il giudicante, rispettivamente, ad un intervenire sul ruolo con una pronuncia non corretta, di parziale revoca, e ad escludere nel vigente sistema di riscossione l'ammissibilità del recupero dei crediti nelle forme ordinarie dell'esecuzione forzata prevista dal codice di procedura civile.

In particolare, sotto il primo profilo, si osserva che se anche con riferimento ai crediti contributivi si ammette che l'iscrizione a ruolo ha natura di atto amministrativo (interno) idoneo a costituire il titolo esecutivo, quale è appunto il ruolo, argomentando *ex art. 4* della legge n. 2248/1865 si deve ritenere che non sia consentito al giudice ordinario, investito della cognizione piena sull'*an* e il *quantum* della pretesa contributiva, l'annullamento di siffatto provvedimento. Pertanto, nel caso in cui accerti l'inesistenza, in tutto o in parte, del credito vantato dall'amministrazione, il giudice non potrà che limitarsi, quanto al ruolo, ad una pronuncia di illegittimità del provvedimento (non diversamente da quanto si riteneva con riguardo alla riscossione delle imposte dirette mediante l'ingiunzione di cui al R.D. n. 639/1910 (3)).

Non sembra, infatti, potersi estendere ai procedimenti di opposizione in argomento la disposizione contenuta nell'art. 23 della legge n. 689/81, in materia di sanzioni amministrative, in forza della quale il giudice "*può rigettare l'opposizione (...) o accoglierla, annullando in tutto o in parte l'ordinanza o modificandola anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta*", per l'ovvia ragione che tale disposizione ha carattere di norma speciale, dettata per l'ordinanza ingiunzione, che, diversamente dal ruolo, ha natura di titolo esecutivo formato dall'ente creditore senza il coinvolgimento di soggetti terzi.

In definitiva e anticipando quanto induce a rilevare la decisione della Corte di Appello di Genova nel giudizio di secondo grado, non è affatto l'inscindibilità delle poste iscritte nel ruolo a limitare l'intervento del giudice su tale provvedimento, inibendogli l'esercizio del potere di annullarlo nella parte illegittima; anzi, in un caso in cui il problema era il criterio di individuazione della competenza territoriale dell'organo giudiziario al quale è devoluta la cognizione dell'opposizione *ex art. 24 cit.* allorché la cartella esattoriale impugnata sia riprodottriva di più iscrizioni a ruolo, fatte da diverse sedi provinciali dell'INPS, chi scrive ha già avuto modo di statuire espressamente che L'oggetto del giudizio di opposizione alle iscrizioni a ruolo dei crediti degli enti previdenziali (...) è scindibile per quanto attiene alle pretese creditorie relative ad obbligazioni contributive che devono essere adempiute presso diverse sedi provinciali dell'INPS (4).

Piuttosto, a condizionare l'intervento del giudice sul ruolo sono i limiti che, in generale, restringono la cognizione del giudice ordinario sull'atto amministrativo entro

(3) *Cass., sez. un. 6 giugno 1964, n. 1397, in Giust. Civ., Mass. 1964, 631; Cass. 13 ottobre 1962, n. 2973, ibidem, 1962, 1396.*

(4) Tribunale di Agrigento, ordinanza 26 marzo 2002.

l'ambito del sindacato di legittimità, precludendo all'A.G.O. di spingersi oltre la disapplicazione nel caso concreto dell'atto illegittimo.

Passando all'altro profilo non condivisibile del ragionamento sviluppato dal Giudice monocratico di Genova, si osserva che la generalizzazione della riscossione coattiva delle entrate pubbliche, sancita nell'art. 17 del D.Lgs. n. 46/99, non esclude che l'ente previdenziale, ove sia munito di un titolo idoneo a dar luogo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. all'esecuzione forzata, possa percorrere la strada di tale procedura ordinaria di soddisfacimento del proprio credito, considerato che il predetto art. 474 non rientra tra le norme espressamente abrogate dall'art. 37 del D.Lgs. n. 46.

Ciò che maggiormente colpisce, in ogni caso, della sentenza in argomento è l'approccio metodologico cui si è fatto ricorso sul piano processuale, di far dipendere il contenuto del provvedimento decisorio e, conseguentemente, l'ambito della tutela giurisdizionale del diritto fatto valere, non già dai principi e dalle norme che regolano il processo ordinario di cognizione, nel quale sono ammesse sentenze dichiarative, costitutive e di condanna, ma dalla preoccupazione, del tutto estranea alla fase di cognizione e afferente piuttosto a quella successiva di esecuzione del credito, riguardante le modalità disponibili per il creditore di soddisfacimento del suo diritto.

Nel correggere il tiro, la Corte di Appello ha richiamato la recentissima giurisprudenza della Suprema Corte (5), che ha statuito che con il giudizio di opposizione viene introdotto un ordinario processo di cognizione nel quale *“l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato nella cartella, sia pure nella minore misura residua ancora dovuta, senza che ne risulti mutata la domanda”*.

Fin qui non si può che essere d'accordo, anzi, si dirà di più. Qualora si accerti in giudizio la debenza parziale dei contributi iscritti a ruolo, il debitore opponente potrà essere condannato a pagare il minor importo dovuto senza che sia necessaria la domanda di condanna da parte dell'ente previdenziale, essendo tale domanda contenuta in quella di rigetto integrale dell'opposizione; basta considerare, per rendersene conto, che la sentenza che respinge il ricorso con il quale si tende ad eliminare il titolo esecutivo attraverso la contestazione della situazione sostanziale del diritto e che, per l'effetto, conferma il titolo esecutivo impugnato, ha natura di statuizione di condanna al relativo importo.

Peraltro, se così non fosse, ove, cioè, la domanda di condanna al pagamento della minor somma dovuta rappresentasse una domanda nuova, la stessa dovrebbe essere qualificata come domanda riconvenzionale, come tale non ammissibile da parte dell'ente impositore, il quale, sul piano processuale, nella sostanziale inversione delle parti che si realizza nel giudizio di opposizione, è attore in senso sostanziale.

Ciò che, invece, lascia perplessi è il successivo passaggio del ragionamento della Corte, ovvero che la cartella esattoriale sarebbe un titolo esecutivo che non può scin-

(5) Cass. 19.12.2001/20.4.2002, n. 5763/02, Pres. Mileo, Rel. De Luca.

dersi nelle varie poste: o viene confermata in toto oppure, in caso di modifica del credito a seguito del giudizio di merito, deve essere in toto revocata e l'ente previdenziale ben potrà chiedere la condanna dell'opponente al pagamento di quelle poste (o parte di esse) di cui risulti ancora le debenza.

A parte l'immediato rilievo che non appare corretta la pronunzia che, mutuando la formula tipica del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, dispone la revoca della cartella di pagamento, non essendo concepibile la revoca di un atto altrui, si osserva, inoltre, che l'integrale invalidazione della cartella impugnata, seguita dalla pronuncia di condanna al pagamento della debenza parziale dei contributi iscritti a ruolo, non è in rapporto di necessità con la supposta inscindibilità del titolo esecutivo nelle diverse poste in esso contenute.

Se, come si ritiene, l'opposizione non è proposta contro il ruolo, ma più esattamente contro le singole iscrizioni che esso ricomprende e nelle cui diverse poste il titolo è scindibile, allora alla sostituzione della sentenza di condanna al titolo esecutivo di formazione amministrativa, sancita dalla pronuncia in commento, si perviene, piuttosto, applicando in via analogica l'art. 653 c.p.c., che, in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, dispone che, in caso di accoglimento parziale del ricorso, il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza di condanna al pagamento del minor importo dovuto.

Il ricorso all'analogia appare, invero, del tutto compatibile con il totale silenzio dell'art. 24 D.Lgs. n. 46/99 in ordine all'esito del giudizio, in considerazione del fatto che il giudizio di opposizione a ruolo e quello di opposizione a decreto ingiuntivo sono per molti profili del tutto sovrapponibili e, prim'ancora, lo sono la fattispecie del ruolo seguito dalla notificazione della cartella esattoriale e quella del decreto ingiuntivo notificato con il pedissequo atto di precetto.

Alla stessa maniera, infatti, di quanto avviene nel procedimento per ingiunzione, nella materia contributiva il ruolo, quale atto espressivo della pretesa creditoria, che, non essendo preceduto da atti lesivi autonomamente impugnabili, svolge anche la funzione di riprodurre il contenuto dell'accertamento (6), sia pure in maniera molto scarna, nel momento in cui è seguito dal documento cartella, che assolve la funzione di notificazione del titolo esecutivo e del precetto, è idoneo sia a dar luogo ad una verifica giurisdizionale del rapporto obbligatorio azionato sotto il duplice aspetto dell'*an* e del *quantum*, ove tempestivamente impugnato, sia, altrimenti, ad acquisire l'efficacia della incontrovertibilità tipica del giudicato. D'altronde, il termine per promuovere l'opposizione è posto, oltre che per contestare i vizi relativi al procedimento di formazione del ruolo, anche per non protrarre sine die il diritto dell'intimato di mettere in discussione l'esistenza e l'entità della pretesa sostanziale portata nel titolo di formazione amministrativa; tale natura di termine decaden-

(6) In tal senso, P. Capurso, in *Le nuove controversie previdenziali sugli obblighi contributivi*, C.S.M. - Incontro di studi sul tema: "Contributi e prestazioni INPS: le problematiche di maggiore impatto qualitativo e quantitativo emerse nel recente contenzioso", Roma, 11-12 novembre 2002, pagg. 3 e 4.

ziale, pur non espressamente definita dal legislatore, è coerente con lo spirito e le finalità della riforma, di assicurare la spedita soddisfazione dei crediti contributivi attraverso misure atte a rafforzarne le possibilità di recupero, oltre che conforme alla regola dell'incontestabilità del titolo in caso di non tempestiva opposizione al provvedimento impositivo che, in passato, ha accomunato tutti i sistemi di riscossione coattiva con i quali l'amministrazione ha potuto conseguire il soddisfacimento del credito attraverso atti autoritativi emessi nell'esercizio del potere di autotutela esecutiva (in particolare, l'ordinanza ingiunzione di cui all'art. 35 legge n. 689/81 e il ruolo esattoriale secondo la disciplina prevista per le imposte dirette di cui all'art. 2 D.L. n. 338/89 conv. in l. 389/89, sulla base dell'efficacia di titoli esecutivi dei modelli DM 10) e che, nell'attuale ordinamento giuridico, vale anche per i titoli giudiziari a cognizione sommaria quale il decreto ingiuntivo.

Quanto, poi, al processo che s'incardina nella fase eventuale dell'opposizione, tanto avverso il decreto ingiuntivo quanto nei confronti del ruolo, in entrambi i casi la finalità perseguita dall'intimato è quella di eliminare il titolo esecutivo attraverso la contestazione della situazione sostanziale del diritto azionato; l'accertamento negativo della pretesa fatta valere, che ne scaturisce, comporta, sul piano processuale, la sostanziale inversione delle parti, anche per quel concerne la ripartizione degli oneri probatori, per cui il debitore opponente è convenuto in senso sostanziale e il creditore procedente, viceversa, l'attore in senso sostanziale.

In tale ambito, la provenienza della pretesa azionata in forma stragiudiziale dall'attore sostanziale, per un verso, giustifica la riduzione della pretesa medesima ove si accerti che i crediti iscritti a ruolo sono esistenti solo in parte, senza che sia necessaria la domanda espressa dell'ente per ottenere la condanna del contribuente al pagamento della minor somma dovuta (Cass, n. 5763/2002 cit.); per altro verso, giustifica l'applicazione analogica nell'opposizione a ruolo *ex art.* 24 del D.Lgs. n. 46/99 delle norme e dei principi che regolano l'opposizione a decreto ingiuntivo, consentita dalla riconducibilità dei due procedimenti al medesimo genere di giudizio di accertamento negativo del credito azionato dall'attore sostanziale e che rende assolutamente infondata, nel caso di accoglimento solo parziale dell'opposizione a ruolo, la preoccupazione di duplicare i titoli esecutivi, atteso che, ai sensi dell'art. 653 c.p.c., al titolo esecutivo di formazione stragiudiziale si sostituisce la sentenza di condanna, che diventa l'unico titolo esecutivo, eseguibile con il normale rimedio dell'esecuzione forzata *ex art.* 474 c.p.c..

In conclusione, e per una più efficace comprensione della tecnica di redazione del dispositivo della sentenza per l'ipotesi che il controllo giurisdizionale della pretesa contributiva abbia come esito l'accertamento di una debenza parziale dei crediti iscritti a ruolo, secondo il parere di chi scrive, il giudice, dichiarata l'illegittimità del ruolo emesso anche per somme non dovute e la conseguente nullità del documento cartella, formato per la notificazione di un titolo esecutivo illegittimo, anche in assenza di un'esplicita domanda del soggetto impositore volta ad ottenere la pretesa in misura ridotta, condannerà l'opponente debitore alla corresponsione in favore dell'ente previdenziale del minor importo dovuto.

Lisa Gatto
Magistrato

Invalidi civili - Indennità di frequenza della scuola dell'obbligo ai minori invalidi civili - Esclusione dell'indennità per la frequenza di asili nidi - Illegittimità costituzionale in parte qua.

Corte Costituzionale - 20/22.11.2002, n. 467 - Pres. Ruperto - Rel. Conti - Randazzo - INPS (Avv. Riccio) - Presidenza Consiglio dei Ministri (Avv. De Bellis).

È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 38 della Cost., l'art. 1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990 n. 289, che riconosce un'indennità di frequenza della scuola dell'obbligo per i minori invalidi civili, nella parte in cui non prevede che detta indennità sia concessa ai minori che frequentano l'asilo nido, sia perché l'ordinamento tende a favorire e garantire (art. 12, co. 1, legge n. 104/1992) l'inserimento degli handicappati negli asili nido, sia in quanto la frequenza di dette strutture costituisce un elemento essenziale per il recupero e il superamento della emarginazione del bambino che si trovi nelle condizioni di disabilità di cui all'art. 1 della legge 289/1990.

FATTO — 1. — Nel corso di un giudizio promosso da M. R. contro l'INPS, il Tribunale di Torino, con ordinanza del 22 ottobre 2001, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione, dell'art. 1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990, n. 289 (Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 21 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi), nella parte in cui non estende l'indennità mensile di frequenza ai minori che frequentano l'asilo nido.

Secondo il giudice *a quo* la disposizione censurata — che riconosce l'indennità mensile di frequenza “ai mutilati e invalidi civili minori di anni 18 che frequentano scuole di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, nonché centri di formazione o di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei soggetti stessi” — non può essere riferita anche ai minori frequentanti l'asilo nido, perché tale interpretazione costituirebbe una inammissibile integrazione del testo normativo, il quale non dispone in alcun modo sul punto.

La questione, a giudizio del rimettente, non è manifestamente infondata, in quanto paiono sussistere dubbi in ordine alla rispondenza della disposizione censurata, nella parte in cui non prevede l'estensione della provvidenza de qua ai minori (da 0 a 3 anni) che frequentano l'asilo nido, ai principi di solidarietà, di eguaglianza, di ragionevolezza e di effettività dell'assistenza sociale posti dagli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione.

Rileva inoltre il giudice *a quo* che la disposizione censurata rappresenta un ostacolo alla realizzazione degli obiettivi posti dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), che, nel dettare disposizioni miranti al pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di

libertà e di autonomia della persona handicappata nonché alla piena integrazione della stessa nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società, all'art. 12 stabilisce che "al bambino da 0 a 3 anni handicappato è garantito l'inserimento negli asili nido".

2. — Nel giudizio davanti a questa Corte si è costituito l'INPS, per chiedere che la questione sollevata sia dichiarata infondata.

Ad avviso dell'INPS, il legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, ha ritenuto di escludere dalla previsione del diritto all'indennità la frequenza di asili nido, dal momento che gli asili nido sono fuori dall'ordinamento scolastico e dalla previsione della scuola dell'obbligo.

A giudizio dell'INPS, peraltro, la presenza della famiglia nei primi anni di vita sarebbe essenziale e dovrebbe essere privilegiata proprio nell'ipotesi di un bambino da 0 a 3 anni invalido con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della sua età.

La scelta operata dal legislatore non sarebbe dunque irragionevole, né si porrebbe in contrasto con l'art. 38 della Costituzione, non essendo in gioco nella fattispecie in esame "la garanzia delle esigenze minime di protezione della persona" e dovendosi riconoscere al legislatore, chiamato a dare attuazione al principio di cui al predetto art. 38, un margine di discrezionalità dovuto anche alle risorse disponibili.

3. — Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per l'infondatezza della questione.

La difesa erariale precisa anzitutto che l'art. 1 della legge 11 ottobre 1990, n. 289, individua con chiarezza i beneficiari e le finalità dell'indennità di frequenza. L'indennità è infatti concessa ai minori nei cui confronti siano state accertate difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della propria età (comma 1) ed ha lo scopo — che costituisce condizione imprescindibile del suo riconoscimento — di consentire la frequenza di centri specializzati nel trattamento terapeutico o nella riabilitazione (comma 2) e di scuole di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, nonché di centri di formazione e di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei soggetti stessi (comma 3).

Il minore sino a tre anni di età ha, dunque, diritto a percepire l'indennità in esame esclusivamente nei casi di frequenza dei centri terapeutici e riabilitativi e non anche degli asili nido, non potendosi d'altra parte, a giudizio della difesa erariale, attribuire a questi ultimi, secondo la normativa vigente, le finalità di educazione e formazione del minore proprie delle scuole e delle istituzioni di formazione di cui alla richiamata legge n. 289 del 1990.

La difesa erariale non condivide, inoltre, la tesi sostenuta dal rimettente, secondo la quale la mancata estensione dell'indennità di frequenza ai bambini handicappati frequentanti asili nido rappresenterebbe un ostacolo alla realizzazione degli obiettivi posti dalla legge n. 104 del 1992, non sussistendo un rapporto di strumentalità tra le disposizioni della legge n. 289 del 1990 e le finalità perseguita dalla citata legge n. 104 del 1992, che si riferiscono esclusivamente alle persone handicappate. Le due leggi si indi-

rizzerebbero, secondo l'Avvocatura, a soggetti diversi e tutelerebbero situazioni giuridicamente distinte e comunque non coincidenti.

La scelta legislativa di non estendere l'indennità mensile di frequenza ai bambini handicappati minori di anni 3 rappresenterebbe, in conclusione, una decisione di tipo discrezionale operata con ragionevolezza dal legislatore che, pertanto, non lederebbe i valori tutelati dai precetti costituzionali invocati dal giudice *a quo*.

DIRITTO — 1. — Il Tribunale di Torino dubita della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990, n. 289 (Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 21 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi), nella parte in cui non estende l'indennità mensile di frequenza ai minori invalidi che frequentano l'asilo nido.

L'art. 1 della legge n. 289 del 1990 prevede la concessione dell'indennità di frequenza per i minori nei cui confronti siano state accertate difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della propria età (comma 1), subordinandola alla frequenza di centri specializzati nel trattamento terapeutico o nella riabilitazione e nel recupero di persone portatrici di handicap (comma 2) oppure alla frequenza di scuole di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, nonché di centri di formazione e di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei soggetti stessi (comma 3).

La questione di legittimità costituzionale riguarda il solo comma 3 della legge richiamata, nella parte in cui non estende la provvidenza in parola anche ai minori invalidi che frequentano l'asilo nido (e che non frequentino i centri di formazione di cui sopra).

La *ratio* di siffatta esclusione è tra l'altro rinvenuta, dalla difesa erariale, nella pretesa assenza di quelle finalità di educazione e formazione che caratterizzerebbero invece le scuole e le istituzioni di formazione di cui al richiamato art. 1 della legge n. 289 del 1990. In questo quadro, che annette agli asili nido una funzione di mera custodia dei bambini, la mancata concessione della provvidenza potrebbe anche essere giustificata, come sostenuto dall'INPS, in ragione del fatto che la presenza nella famiglia nei primi anni di vita sarebbe essenziale e dovrebbe essere privilegiata proprio nell'ipotesi di un bambino di età inferiore ai tre anni con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della sua età.

La mancata estensione della indennità di frequenza ai minori invalidi che frequentano l'asilo nido sarebbe invece in contrasto, secondo il rimettente, con i principi di solidarietà, di eguaglianza, di ragionevolezza e di effettività dell'assistenza sociale posti dagli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione.

2. — La questione è fondata.

Il servizio fornito dall'asilo nido non si riduce ad una funzione di sostegno alle famiglie nella cura dei figli o di mero supporto per facilitare l'accesso dei genitori al lavoro, ma comprende anche finalità formative, essendo rivolto a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino. Le finalità di educazione e

formazione sono peraltro confermate a livello normativo, essendo ora gli asili nido riconosciuti come “strutture dirette a garantire la formazione e la socializzazione delle bambine e dei bambini di età compresa tra i tre mesi e i tre anni ed a sostenere le famiglie e i genitori” (art. 70 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato — legge finanziaria per il 2002”).

La funzione di favorire lo sviluppo della personalità del bambino assume dunque una caratterizzazione particolare rispetto ai bambini di età inferiore ai tre anni con difficoltà a socializzare. Tanto è vero che il legislatore ha ritenuto di dover “garantire” al bambino da 0 a 3 anni handicappato l’inserimento negli asili nido (art. 12, primo comma, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, “Legge quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”).

L’esclusione della provvidenza economica per l’ipotesi dei bambini di età inferiore ai tre anni contraddistinti dalle difficoltà sopra descritte non trova, quindi, alcuna giustificazione nell’ordinamento che, anzi, espressamente riconosce e tende a favorire l’inserimento degli handicappati nelle suddette strutture, considerandole come dirette a garantire la formazione e la socializzazione.

3. — Analogamente a quanto affermato da questa Corte con riferimento alla frequenza scolastica, può ben dirsi che, insieme alle pratiche di cura e riabilitazione e al proficuo inserimento nella famiglia, la frequenza dell’asilo nido sia un essenziale fattore per il “recupero” del bambino che si trovi nelle condizioni di disabilità descritte dall’art. 1 della legge n. 289 del 1990, nonché per il “superamento della sua emarginazione, in un complesso intreccio in cui ciascuno di tali elementi interagisce sull’altro e, se ha evoluzione positiva, può operare in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità” (sentenza n. 215 del 1987).

Se l’arricchimento e l’integrazione nella scuola possono dirsi “funzionali ad un più pieno inserimento dell’handicappato nella società e nel mondo del lavoro” (sentenza n. 215 del 1987), la formazione e la socializzazione soddisfatte sin dai primi mesi di vita attraverso la partecipazione all’asilo nido si appalesano funzionali proprio ad un pieno e proficuo inserimento del bambino nella scuola, la cui frequenza è assicurata e favorita con le provvidenze economiche previste dalla disposizione censurata.

4. — L’esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli, che ha trovato traduzione anche nella giurisprudenza di questa Corte con particolare riferimento ai minori invalidi (sentenze n. 106 del 1992 e n. 88 del 1993), e la assimilazione, ad opera della legislazione ordinaria, delle finalità di formazione e socializzazione perseguite dagli asili nido rispetto a quelle propriamente riconosciute alle istituzioni scolastiche — che peraltro non implica di per sé l’inserimento delle suddette strutture nell’ordinamento scolastico — rendono incostituzionale l’esclusione operata dalla disposizione censurata, in quanto lesiva dei principi di cui agli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione, invocati come parametri dal giudice rimettente.

(*Omissis*)

INVALIDITÀ CIVILE E HANDICAP NEI MINORI: RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA N. 467/2002 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Sommario: 1. - La fattispecie. 2. - L'indennità di frequenza. 3. - Le questioni al vaglio della Corte Costituzionale. 4. - Le argomentazioni della Corte. 5. - I precedenti della Corte Costituzionale. 6. - La funzione delle provvidenze economiche in relazione all'età e alla nozione evolutiva di invalidità civile. 7. - Altre pronunce recenti della Corte Costituzionale.

1. — La fattispecie.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 467/2002 arricchisce in modo evolutivo la materia dell'invalidità civile, da decenni all'attenzione del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina.

La pronuncia origina dall'ordinanza del 22 ottobre 2001 del Tribunale di Torino che ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione, dell'art. 1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990, n. 289 (Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 21 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi), nella parte in cui non estende l'indennità mensile di frequenza ai minori che frequentano l'asilo nido.

L'art. 1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990, n. 289 riconosce l'indennità mensile di frequenza "ai mutilati e invalidi civili minori di anni 18 che frequentano scuole di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, nonché centri di formazione o di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei soggetti stessi".

Con la sentenza che si passa in rassegna, la Corte ha accolto l'eccezione di incostituzionalità e per l'effetto ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990, n. 289 nella parte in cui non prevede che l'indennità mensile di frequenza sia concessa anche ai minori che frequentano l'asilo nido.

Prima di affrontare le questioni al vaglio della Corte Costituzionale, appare utile un breve *exkursus* della normativa.

2. — L'indennità di frequenza.

L'art. 17 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (in Gazz. Uff., 2 aprile, n. 82). — Conversione

in legge del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili (1) — prevedeva in favore dei minori degli anni diciotto invalidi riconosciuti non deambulanti dalle commissioni sanitarie e che non godessero di redditi superiori a quello previsto per la concessione dell'assegno di invalidità parziale di cui all'art. 13 della legge n. 118 del 1971, la corresponsione di un assegno di accompagnamento.

La finalità di tale assegno era quello di sopperire alle necessità dei minori non autosufficienti di frequentare la scuola dell'obbligo e i corsi di addestramento o i centri ambulatoriali per il recupero.

Tale norma si inseriva in un contesto normativo in cui ancora l'indennità di accompagnamento non era prevista per i minori di anni diciotto.

Con l'entrata in vigore della Legge 11 febbraio 1980, n. 18 (in Gazz. Uff., 14 febbraio, n. 44). — Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili (2) — fu prevista la concessione dell'indennità di accompagnamento agli invalidi civili minori degli anni diciotto (art. 1, comma 2).

Successivamente con l'art. 6 della Legge 21 novembre 1988, n. 508 (in Gazz. Uff., 25 novembre, n. 277). — Norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti —, si abrogò l'art. 17 della legge n. 118 del 1971, sul presupposto di una duplicazione del medesimo beneficio poi riconosciuto dalla citata Legge n. 18 del 1980.

Circa la portata dell'indennità di accompagnamento con riferimento ai minori, era sorta la questione se la stessa potesse essere concessa ai soggetti in tenerissima età, in considerazione del fatto che il minore avrebbe comunque avuto bisogno di assistenza continua, anche se sano.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi (3), riconobbe che la situazione d'inabilità (impossibilità di deambulare senza l'aiuto di un accompagnatore o necessità di assistenza continua per impossibilità di compiere gli atti quotidiani della vita), necessaria per l'attribuzione dell'indennità di accompagnamento *ex art. 1 l. n. 18 del 1980*, può configurarsi anche con riguardo a bambini in tenera età, ancorché questi, per il solo fatto di essere tali abbisognino comunque di assistenza, atteso che la legge, la quale attribuisce il diritto anche ai minori degli anni diciotto, non pone un limite minimo di età e tenuto conto che detti bambini possono trovarsi in uno stato tale da comportare, per le condizioni patologiche del soggetto (nella specie, bambino — deceduto a meno di due anni — affetto da leucosi acuta), la necessità di un'assistenza diversa, per forme e tempi di esplicazione, da quella occorrente ad un bambino sano.

Con la Legge 11 ottobre 1990, n. 289 (in Gazz. Uff., 17 ottobre, n. 243). — Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla l. 21 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli

(1) Legge abrogata dall'art. 30, l. 8 novembre 2000, n. 328, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto legislativo previsto dall'art. 24, l. 328/2000.

(2) Legge abrogata dall'art. 30, l. 8 novembre 2000, n. 328, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto legislativo previsto dall'art. 24, l. 328/2000.

(3) Cass., sez. un., 24-10-1991, n. 11329.

invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi — è stata istituita in favore dei minori di anni diciotto la c.d. indennità di frequenza (4).

L'art. 1 della suddetta legge così recita.

“Ai mutilati ed invalidi civili minori di anni 18, cui siano state riconosciute dalle commissioni mediche periferiche per le pensioni di guerra e di invalidità civile difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della propria età, nonché ai minori ipoacusici che presentino una perdita uditiva superiore ai 60 decibel nell'orecchio migliore nelle frequenze di 500, 1.000, 2.000 hertz, è concessa, per il ricorso continuo o anche periodico a trattamenti riabilitativi o terapeutici a seguito della loro minorazione, una indennità mensile di frequenza di importo pari all'assegno di cui all'articolo 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118, e successive modificazioni, a decorrere dal 1° settembre 1990.

La concessione dell'indennità di cui al comma 1 è subordinata alla frequenza continua o anche periodica di centri ambulatoriali o di centri diurni, anche di tipo semiresidenziale, pubblici o privati, purché operanti in regime convenzionale, specializzati nel trattamento terapeutico o nella riabilitazione e nel recupero di persone portatrici di handicap.

L'indennità mensile di frequenza è altresì concessa ai mutilati ed invalidi civili minori di anni 18 che frequentano scuole, pubbliche o private, di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, nonché centri di formazione o di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei soggetti stessi.

Il requisito della frequenza continua o anche periodica, nonché la condizione di cui al comma 1, sono richiesti anche per i minori che si trovino nelle condizioni indicate al comma 3.

L'indennità mensile di frequenza è erogata alle medesime condizioni reddituali dell'assegno di cui al comma 1 e ad essa si applica il medesimo sistema di perequazione automatica”.

L'erogazione dell'assegno di frequenza in favore dei minori invalidi è dunque subordinato alla sussistenza, in via alternativa, dei requisiti previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 1 della citata legge. Ed infatti, il comma 1 attribuisce il diritto alle provvidenze in questione agli invalidi civili, minori di anni diciotto, cui siano state riconosciute dalle commissioni mediche periferiche per le pensioni di invalidità civile difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della propria età, ai quali è concessa una indennità mensile di frequenza per il ricorso, continuo o periodico, a trattamenti riabilitativi o terapeutici a seguito della minorazione da cui sono affetti, indennità la cui erogazione è condizionata alla frequenza di centri ambulatoriali, o di centri diurni, anche di tipo semiresidenziale, pubblici o privati, purché operanti in regime convenzionale, specializzati nel trattamento terapeutico o nella riabilitazione, e nel recupero di persone portatrici di handicap; mentre il comma 2 attribuisce agli invalidi civili

(4) F.NISTICO*, Appunti in tema di prestazioni non regionali in favore degli invalidi civili, in *Inf. Prev.*, 2000, 688.

minori di anni diciotto, che frequentino scuole, pubbliche o private, di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, nonché centri di formazione o addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale degli stessi, il diritto a fruire della indennità mensile di frequenza, che configura una fattispecie diversa dalla prima, in quanto attinente ad un diverso presupposto e ad una differente situazione (5).

L'accertamento della insussistenza del requisito della frequenza comporta la revoca del beneficio (art. 2, comma 4, L. cit.).

L'indennità, erogata alle medesime condizioni reddituali dell'assegno mensile, è concessa per i soli periodi di effettiva frequenza del centro e della scuola (art. 2, comma 3, L. cit.) (6).

L'indennità di frequenza è incompatibile con qualsiasi forma di ricovero e con il trattamento di accompagnamento, nonché con la indennità in favore dei ciechi parziali o l'indennità di comunicazione in favore dei sordi prelinguanti, fatta salva la facoltà di opzione per il trattamento più favorevole (art. 3, L. cit.).

A seguito dell'abrogazione del citato art. 17 della legge n. 118 del 1971, e prima della istituzione del c.d. assegno di frequenza da parte della legge n. 289 del 1990, si vennero a privare del beneficio economico i minori che non si trovavano nelle condizioni per l'indennità di accompagnamento introdotta dalla legge n. 18 del 1980, ma ugualmente bisognosi di assistenza finalizzata al loro percorso formativo.

Sulla questione è intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n. 106/1992 che ha ritenuto illegittimo l'art. 6 della legge 21 novembre 1988 n. 508 nella parte in cui non prevede l'erogazione dell'assegno di accompagnamento ai minori mutilati e invalidi civili riconosciuti non deambulanti e frequentanti la scuola dell'obbligo fino alla data di entrata in vigore della legge 289 del 1990 (7).

Tale impianto normativo tuttavia lasciava sfornito di tutela economica l'arco temporale (0 - 3 anni) relativo alla frequenza dell'asilo nido da parte del minore.

Secondo l'interpretazione più consolidata, veniva esclusa la concessione della prestazione ai bambini fino a tre anni con disabilità frequentanti l'asilo nido, sostenendo che il nido non è da considerarsi né una scuola né un centro di riabilitazione.

La questione sottoposta all'esame della Corte Costituzionale attiene dunque all'e-

(5) Cassazione civile sez. lav., 17 agosto 2001, n. 11159 in Giust. civ. Mass. 2001, 1603.

(6) Per il 2003 l'indennità ammonta a 223,90 euro mensili; il reddito annuale non deve essere superiore a 3.846,05 euro (Fonte INPS).

(7) L'assegno di accompagnamento previsto (in favore di mutilati ed invalidi civili infradiciottenni e non deambulanti che frequentino la scuola dell'obbligo o corsi di addestramento) dall'art. 17 l. 30 marzo 1971 n. 118, abrogato dall'art. 6 l. 21 novembre 1988 n. 508, va erogato - ai sensi della sentenza della corte costituzionale n. 106 del 1992, dichiarativa della parziale illegittimità costituzionale del citato art. 6 - fino alla data di entrata in vigore della l. 11 ottobre 1990 n. 289, istitutiva dell'indennità di frequenza. Cass. Sez. Lav. 1.2.95 in Foro it., Rep. 1995, voce Invalidi civili e di guerra, n. 27;

L'iscrizione e la frequenza di una scuola elementare pubblica costituiscono condizione necessaria e sufficiente per la concessione dell'indennità di frequenza; a seguito della sentenza della corte costituzionale n. 106/1992, il vuoto normativo fra la l. n. 508/1988 e 289/1990 va colmato mediante il riconoscimento *medio tempore* dell'assegno di accompagnamento. T. Firenze, 25-10-1995 in Foro it., Rep. 1996, voce Invalidi civili e di guerra, n. 39.

stensione dell'indennità di frequenza ai minori frequentanti gli asili nido, rispetto ai quali la lettera della norma nulla dispone, contravvenendo, secondo la prospettazione del giudice remittente, ai principi di solidarietà, di uguaglianza, di ragionevolezza e di effettività dell'assistenza sociale, posti dagli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione.

3. — *Le questioni al vaglio della Corte Costituzionale.*

Dalla lettura della sentenza, emergono dunque le questioni prospettate alla Corte Costituzionale.

Il Giudice *a quo* ha rilevato che la disposizione censurata rappresenta un ostacolo alla realizzazione degli obiettivi posti dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), che, nel dettare disposizioni miranti al pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata nonché alla piena integrazione della stessa nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società, all'art. 12 stabilisce che "al bambino da 0 a 3 anni handicappato è garantito l'inserimento negli asili nido".

L'INPS, nel chiedere che la questione sollevata fosse dichiarata infondata, ha evidenziato che la scelta operata dal legislatore di escludere dalla previsione del diritto all'indennità la frequenza di asili nido non sarebbe irragionevole, né si porrebbe in contrasto con l'art. 38 della Costituzione, non essendo in gioco nella fattispecie in esame "la garanzia delle esigenze minime di protezione della persona" e dovendosi riconoscere al legislatore, chiamato a dare attuazione al principio di cui al predetto art. 38, un margine di discrezionalità dovuto anche alle risorse disponibili. Peraltro, la presenza della famiglia nei primi anni di vita sarebbe essenziale e dovrebbe essere privilegiata proprio nell'ipotesi di un bambino da 0 a 3 anni invalido con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della sua età.

L'Avvocatura dello Stato ha precisato che il minore sino a tre anni di età ha diritto a percepire l'indennità in esame esclusivamente nei casi di frequenza dei centri terapeutici e riabilitativi e non anche degli asili nido, non potendosi attribuire a questi ultimi, secondo la normativa vigente, le finalità di educazione e formazione del minore proprie delle scuole e delle istituzioni di formazione di cui alla richiamata legge n. 289 del 1990. Ha inoltre aggiunto di non condividere la tesi sostenuta dal remittente, secondo la quale la mancata estensione dell'indennità di frequenza ai bambini handicappati frequentanti asili nido rappresenterebbe un ostacolo alla realizzazione degli obiettivi posti dalla legge n. 104 del 1992, non sussistendo un rapporto di strumentalità tra le disposizioni della legge n. 289 del 1990 e le finalità perseguite dalla citata legge n. 104 del 1992, che si riferiscono esclusivamente alle persone handicappate. Le due leggi si indizzerebbero, secondo l'Avvocatura, a soggetti diversi e tutelerebbero situazioni giuridicamente distinte e comunque non coincidenti.

4. — *Le argomentazioni della Corte.*

La Corte Costituzionale, ritiene fondata la questione di costituzionalità prospettata e perviene dunque alla declaratoria di illegittimità parziale della norma censurata, argomentando da un lato sulla funzione degli asili nido, dall'altro su una sorta di sovrapposizione al minore invalido da 0 a 3 anni di cui alla citata legge della figura dell'handicappato, così come delineata dalla legge 104 del 1992.

Quanto agli asili nido, la Corte chiarisce che il servizio fornito dagli stessi non si riduce ad una funzione di sostegno alle famiglie nella cura dei figli o di mero supporto per facilitare l'accesso dei genitori al lavoro, ma comprende anche finalità formative, essendo rivolto a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino.

La Corte richiama l'art. 70 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, — Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria per il 2002 — a conferma normativa delle finalità di educazione e formazione degli asili nido, essendo gli stessi riconosciuti come “strutture dirette a garantire la formazione e la socializzazione delle bambine e dei bambini di età compresa tra i tre mesi e i tre anni ed a sostenere le famiglie e i genitori”.

La Corte riporta inoltre l'art. 12, comma primo, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, — Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate — con cui il legislatore ha inteso “garantire” al bambino da 0 a 3 anni handicappato l'inserimento negli asili nido, a riprova che la funzione di favorire lo sviluppo della personalità del bambino assume una caratterizzazione particolare rispetto ai bambini di età inferiore ai tre anni con difficoltà a socializzare.

La Corte chiarisce che, così come l'apprendimento e l'integrazione nella scuola possono dirsi “funzionali ad un più pieno inserimento dell'handicappato nella società e nel mondo del lavoro”, la formazione e la socializzazione soddisfatte sin dai primi mesi di vita attraverso la partecipazione all'asilo nido si appalesano funzionali proprio ad un pieno e proficuo inserimento del bambino nella scuola, la cui frequenza è assicurata e favorita con le provvidenze economiche previste dalla disposizione censurata.

5. — *I precedenti della Corte Costituzionale.*

Nel corpo della Sentenza, la Corte richiama altre pronunce di costituzionalità e precisamente la sentenza n. 215/1987, la sentenza n. 106/1992 e la sentenza n. 88/1993.

La sentenza 215/1987 viene esplicitamente menzionata con riferimento alla frequenza scolastica che, insieme alle pratiche di cura e riabilitazione e al proficuo inserimento nella famiglia, costituisce un essenziale fattore per il “recupero” del bambino che si trovi nelle condizioni di disabilità descritte dall'art. 1 della legge n. 289 del

1990, nonché per il “superamento della sua emarginazione, in un complesso intreccio in cui ciascuno di tali elementi interagisce sull’altro e, se ha evoluzione positiva, può operare in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità”.

La sentenza 106/1992, come sopra evidenziato, aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 6 della legge 21 novembre 1988, n. 508 (Norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti), nella parte in cui non aveva previsto l’erogazione dell’assegno di accompagnamento fino alla data di entrata in vigore della legge 11 ottobre 1990, n. 289.

Si ricorda che l’art. 6 della legge 21 novembre 1988, n. 508, nella vigenza dell’art 1, comma 2 della Legge n. 18 del 1980, che prevedeva la concessione dell’indennità di accompagnamento agli invalidi civili minori di anni diciotto, aveva abrogato l’art. 17 della legge 30 marzo 1971, n. 118 istitutivo all’assegno di accompagnamento ai minori mutilati ed invalidi civili riconosciuti non deambulanti.

Il soppresso assegno di accompagnamento veniva concesso per ciascun anno di frequenza della scuola dell’obbligo, di corsi di addestramento, ovvero di centri ambulatoriali.

La Corte, rilevato che la provvidenza in questione era ormai elemento intrinseco della complessa disciplina dell’invalidità civile, aveva ritenuto che la perdita della stessa, nell’arco di tempo compreso tra il precedente ed il nuovo regime, contrastava con la duplice garanzia del diritto all’educazione ed all’avviamento professionale, posta dal Costituente nel terzo comma dell’art. 38, nonché con il precetto contenuto nel comma successivo, da interpretarsi come doverosità di ogni misura — di integrazione e sostegno — volta a rendere effettivo tale diritto (cfr. sentenza n. 215 del 1987).

La sentenza 88/1993 riguardava invece l’indennità di accompagnamento ai ciechi assoluti minori degli anni diciotto.

La Corte di Cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 della legge 28 marzo 1968, n. 406, in riferimento all’art. 8 della legge 10 febbraio 1962, n. 66 ed all’art. 14 *septies* della legge 25 febbraio 1980, n. 33, nella parte in cui la norma suddetta non aveva attribuito l’indennità di accompagnamento ai ciechi assoluti minori degli anni diciotto.

Tale questione era circoscritta al periodo di tempo anteriore all’applicabilità della legge 21 novembre 1988, n. 508 (la quale ha poi riconosciuto l’indennità di accompagnamento anche ai minori ciechi assoluti).

La Corte Costituzionale ha rilevato tra l’altro che proprio per il minore degli anni diciotto la particolare forma di aiuto e tutela cui è preordinata l’indennità di accompagnamento assume una specifica valenza che, sotto alcuni profili, si rivela finanche maggiore che per il maggiorenne, ove si consideri che nella prima età si svolge la fase essenziale ed irripetibile della vita ai fini della formazione della personalità umana, e che solo un adeguato inizio e sviluppo di tale fase può poi garantire al minore un appropriato inserimento nella vita sociale e nel lavoro.

Pertanto la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 1 della legge 28 marzo 1968, n. 406 “Norme per la concessione di una indennità di accompagnamento ai ciechi assoluti assistiti dall’Opera nazionale ciechi civili”, nella parte in cui non pre-

vede la corresponsione dell'indennità di accompagnamento predetta, ai ciechi assoluti minori degli anni diciotto.

6. — *La funzione delle provvidenze economiche in relazione all'età e alla nozione evolutiva di invalidità civile.*

Accanto alle forme di tutela previdenziale previste per i lavoratori che possano vantare requisiti assicurativi e contributivi, il nostro ordinamento prevede altre forme di tutela economica di natura assistenziale a favore di tutti i cittadini ed equiparati che a causa delle patologie di cui sono affetti e purché non superino determinate soglie di reddito, sono considerati invalidi civili (8).

L'invalido civile è altresì destinatario di un gran numero di norme che comportano una diversa definizione del soggetto tutelato, in relazione alle diverse finalità perseguite dal legislatore (9).

Ai fini della tutela economica, la nozione è ricavabile dalla Legge 30 marzo 1971 n. 118, che ha istituito la prima forma generale di tutela economica a favore degli invalidi civili, come soggetti fruitori *ex art.* 38, comma 1, Cost., dell'assistenza sociale (10).

L'art. 2, comma 1, della L. 118 del 1971, come modificato dall'art. 6 del decreto legislativo 23 novembre 1988 n. 509, espressamente qualifica come invalidi civili "i cittadini affetti da minorazioni congenite o acquisite, anche a carattere progressivo, compresi gli irregolari psichici per oligofrenie di carattere organico e dismetabolico, insufficienze mentali derivanti da difetti sensoriali e funzionali che abbiano subito una riduzione permanente della capacità lavorativa o, se minori di anni diciotto, che abbiano difficoltà persistenti a svolgere funzioni e compiti della loro età".

Si precisa che per "capacità lavorativa" è da intendersi la capacità lavorativa generica normalmente posseduta da soggetti in età lavorativa compresa tra i 18 e i 65 anni.

I minori sono considerati invalidi qualora il loro stato determini "difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età".

Gli anziani ultrasessantacinquenni, "ai soli fini dell'assistenza socio-sanitaria e della concessione dell'indennità di accompagnamento, si considerano mutilati e invalidi qualora abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età" (art. 6, D.Lgs. 23 novembre 1988 n. 509 che ha modificato la L. 118/1971 e la L. 11 febbraio 1980 n. 18 istitutiva dell'indennità di accompagnamento).

(8) I. MAIO, La tutela degli invalidi e dei minorati civili, dattiloscritto, agli atti del convegno CSM-INPS, Roma, 11-12 Novembre.

(9) C. A. NICOLINI, Dall'invalido di Stato allo *status* di invalido, dattiloscritto, agli atti del convegno CSM-INPS, Roma, 11-12 Novembre.

(10) F. NISTICÒ, Chi è l'invalido civile: alla ricerca di una possibile definizione sistematica in attesa della riforma, in *Inf. Prev.*, 2000, 20.

La legge 11 ottobre 1990 n. 289 adopera una tecnica definitoria “difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della propria età” che richiama quella della citata legge n. 118 del 1971 (11) e, in sostanza, ripristina il soppresso beneficio denominandolo “indennità di frequenza” (estesa, quest’ultima, alle scuole pubbliche o private — di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna — nonché a centri di formazione od addestramento professionale, finalizzati al reinserimento sociale).

La frequenza dei centri terapeutici o di riabilitazione o delle scuole e centri di formazione o addestramento professionale, di cui ai commi 2 e 3 dell’articolo citato, rappresenta, al pari del requisito fisiopsichico, di cui al comma 1, un elemento costitutivo per l’insorgenza del diritto a tale prestazione (12).

Si può notare che nei confronti nei minori invalidi, come anche degli invalidi ultrasessantacinquenni, le prestazioni economiche riconosciute dall’ordinamento non integrano la perdita della capacità lavorativa che non si è ancora maturata ovvero si è definitivamente persa, bensì realizzano la mera tutela dal bisogno, secondo una prospettiva economica di diritto al mantenimento.

Si apprezza dunque una nozione di invalidità civile, che non è ricollegata alla perdita della capacità lavorativa generica, bensì comporta l’accertamento dei “persistenti difficoltà a svolgere funzioni e compiti della propria età”.

Il legislatore è poi intervenuto per indicare i criteri medico legali di valutazione percentuale del grado di invalidità, introducendo con gli artt. 1/3 del D.Lgs. 23 novembre 1988 n. 509 e del decreto attuativo del Ministero della Sanità 5 febbraio 1992 un sistema tabellare di valutazione, sulla base della classificazione internazionale delle menomazioni elaborata dall’OMS (Organizzazione Mondiale Sanità).

Tale tabella fa riferimento alla capacità di lavoro generico, con possibilità di variazioni non superiori a 5 punti percentuali a seconda dell’incidenza delle menomazioni sulle occupazioni confacenti alle attitudini del soggetto e sulla capacità lavorativa specifica.

Per i minori e gli ultrasessantacinquenni viene richiesta non una percentuale, ma una valutazione qualitativa sulle difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie dell’età, salvo poi la necessità di esprimere una percentuale per l’erogazione dei benefici collaterali.

Gli interventi normativi in materia di invalidità civile sono stati ripetuti.

Da una parte, ha tentato di adeguare gli strumenti dell’assistenza sociale *ex art.* 38 della Cost. alla mutata sensibilità attraverso cui si apprezza la tutela dal bisogno, la quale viene oggi considerata non più solo nell’ottica meramente economica, ma nella

(11) L’art. 1 l. n. 289 del 1990, nel prevedere il diritto all’indennità mensile di frequenza nel caso di frequentazione continuativa o periodica di centri ospedalieri, presuppone l’esistenza di uno stato di malattia di durata circoscritta nel tempo, che non è incompatibile con l’ulteriore requisito coesistenziale ma non esclusivo, della “persistenza” delle difficoltà a compiere i compiti e le funzioni proprie dell’età (nella specie, è stata cassata la sentenza di merito la quale aveva escluso integrare il requisito delle “persistenti” difficoltà previsto dalla norma la situazione del minore che aveva seguito terapia chemioterapica con ricovero giornaliero per un periodo di tempo limitato). Cass., sez. lav., 01-03-1999, n. 1705 in Foro it., Rep. 1999, voce Invalidi civili e di guerra, n. 34.

(12) Cassazione civile sez. lav., 13 marzo 2001, n. 3629, Giust. civ. Mass. 2001, 469.

più ampia prospettiva di rimozione di quelle condizioni di disparità che impediscono la piena attuazione di quei fondamentali diritti nei quali si esplica la personalità umana, così realizzando forme di tutela della vita personale e relazionale che meglio si adattano alla complessiva dignità della persona.

Dall'altra ha tentato di porre un freno alle speculazioni che si sono registrate nella materia, oltre che tentare di contenere e risanare il debito pubblico, di cui la componente pensionistica costituisce una parte sostanziale.

Intorno agli anni novanta, al fine di approntare una tutela più completa al soggetto protetto, avuto riguardo non solo alla menomazione delle capacità lavorative dell'individuo, ma anche all'incidenza sulla vita di relazione, l'ordinamento ha affiancato alla nozione di invalido civile anche quella di persona Handicapata.

La legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone Handicappate del 5 febbraio 1992 n. 104 definisce persona handicappata quella che presenta "una minorazione fisica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione" (art. 3 L. cit.).

La qualificazione dell'handicap di cui alla L. 104 del 1992, è dunque più ampia e opera in una prospettiva diversa rispetto a quella di invalidità civile di cui alla legge n. 118 del 1971, mentre può ritenersi più vicina alla definizione prevista per l'indennità di frequenza e di accompagnamento.

Il concetto di handicap, a differenza di quello di invalidità civile, comprende non solo l'incidenza della situazione di svantaggio sulla capacità lavorativa, ma anche sulla vita di relazione del soggetto, nei contesti in cui lo stesso dovrebbe essere inserito (famiglia, scuola lavoro, società). Considera cioè la potenzialità della persona in senso lato e non solo sotto il profilo lavorativo - occupazionale.

Si segnala inoltre l'art. 3, comma 3 della Legge 8 agosto 1995, n. 335 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 16 agosto, n. 190) con cui il Parlamento conferiva la delega al Governo della Repubblica ad emanare uno o più decreti, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, recanti norme volte a riordinare il sistema delle prestazioni previdenziali ed assistenziali di invalidità e inabilità, sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi: a) armonizzazione dei requisiti medico-sanitari e dei relativi criteri di riconoscimento con riferimento alla definizione di persona handicappata introdotta dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104; (*omissis*).

A partire dalla legge 104 del 1992, fino alla legge di riforma dell'assistenza n. 328 del 2000, si registra lo sforzo di operare un mutamento dei meccanismi giuridici di attuazione delle tutele, che non vengono rivolte alla generalità delle singole categorie svantaggiate, ma hanno di mira interventi personalizzati, diretti alla inclusione piuttosto che alla mera assistenza.

A causa della limitatezza delle risorse e secondo una mutata sensibilità dello Stato Sociale, si tenta di ridurre e razionalizzare l'area della mera garanzia del reddito, per aumentare quella del cosiddetto *welfare* delle opportunità, rafforzando gli strumenti di promozione dell'inserimento e dell'integrazione nel mondo del lavoro.

Questo nuovo approccio comporta una differenziazione delle forme di assistenza e

ha di mira in particolare la popolazione giovanile in cui si cerca di concentrare lo sforzo economico nella direzione dei servizi di orientamento e formazione (13).

7. — *Altre pronunce recenti della Corte Costituzionale.*

Appare utile richiamare due recenti pronunce della Corte Costituzionale, relative a fattispecie che riguardano l'inserimento scolastico dell'invalide, in cui è dato cogliere la espansione del concetto di invalidità civile verso quello più ampio di handicap, nonché il rilievo che la Corte riconosce all'inserimento scolastico ai fini dell'integrazione sociale del soggetto svantaggiato, in una prospettiva che dimostra un progressivo abbandono del vecchio principio di assistenza.

Più precisamente si tratta delle sentenze n. 329/2002 e 226/2001.

Con la Sentenza n. 329/2002 la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 13, comma 1, della legge n. 118 del 1971.

L'articolo 13 della legge n° 118/71 stabilisce che l'invalide parziale, per accedere all'assegno mensile, deve dimostrare di essere incollocato al lavoro tramite l'iscrizione alla lista speciale del collocamento obbligatorio.

Tale condizione è stata peraltro ritenuta requisito costitutivo del diritto alla prestazione economica dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n° 203/92.

Con ordinanza del 1° giugno 2001, il Tribunale di Lucca ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2 e 3, secondo comma, 31, primo comma, 32, 34 e 38, terzo comma, della Costituzione, dell'art. 13, primo comma, della legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del decreto legge 30 gennaio 1971 e nuove norme in favore di mutilati e invalidi civili), nella parte in cui non prevede il diritto all'assegno per gli studenti maggiorenni invalidi parziali frequentanti un regolare corso di studi e non iscritti alle liste del collocamento obbligatorio.

Secondo il Tribunale di Lucca, la norma censurata non permetterebbe la piena realizzazione della personalità del soggetto disabile, ostacolandone l'accrescimento culturale e professionale che la frequenza scolastica offre, e costringerebbe il soggetto, al fine di evitare il pregiudizio economico, ad abbandonare gli studi e le relative prospettive professionali, con lesione del diritto all'educazione e alla formazione professionale.

La Corte Costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha ritenuto la questione impugnata infondata, rilevando però che la norma debba essere interpretata applicando i criteri che ampliano il significato finora attribuito alla nozione di "incollocazione" e che deve essere letto come comprensivo dell'ipotesi della frequenza scolastica, che pertanto costituisce condizione per l'erogazione dell'assegno mensile,

(13) T.TREU, Lineamenti per una riforma dello stato sociale, Riv. Giur. del lav. e della Prev. Soc., 1997, n. 1, pag. 3.

dovento l'invalido provare la ricorrenza dello stato di incollocazione attraverso il certificato di frequenza scolastica.

La stessa Corte, nella ricostruzione dell'istituto, si riporta indifferentemente alle nozioni di disabilità, handicap e invalidità.

“Le persone disabili che frequentano la scuola percepiscono, fino all'età di diciotto anni e ricorrendo determinate condizioni reddituali, l'indennità di frequenza (art. 1, comma 3, della legge 11 ottobre 1990, n. 289) oltre questo limite è prevista la corresponsione di un assegno mensile, a condizione che la persona sia “incollocata” al lavoro”.

Ciò premesso, la Corte prospetta una interpretazione diversa da quella prospettata nell'ordinanza di rimessione che sia conforme a Costituzione, tenuto conto della particolare condizione del soggetto che intenda proseguire il corso degli studi e in linea con lo spirito della legislazione più recente rivolta alla valorizzazione della capacità lavorativa residua dei disabili attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato, nel più ampio quadro della promozione dell'inserimento e della integrazione lavorativa di questi soggetti.

Con la sentenza n. 226/2001 la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, lettera c), della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), e dell'art. 110, comma 2, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), nella parte in cui precludono la frequenza della scuola dell'obbligo per otto anni all'alunno handicappato che abbia raggiunto il diciottesimo anno di età, sollevata in riferimento agli artt. 34 e 38 della Costituzione.

Il giudizio pendente innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana riguardava l'impugnazione del provvedimento con il quale il Preside di una scuola media statale aveva respinto la domanda di iscrizione alla classe seconda di un alunno portatore di handicap, in quanto il medesimo aveva già compiuto il diciottesimo anno di età.

La Corte ha ribadito che le finalità perseguite dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 consistono nel promuovere la piena integrazione della persona handicappata in ogni ambito nel quale si svolge la sua personalità, da quello familiare a quello scolastico, lavorativo e sociale, attraverso la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività (art. 1, lettere a e b). La concreta attuazione di tali finalità comporta la necessità che l'istruzione delle persone handicappate si compia attraverso la frequenza nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado; la frequenza costituisce infatti lo strumento fondamentale per il raggiungimento dell'obiettivo consistente nello sviluppo delle potenzialità della persona handicappata all'apprendimento, alla comunicazione, alle relazioni e alla socializzazione, previsto dall'art. 12, comma 3 della stessa legge n. 104 del 1992.

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto nel merito, la questione infondata in quanto nel periodo successivo a quello durante il quale la frequenza scolastica è obbligatoria, per gli alunni handicappati l'istruzione viene a configurarsi come un diritto, che potrà esse-

re esercitato mediante la frequenza, al di fuori della scuola dell'obbligo, di corsi per adulti finalizzati al conseguimento del diploma. Naturalmente l'attuazione di tale diritto postula che vengano garantite le medesime misure di sostegno dettagliatamente previste dalla legge quadro n. 104 del 1992, anche perché la frequenza di corsi per adulti per la persona handicappata che abbia raggiunto la maggiore età assume una funzione tanto più rilevante, in quanto consente, in modo certamente più incisivo rispetto alla frequenza di classi solitamente composte da tredici-quattordicenni, il raggiungimento dell'obiettivo cardine della legge quadro sopra indicato in ambiti il più possibile omogenei. Infatti l'integrazione scolastica della persona maggiorenne affetta da handicap può dirsi realmente funzionale al successivo inserimento nella società e nel mondo del lavoro qualora avvenga in un contesto ambientale che anche sotto il profilo dell'età sia il più vicino possibile a quello nel quale detta persona sarà accolta e che certamente è il più idoneo a favorire il completamento del processo di maturazione.

Angela Laganà
Avvocato INPS

Infortunio sul lavoro e malattie professionali - Misure di sicurezza - Prova del nesso di causalità.

Corte di Cassazione - 5.3.2002, n. 3162 - Pres. Amirante - Rel. Maiorano - P.M. Sorrentino (Parz. Conf.) - Italgas S.p.A. - Bracco.

Il carattere contrattuale dell'illecito e l'operatività della presunzione di colpa stabilita dall'art.1218 cod. civ. non escludono che la responsabilità dell'imprenditore ex art. 2087 cod. civ. in tanto possa essere affermata in quanto sussista una lesione del bene tutelato che derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento, imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche; ne consegue che la verifica del sinistro non è di per sé sufficiente per far scattare a carico dell'imprenditore l'onere probatorio di aver adottato ogni sorta di misura idonea ad evitare l'evento, atteso che la prova liberatoria a suo carico presuppone sempre la dimostrazione, da parte dell'attore, che vi è stata omissione nel predisporre le misure di sicurezza (suggerite dalla particolarità del lavoro dall'esperienza e dalla tecnica) necessarie ad evitare il danno e non può essere estesa ad ogni ipotetica misura di prevenzione, a pena di far scadere una responsabilità per colpa in una responsabilità oggettiva.

FATTO — Con ricorso al Pretore di Torino del 2 dicembre 94 Bracco Michele conveniva in giudizio la Italgas S.p.A. per il risarcimento del danno biologico e morale subito a seguito di infortunio sul lavoro del 31 luglio 90, da quantificarsi in corso di causa.

L'Italgas contrastava la domanda ed il Pretore la rigettava. Il Tribunale di Torino, investito in grado di appello ad istanza del Bracco, con sentenza del 28/20-14 dicembre 98, in riforma della sentenza impugnata, accoglieva la domanda, condannando la società al pagamento della somma di lire 6.000.000, oltre interessi. Precisava il giudice del riesame che, sulla base della deposizione del teste Bessolo, l'infortunio si era verificato perché "aveva ceduto la maniglia laterale posta all'interno del mezzo, in posizione verticale, utilizzata per salire"; si trattava di un furgone Fiat Daily immatricolato nel 1986 ed usato dal reparto di pronto intervento.

La società aveva provato che una volta all'anno i mezzi dell'azienda venivano sottoposti a controllo sia sul motore, sia sulla carrozzeria, ma nessuna prova specifica era stata fornita per il mezzo in questione (che secondo l'assunto sarebbe stato revisionato in data 12 luglio 90, venti giorni prima del fatto) ad eccezione di un prospetto aziendale che non costituiva prova documentale in suo favore, perché formato dalla stessa parte.

Il datore di lavoro aveva l'onere di fornire una prova rigorosa di avere adempiuto agli obblighi nascenti dal disposto dell'art. 2087 c.c. per la salvaguardia del diritto alla salute dei dipendenti tutelato dall'art. 32 Cost. ed in mancanza della prova di un controllo della carrozzeria, in data prossima all'evento, doveva affermarsi la sua responsabilità per colpa, consistente nell'aver trascurato il buono stato del mezzo nelle parti

soggette ad usura, come prescritto dall'art. 374 del DPR 547/55. Trattandosi di un mezzo usato promiscuamente dai lavoratori di un reparto destinato ad interventi gravosi e d'emergenza e quindi soggetto a notevoli sollecitazioni, lo stesso era soggetto ad usura nel giro di pochi anni e quindi ne doveva essere controllata l'integrità, per eventuali "principi di fratture" che rendevano pericolosa una maniglia di plastica.

La pronuncia di rigetto quindi doveva essere riformata, sussistendo una "non marginale ragione di addebito al datore di lavoro ... (per l'omesso controllo del mezzo) dal momento che, secondo nozioni di comune esperienza, la scoperta di lesioni iniziali avrebbe comportato il montaggio di un ricambio integro".

In ordine all'ammontare, la parte aveva limitato la richiesta a lire 7.660.000 per danni fisici e quindi non doveva essere liquidato il danno morale; tenendo presenti i risultati dalla CTU poteva accogliersi la domanda per l'invalidità biologica temporanea e determinarsi equitativamente in lire 2.840.000 il risarcimento per "invalidità permanente parziale biologica" e quindi in complesso doveva essere liquidata la somma di lire 6.000.000, oltre interessi.

Avverso questa pronuncia propone ricorso per cassazione la Società Italiana per il Gas S.p.A., fondato su tre motivi.

Resiste il Bracco con controricorso.

DIRITTO — Lamentando, col primo motivo, violazione e falsa applicazione degli artt. 2087 c.c. 4 e 374 DPR 547/55 (art. 360 n. 3 c.p.c.) deduce il ricorrente che la motivazione della sentenza è solo apparentemente corretta, in quanto la responsabilità della società è stata individuata nella generica inosservanza dell'art. 2087 c.c., mentre sotto il profilo della colpa specifica il Tribunale invoca solo gli artt. 4 e 374 DPR 547/55, che non costituiscono un elemento di colpa specifica, ma solo un corollario della prima disposizione. Il Tribunale parte dal presupposto non dimostrato che una approfondita verifica avrebbe consentito di rilevare principi di fratture che avrebbero poi causato la rottura della maniglia e quindi fonda la responsabilità della società su questo assunto, non coerente. Peraltro dalle indagini istruttorie emergono indicazioni univoche, nel senso che il fatto supera la normale prevedibilità, perché mai si era verificato un caso analogo e nessuno dei testi ricordava che il pezzo in questione avesse mai dato problema alcuno.

Il Tribunale, inoltre, ha fatto un riferimento improprio ai controlli necessari per l'impianto frenante e non ha invece valutato l'eccezionalità dell'evento, in quanto la rottura della maniglia può al massimo provocare una momentanea perdita dell'equilibrio, ma è fuori dalla normale prevedibilità che un particolare della carrozzeria possa spezzarsi e colpire l'occhio del lavoratore.

Lamentando, col secondo motivo, violazione e falsa applicazione degli artt. 2087 c.c., in relazione agli artt. 116 e 117 c.p.c. e 2697 c.c., nonché errata valutazione delle prove, delle regole di comune esperienza, insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.) deduce il ricorrente che la motivazione non è coerente con gli elementi acquisiti (l'uso, cioè, di un mezzo, di recente costruzione e non obsoleto, per la funzione per la quale era stato costruito; la mancata rilevazione di anomalie; la

periodica manutenzione dei mezzi con cadenza programmata; l'assenza di precedenti specifici); anzi il Tribunale afferma che sono "privi di qualunque rilievo in proposito" quegli elementi che il Pretore aveva ritenuto determinanti, senza minimamente indicare le ragioni sulle quali fonda tale convincimento, e basa poi la decisione su circostanze ipotetiche, nemmeno allegate dalla parte e quindi non provate (quali l'uso gravoso del mezzo; il paragone con l'impianto frenante e relative verifiche; la presenza di iniziali rotture della maniglia; l'effettuazione di controlli non approfonditi).

Lamentando, col terzo motivo, violazione e falsa applicazione dell'art. 414, n. 4 c.p.c., in tema di nullità, nonché erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione in relazione agli artt. 1223 e 2056 c.c.) (art. 360 n. 3, 4 e 5 c.p.c.) deduce il ricorrente che il Tribunale non ha motivato sulla nullità del ricorso introduttivo per la mancata quantificazione della domanda, determinata per la prima volta solo in appello ed in sede di discussione; il Bracco, infatti, non ha indicato gli elementi di diritto e di fatto su cui fonda la domanda, né ha precisato, nel ricorso introduttivo in primo grado, l'ammontare del danno e gli elementi atti ad accertare se ed in quale misura la menomazione subita avesse inciso in maniera concreta sulle funzioni del soggetto. L'accertamento peritale ha poi evidenziato una lesione ipotetica, che neppure il consulente è stato in grado di individuare in maniera esatta, mentre è esclusa la sua incidenza sulla capacità di produrre reddito.

La liquidazione del danno, inoltre, non tiene conto del fatto che il danno patrimoniale è stato largamente risarcito al Bracco.

Il terzo motivo di ricorso va rigettato, ma gli altri due sono fondati.

Partendo dall'esame del terzo, il cui esame è preliminare per ragioni di ordine logico, si osserva che questa Corte ha già avuto modo di affermare il principio di diritto, condiviso dal Collegio, secondo cui "la nullità della citazione (o del ricorso introduttivo di controversie di lavoro) per omessa determinazione dell'oggetto della domanda postula la totale omissione o la assoluta incertezza del *petitum*, inteso sotto il profilo formale del provvedimento giurisdizionale richiesto, e, nell'aspetto sostanziale, come bene della vita di cui si domanda il riconoscimento.

Detta ipotesi non ricorre quando l'individuazione del *petitum* così inteso sia comunque possibile attraverso un esame complessivo dell'atto introduttivo del giudizio, non limitato alla parte di esso destinata a contenere le conclusioni, ma esteso anche alla parte espositiva, costituendo il relativo apprezzamento una valutazione di fatto riservata al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità se congruamente e correttamente motivata" (Cass. 3911/01).

Dalla sentenza risulta che l'oggetto della domanda era ben determinato, tanto che la controparte aveva avuto la possibilità di predisporre adeguate e complete difese, senza prospettare in proposito eccezione di nullità, ed il giudice non aveva incontrato nessuna difficoltà ad individuarlo ed a decidere la causa sulla base della allegazione delle parti e le prove acquisite. La censura quindi è in ogni caso prova di fondamento e va disattesa.

Gli altri due motivi vanno trattati congiuntamente, essendo strettamente connessi. In proposito si osserva, in punto di diritto, che questa Corte ha già avuto modo di affermare il principio, condiviso dal Collegio, secondo cui "il carattere contrattuale dell'illecito

e l'operatività della presunzione di colpa stabilita dall'art. 1218 c.c. non escludono che la responsabilità ai sensi dell'art. 2087 c.c. (che non configura un caso di responsabilità oggettiva) in tanto possa essere affermata in quanto sussista una lesione del bene tutelato che derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento, imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche.

Ne consegue che la verificazione del sinistro non è di per sé sufficiente per far scattare a carico dell'imprenditore l'onere probatorio di avere adottato ogni sorta di misura idonea ad evitare l'evento; la prova liberatoria dell'imprenditore presupponendo la dimostrazione, da parte del lavoratore, sia del danno subito, che del rapporto di causalità fra la mancata adozione di determinate misure di sicurezza (specifiche o generiche) e il danno predetto" (Cass. 7792/96).

Nel caso di specie si era in presenza di un accertamento compiuto dal giudice di primo grado dal quale emergeva che l'incidente si era verificato in modo singolare, in quanto il Bracco aveva subito una lesione all'occhio sinistro perché si era spezzata, o staccata, la maniglia del furgone alla quale si era aggrappato per salire o scendere dal mezzo; dalla istruttoria, inoltre, era emerso che il mezzo era stato immatricolato di recente ed era stato sottoposto a revisioni periodiche della carrozzeria e del motore, l'ultima delle quali effettuata pochi giorni prima dell'infortunio; che in precedenza nessuno aveva segnalato guasti o inconvenienti alla maniglia e che mai in precedenza si erano verificati fatti analoghi.

Da queste premesse il primo giudice era pervenuto alla conclusione che non era ravvisabile, in relazione alla particolarità dell'evento e alle condizioni pratiche e tecniche, nessuna ulteriore misura precauzionale adottabile dal datore di lavoro per evitare il danno lamentato.

Nell'accertamento del fatto il giudice di secondo grado che non condivide la valutazione e le conclusioni del primo giudice deve motivare il dissenso, discutendo in ordine alle prove acquisite, senza ricorrere a mere ipotesi sganciate anche dalla semplice allegazione della parte, come quella relativa all'esistenza di "principi di fratture" sulla maniglia, ed a nozioni di comune esperienza secondo cui la "scoperta di lesioni iniziali avrebbe comportato il montaggio di un ricambio integro".

La prova liberatoria dell'imprenditore presuppone sempre la dimostrazione da parte dell'attore che vi è stata una omissione nel predisporre le misure di sicurezza suggerite dalla particolarità del lavoro, dall'esperienza e dalla tecnica, necessarie per evitare il danno e non può essere estesa ad ogni ipotetica misura di prevenzione (anche per fatti eccezionali ed imprevedibili, come la lesione ad un occhio per un fatto che avrebbe dovuto invece comportare la perdita di equilibrio e la caduta), a pena di far scadere una responsabilità per colpa in responsabilità oggettiva.

Sussistono quindi i vizi lamentati con i primi due mezzi di gravame e la sentenza deve essere cassata, con rimessione, per una nuova valutazione, ad altro giudice, che si individua nella Corte di Appello di Genova. Il giudice del rinvio provvederà anche in ordine alle spese del presente giudizio di legittimità.

(Omissis)

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO PER L'INFORTUNIO OCCORSO AL DIPENDENTE.

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione affronta il tema dell'accertamento della responsabilità civile del datore di lavoro per i danni subiti dal dipendente nell'esercizio della propria attività lavorativa, sul presupposto del carattere contrattuale dell'illecito e della conseguente applicabilità della presunzione di colpa ai sensi dell'art. 1218 c.c..

Occorre ricordare che la fonte della responsabilità dell'imprenditore, per ai danni causati ai propri dipendenti nell'esercizio dell'impresa ai sensi dell'art. 2087 c.c., è concordemente ritenuta contrattuale, anche se, trattandosi di lesione dell'integrità fisica, si ammette il cumulo delle responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) lasciando al danneggiato la possibilità di scegliere con quale azione sia più conveniente agire, considerata la diversità di disciplina.

La Corte quindi, ribadisce la natura contrattuale dell'obbligo generale di tutela della salute dei lavoratori posto dall'art. 2087 precisando, tuttavia, che non è sufficiente la semplice verifica del sinistro per far scattare l'onere probatorio a carico dell'imprenditore di aver adottato tutte le misure necessarie a prevenire l'evento, ai sensi dell'art. 1218 c.c..

Tale assunto, se pure corretto sotto il profilo del principio enunciato, prende le mosse da considerazioni che non convincono appieno, in relazione alla valenza costituzionale della tutela del diritto alla salute ed alla evoluzione della normativa in tema di sicurezza sul lavoro a partire dalla legge 626/94 — anche se intervenuta successivamente al fatto sottoposto al vaglio della Corte — rispetto alla quale l'art. 2087 c.c. opera quale norma di chiusura del sistema.

Ed infatti proprio il carattere contrattuale della responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c., implica che alla violazione del dovere di garantire la sicurezza dei lavoratori consegua il risarcimento del danno — anche biologico — per inadempimento, operando un raccordo tra l'art. 32 della Costituzione e gli artt. 1218 e 1223 del codice civile.

Interviene così, a tutela del diritto alla salute del dipendente nell'ambiente di lavoro o meglio del diritto al risarcimento del danno conseguente ad infortunio sul lavoro, la presunzione di colpa *ex* art. 1218 c.c. che pone a carico del debitore (datore di lavoro) l'onere di provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Tale presunzione si fonda sulla comune esperienza che vede nella negligenza del debitore la normale causa di inadempimento del rapporto obbligatorio: la colpa è legalmente presunta perché è normalmente implicita nell'inadempimento.

Pertanto, mentre la prova della mancanza di colpa è a carico del debitore, la prova dell'inadempimento è a carico del creditore il quale deve provare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere in giudizio (art. 2697 c.c.).

L'onere probatorio, tuttavia, non può spingersi fino a pretendere che il lavoratore-creditore dimostri la mancata adozione da parte del datore di lavoro delle specifiche "misure di sicurezza, suggerite dalla particolarità del lavoro, dall'esperienza e dalla tecnica necessarie ad evitare il danno", come sembra invece ritenere la Corte.

Se è vero, infatti, che il lavoratore danneggiato, al pari di ogni creditore che agisca per il risarcimento del danno, deve provare oltre all'esistenza del danno e del nesso causale tra evento e danno anche l'inadempimento, totale od inesatto, è altrettanto vero che nelle obbligazioni di mezzi, quale è quella in discorso, la prova della difformità della prestazione rispetto a quella dovuta, riguarda il comportamento del debitore valutato secondo il modello del comportamento diligente richiesto dall'art. 1176 c.c..

D'altro canto la stessa Corte, in pronunce precedenti a quella in argomento, aveva correttamente affermato che "incombe sul lavoratore che lamenti di aver subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute l'onere di provare l'esistenza di tale danno come pure la nocività dell'ambiente di lavoro nonché il nesso di causalità tra l'uno e l'altro" e non l'onere "di indicare le misure che avrebbero dovuto essere adottate in prevenzione, mentre spetta al datore di lavoro dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno" (Cass. 12763/1998; 3234/1999 e 1886/2000).

Occorre inoltre considerare che la norma contenuta nell'art. 2087 c.c., imponendo di adottare non solo le misure di sicurezza previste dalla legislazione vigente in materia ma anche quelle ritenute necessarie in relazione alla particolarità del lavoro e secondo l'esperienza e la tecnica tipici di un determinato momento storico, garantisce un costante aggiornamento del contenuto dell'obbligo di prevenzione, idoneo a supplire agli eventuali vuoti di normativa antinfortunistica, per una più completa tutela della salute dei lavoratori.

Non si può quindi ritenere che l'esperienza e le conoscenze tecniche e normative che costituiscono il bagaglio di "professionalità" dell'imprenditore, siano assimilate così a fondo dal lavoratore da consentirgli di "provare" che il danno subito è attribuibile alla negligenza del datore di lavoro nella predisposizione di misure di sicurezza idonee, nel caso concreto, ad evitare il danno.

Una siffatta impostazione che esige dal lavoratore la dimostrazione dell'esistenza del rapporto di causalità fra la mancata adozione delle specifiche misure di sicurezza necessarie ad evitare il danno e la lesione alla integrità fisica, sposta inevitabilmente l'onere probatorio dall'elemento fattuale del comportamento dell'imprenditore all'elemento soggettivo, ponendo così a carico del lavoratore la prova della responsabilità, per colpa, conseguente a negligenza, imperizia ed inosservanza di leggi.

La stessa Corte peraltro, fonda l'accoglimento del ricorso e la conseguente esclusione del diritto del lavoratore al risarcimento del danno, sulla scorta dell'accertamento effettuato dal giudice di prime cure il quale, considerate le modalità di verifica del fatto che per la loro singolarità esulavano dall'*id quod plerumque accidit* e potevano essere ricondotte al caso fortuito; considerato altresì che era stata fornita la prova che il mezzo era stato sottoposto a revisioni periodiche della carrozzeria e del motore, l'ultima delle quali effettuata pochi giorni prima dell'infortunio, era pervenuto alla conclusione che nessuna ulteriore misura precauzionale poteva essere adottata dal datore di lavoro per evitare il danno, con ciò escludendo ogni addebito di responsabilità.

La Corte ha quindi indirettamente assunto, quale presupposto della propria decisione, il principio della presunzione di colpa fissato dall'art. 1218 c.c., negando la responsabilità del datore di lavoro in base alla prova liberatoria da questo fornita in primo grado.

Depenalizzazione - Sanzioni amministrative - Procedimento - Mancato rispetto delle disposizioni di cui alla legge 241/90 - Ininfluenza.

Tribunale di Chiavari - 16/22.10.2002, n. 271 - Dott. Del Nevo - Copello (Avv. Bongiorno Gallegra) - Ministero del Lavoro e delle politiche Sociali (Dott.sse Maiella, Di Virgilio).

La legge n. 241 del 1990 non ha valenza generale, e pertanto non può essere usata per integrare singoli procedimenti amministrativi quale quello delineato dalla legge n. 689/81.

FATTO — Con ricorso depositato innanzi al Tribunale di Chiavari, COPELLO Massimo, nella sua qualità di titolare della ditta individuale Bar Lillo di Massimo Copello, proponeva opposizione avverso l'Ordinanza - Ingiunzione n. 365/2002 emessa in suo danno dalla Direzione Provinciale del Lavoro di Genova, per sentirne dichiarare, previa sospensione dell'esecutività, l'illegittimità.

La Direzione Provinciale del Lavoro, nel costituirsi in giudizio contestava tutte le deduzioni del ricorrente.

La causa, istruita solo documentalmente e mediante interrogatorio libero dell'opponente, veniva decisa all'udienza del 16/10/02 mediante lettura del dispositivo.

DIRITTO — La prima eccezione dell'opponente è stata tardivamente proposta all'odierna udienza, e risulta comunque infondata.

Il Copello lamenta infatti che l'accertamento delle violazioni a lui contestate non sarebbe avvenuto il 31/12/99, come riportato nell'ordinanza opposta, ma il 19/08/99, nel corso della visita ispettiva effettuata dal personale della Direzione Provinciale del Lavoro di Genova presso la ditta dell'opponente, e quindi, essendo perentorio il termine per la notifica *ex art. 14 u.c.* della legge 689/81, si sarebbe verificata estinzione dell'obbligazione oggi contesa.

La tesi del Copello però trascura di valutare che il procedimento di irrogazione della sanzione amministrativa di cui alla legge 689/81 è a formazione complessa, e ben può constare di più atti, come nel caso in esame, a nulla rilevando che il secondo accesso sia avvenuto presso il domicilio dell'opponente, dato che proprio in quest'ultimo accesso è stato elevato il processo verbale di contestazione dell'illecito del 31/12/99, tempestivamente notificato al Copello.

Con il secondo motivo in diritto, tempestivamente sviluppato nel ricorso in opposizione, il Copello lamenta di aver ricevuto notifica solo dell'ordinanza opposta senza notifica contestuale di copia del già citato verbale di accertamento, e ciò in apparente violazione dell'art. 3 3° comma della Legge 241/90, statuite che "... se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile ... anche l'atto cui essa si richiama ...".

Questo tribunale non condivide in primo luogo l'opzione interpretativa, sottesa ad una eccezione di questo tipo, secondo cui la legge 241/90 sarebbe una legge avente valenza generale, suscettibile di essere usata per integrare singoli procedimenti amministrativi quale quello delineato dalla legge 689/81. Si ricordi infatti che l'unico argomento a favore di una presunta valenza generale della legge 241 è costituito dall'art. 29 della stessa, che afferma che "... i principi desumibili dalle disposizioni in essa contenute costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico ...".

In realtà tale norma è dettata per regolare i rapporti tra questa legge statale e la legislazione delle regioni, e quindi la dicitura "principi generali" è da intendersi riferita all'altra "principi fondamentali" contenuta nella precedente formulazione dell'art. 117 della Costituzione, e serve per armonizzare la legislazione locale a quella nazionale, ma non vale certamente per coordinare norme statali di pari livello.

Inoltre deve rammentarsi che la legge 241 non è stata introdotta per omogeneizzazione qualunque procedimento amministrativo, ma per dettare regole in settori dove non ne esistevano nel rispetto delle normative preesistenti (tra le quali vi è certamente la legge 689 del 1981).

A riprova di quanto detto (e cioè che la legge 241 non incide sulla legge preesistente) sta non solo il dato della mancata abrogazione delle leggi pregresse (tra cui la 689/81) ma anche l'indubbio carattere speciale delle stesse, e quindi anche della normativa sulla depenalizzazione, che riguarda uno specifico settore di atti amministrativi (quello preposto ex art. 13 della stessa legge alla "... osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro ...").

Il necessario rispetto dei procedimenti speciali anteriori trova d'altronde riscontro nell'art. 2 della legge 241/90, che al proprio comma terzo impone un termine di 30 giorni all'Amministrazione per l'adozione di un atto, precisando però che tale termine opera solo quando non ve ne sia altro "... direttamente disposto per legge ...", come ad esempio nel caso dell'art. 28 della legge 689/81 (che prevede un termine quinquennale di prescrizione).

Chiarito quindi che in generale la legge 241/90 non appare suscettibile di assumere un'anomala valenza sussidiaria delle altre leggi speciali sul procedimento amministrativo (e quindi anche della legge 689/81), si deve anche osservare che nel caso di specie la dedotta invalidità dell'ordinanza opposta sotto il profilo dell'art. 3 comma 3 della legge 241 porta ad illogici e inaccettabili risultati interpretativi.

Illogici perché la pretesa del Copello di vedersi comunicato insieme all'ordinanza opposta il verbale di accertamento ispettivo (alla cui motivazione si richiama l'atto impugnato) costringerebbe l'Amministrazione a comunicare all'interessato un atto che gli è stato già notificato, così ottenendosi una inutile duplicazione di lavoro in contrasto con il principio di buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 della Costituzione.

Inaccettabili perché la richiesta di annullare direttamente l'atto amministrativo senza esame del merito della pretesa dell'Amministrazione trasformerebbe la

Giurisdizione del Giudice Ordinario in una anomala Giurisdizione Amministrativa non prevista dalla Costituzione.

L'art. 23 penultimo comma della legge 689/81 ci ricorda che il Giudice Ordinario "... accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente ...", disposizione che fa chiaramente intendere come l'oggetto del giudizio di opposizione all'ordinanza ingiunzione non è costituito dall'atto - ordinanza ma dal diritto di credito rivendicato dall'Amministrazione verso il cittadino, in relazione a cui l'annullamento eventuale dell'atto assume una valenza strumentale, perché l'eliminazione dell'ordinanza può avvenire solo dopo l'accertata infondatezza nel merito della pretesa pubblica.

Pertanto la tesi del Copello, che da risultati interpretativi negativi sia sostanziali che processuali in ordine all'applicazione della legge 241/90 al procedimento di cui alla legge 689/81, deve essere senz'altro disattesa.

Nel merito si rileva che durante l'odierno interrogatorio libero il Copello ha ammesso:

— di conoscere bene la differenza tra rapporto di lavoro subordinato e autonomo, grazie alla sua lunga esperienza professionale.

— che nel momento dell'ispezione dell'ispettorato del Lavoro nella sua ditta non aveva concordato con le tre lavoratrici citate nel verbale di accertamento alcun contratto di associazione in partecipazione.

Il 20/8/99 l'odierno opponente aveva detto agli Ispettori che:

— le tre lavoratrici avevano già iniziato a lavorare, anche se in prova;

— era sua intenzione "regolarizzarle", espressione che deve intendersi riferita ai rapporti di lavoro subordinati, e non ai contratti di associazione in partecipazione stipulati successivamente all'ispezione;

— non aveva concordato con le lavoratrici la "cifra retributiva", espressione che certo non può essere riferita agli utili del contratto di associazione in partecipazione.

Alla luce di tutte le dichiarazioni del Copello appena illustrate deve ritenersi inutile la prova orale da lui dedotta, perché non idonea a superare la valenza confessoria delle sue stesse dichiarazioni, che trovano un riscontro indiziario nelle dichiarazioni rese dalle tre lavoratrici.

Queste ultime hanno infatti dichiarato nell'immediatezza dei primi accertamenti che il Copello aveva in realtà già concordato con loro una retribuzione ed un orario fissi, così provando che il rapporto di lavoro aveva natura subordinata.

L'opposizione deve quindi essere rigettata, senza pronuncia sulle spese di lite perché la Direzione Provinciale del Lavoro pur vittoriosa non ha presentato nota dei propri esborsi.

(*Omissis*)

OPPOSIZIONE A SANZIONE AMMINISTRATIVA.

La sentenza in rassegna potrebbe rappresentare, almeno nella giurisprudenza di merito e nel foro genovese, la fine di un'annosa vicenda che ha coinvolto da una parte l'Amministrazione, impegnata a conservare "l'efficacia" dei propri provvedimenti anche a fronte di tempi di emissione a volte discutibili, e dall'altra i destinatari delle ordinanze ingiunzioni, impegnati a porre un freno ai tempi della P.A. richiamandosi ai principi generali della Legge n. 241/1990 anche in un procedimento in cui tali principi, in realtà, possono applicarsi solo parzialmente.

Un passo indietro ...

La fonte della potestà sanzionatoria della P.A. è la Legge 24 novembre 1981 n. 689, più nota come legge sulla depenalizzazione.

La Legge n. 689/1981 fornisce un quadro normativo generale applicabile a tutte le sanzioni amministrative consistenti nel pagamento di una somma di denaro.

Le disposizioni di riferimento per le sanzioni applicate dalla Direzione Provinciale del Lavoro sono, in particolare, gli articoli 13 e seguenti, relativi alle diverse fasi in cui si articola il procedimento sanzionatorio: la contestazione/notificazione dell'illecito amministrativo, la facoltà per il trasgressore di pagare la sanzione in misura ridotta o, alternativamente, di presentare scritti difensivi all'Amministrazione chiedendo altresì di essere sentito, il potere, facente capo al Direttore Provinciale del lavoro di "... determinare con ordinanza motivata la somma dovuta per la violazione ed ingiungerne il pagamento, altrimenti di adottare ordinanza motivata di archiviazione ...".

In sostanza, l'ordinanza ingiunzione o l'ordinanza di archiviazione rappresentano il provvedimento amministrativo finale del procedimento sanzionatorio: proprio la natura di "provvedimento finale" di tali atti è alla base dell'annosa vicenda che ha catturato l'attenzione degli operatori del diritto sfociando, poi, nei due diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, oggetto di questo approfondimento.

Il termine finale del procedimento: l'art. 2 della Legge n. 241/1990 e l'art. 28 della Legge n. 689/1981.

In attuazione dell'art. 97 della Costituzione e nel tentativo di porre un freno alle lungaggini dei procedimenti amministrativi, creando un sistema più garantista per il privato cittadino, il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento il principio secondo cui

la Pubblica Amministrazione ha il “dovere” di concludere il procedimento con un “provvedimento espresso”, determinando per ciascun procedimento, se non già previsto per legge o per regolamento, il termine entro cui esso deve concludersi. In mancanza, in base al III comma dell’art. 2 della legge n. 241/1990, il termine per l’adozione del provvedimento finale è di “trenta giorni”.

Per i procedimenti amministrativi sanzionatori, però, viene in considerazione una disposizione speciale: l’art. 28 della Legge n. 689/1981, il quale recita testualmente che “Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate nella presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione”.

Tale ultima disposizione ha da sempre consentito alla dottrina ed alla giurisprudenza di ritenere pienamente legittima e valida l’ordinanza ingiunzione emessa entro cinque anni dalla commessa violazione. La Suprema Corte si è più volte espressa nel senso che “In tema di illeciti amministrativi, la prescrizione quinquennale di cui all’art. 28 legge 24 novembre 1981, n. 689, opera con riguardo sia alla violazione, sia alla relativa sanzione pecuniaria” (Cfr. Cass. Civ. Sez. III 4 aprile 2000, n. 4094; nello stesso senso cfr. anche Cass. Civ. Sez. I, 10 novembre 1998, n. 11308; Cass. Civ. Sez. I 25 luglio 1997, n. 6967; Cass. Civ. Sez. I, 9 marzo 1996, n. 1902; Cass. Civ. Sez. I, 1 luglio 1995, n. 7331; Cass. Civ. Sez. I, 12 novembre 1992, n. 12189; Cass. Civ. Sez. I, 9 giugno 1990, n. 5635).

Anche la giurisprudenza amministrativa si è espressa negli stessi termini, stabilendo il principio per cui “la prescrizione non si riferisce al solo diritto di riscuotere la sanzione, ma anche al potere esercitato dalla stessa amministrazione di applicare la sanzione prevista dalla legge per l’abuso commesso” (cfr. TAR Basilicata, 10 settembre 2001, n. 710).

Tuttavia, a seguito dell’emanazione della Legge 7 agosto 1990, n. 241, tale pacifica lettura dell’art. 28 della legge n. 689/1981 è stata messa in discussione da qualche giudice di merito (cfr. Trib. Ascoli Piceno, n. 57/2001; conforme Trib. Ascoli Piceno, Sez. distaccata S. Benedetto del Tronto, 23 aprile 2001, n. 110) inaugurando così un nuovo indirizzo giurisprudenziale in base al quale il citato art. 28 non indicherebbe in maniera espressa il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio e, pertanto, in assenza di disposizioni diverse, si dovrebbe fare riferimento al termine di trenta giorni previsto dal menzionato art. 2.

Ben si comprende, a fronte di tale *revirement* giurisprudenziale che comporterebbe il passaggio da un termine lungo prescrizione di cinque anni, quale quello dell’art. 28, ad un termine breve decadenziale di trenta giorni di cui all’art. 2, qualche legittima preoccupazione da parte della P.A. procedente.

La decisione del Tribunale di Chiavari.

Nell’ambito del citato panorama giurisprudenziale agli operatori del diritto viene fornita chiarezza ed un minimo grado di certezza proprio dalla sentenza in rassegna,

che, in realtà, pur affrontando soltanto *incidenter* il tema del termine, si sofferma approfonditamente sulla separata sfera di operatività della legge n. 241/1990 rispetto alla legge n. 689/1981, sottolineandone differenze e particolarità.

Alla base della decisione sta la doglianza dell'opponente che lamenta la violazione dell'art. 3, III comma, della Legge n. 241/1990, in tema di motivazione per *relationem* dell'atto amministrativo, richiamando in toto l'applicazione della citata Legge al procedimento amministrativo sanzionatorio disciplinato dalla Legge n. 689/1981.

Il Giudice, respingendo tale motivo, in primo luogo dichiara di non condividere "l'opzione interpretativa secondo cui la Legge n. 241/1990 sarebbe una legge avente valenza generale, suscettibile di essere usata per integrare singoli procedimenti amministrativi quale quello delineato dalla legge n. 689/1981" in particolare ponendo l'accento sulla considerazione che la legge n. 241 non è stata introdotta per "omogeneizzare" qualunque procedimento amministrativo, bensì per dettare regole in settori dove non ne esistevano e, comunque, nel rispetto delle normative precedenti.

A favore di tale lettura della legge n. 241, secondo il giudicante, militano due dati:

- 1) la mancata abrogazione delle leggi pregresse;
- 2) l'indubbio carattere speciale della normativa sulla depenalizzazione che riguarda uno specifico settore di atti amministrativi.

Su tali considerazioni non si può non essere d'accordo.

Infatti non vi è dubbio che i provvedimenti sanzionatori sono atti amministrativi con determinate peculiarità che valgono a distinguerli dagli atti amministrativi in genere.

Occorre osservare, in particolare, che gli atti amministrativi cui si rivolge la Legge n. 241 rientrano normalmente nella categoria degli atti ampliativi, vale a dire atti che si collegano direttamente ad un interesse pretensivo del privato. Ciò è evidenziato dal fatto che lo stesso legislatore si è preoccupato di dettare una speciale procedura per i casi di c.d. silenzio inadempimento al fine di cristallizzare il "diritto alla risposta" o "diritto procedimentale" del privato. Orbene, tale procedura mal si concilia con i provvedimenti sanzionatori, per i quali risulta ontologicamente impossibile configurare un diritto alla risposta, una volontà, per così dire, del privato finalizzata ad ottenere dalla P.A. il provvedimento sanzionatorio.

Anche la normativa successiva alla Legge n. 241/1990 ne è testimonianza: si pensi, per esempio, all'art. 17 della legge Bassanini che ha introdotto un risarcimento forfetario per le ipotesi di lesione del diritto procedimentale del privato, svincolato dal sottostante diritto sostanziale fatto valere. Non si può ritenere, se non con evidenti e poco giustificate forzature, che tale risarcimento sia abbinato ad un provvedimento sanzionatorio, così come non si può pensare che il privato ricorra alla procedura di messa in mora della P.A. per ottenere l'adozione dell'ordinanza ingiunzione.

Osserva, poi, il Giudice che, in base all'art. 2 della Legge n. 241/1990, il termine di trenta giorni è solo residuale, vale a dire opera laddove non siano previsti "per legge o per regolamento" altri termini, proprio come, per esempio, l'art. 28 della Legge n. 689/1981.

Anche questa considerazione appare del tutto condivisibile, vista la peculiarità di tutto il procedimento sanzionatorio di cui alla Legge n. 689/1981, e visto, soprattutto,

l'art. 28 della stessa, il quale non a caso si riferisce ad un termine di prescrizione e non di decadenza.

L'adozione dell'ordinanza ingiunzione, infatti, si ricollega ad un atto illecito del privato e, come per tutti gli illeciti, anche penali, viene in considerazione un interesse dello Stato alla "punizione". Il legislatore, pertanto, ha fissato nell'art. 28 un termine (cinque anni) ritenendo presuntivamente che, decorso lo stesso, venga meno l'interesse dello Stato a procedere al recupero del credito.

Del resto le conseguenze stesse che la giurisprudenza maggioritaria ricollega all'eventuale mancato rispetto del termine, e cioè la non consumazione del potere della P.A. e la possibilità di adottare l'atto anche tardivamente su istanza del privato, fanno deporre in questo senso, fino a ritenere che il termine fissato dalla legge n. 241/1990 sia volto unicamente a consentire al privato l'esperimento dei rimedi giurisdizionali.

Sul punto si è pronunciato anche il Supremo Collegio della Giustizia Amministrativa, evidenziando che "... l'eventuale annullamento del provvedimento finale ... *omissis* ... non priverebbe l'Amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto ..." (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2083).

E qui sta il *punctum dolens*: il privato ha sicuramente un interesse ad ottenere il provvedimento entro un termine prestabilito, trascorso il quale può agire in giudizio, ma tale interesse pare non configurabile, se non solo accademicamente, nel caso dei provvedimenti ingiuntivi. Diversamente argomentando si arriverebbe al seguente paradosso: per tutti gli atti amministrativi il privato potrebbe legittimamente mettere in mora la P.A. ed altresì azionare la propria pretesa in giudizio, e la P.A. in conseguenza di ciò potrebbe altrettanto legittimamente adottare, anche tardivamente l'atto, ma mai potrebbe adottare un provvedimento sanzionatorio perché mai il privato lo richiederebbe.

Ed allora, appare veramente un'offesa al legislatore ritenere che tale procedura sia stata pensata per tutte le tipologie di atti, ivi compresi i provvedimenti sanzionatori, se le conseguenze collegate a tale impianto portano alle storture di cui si è detto.

Nel prosieguo dei motivi il Giudice si sofferma, inoltre, sulla natura del procedimento di opposizione ad ordinanza ingiunzione, per sottolineare come l'essenza stessa di tale giudizio varrebbe già da sola ad escludere le doglianze dell'opponente. Nel riportare uno stralcio dell'art. 23, ove si legge che " il Giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente" l'estensore della sentenza in rassegna osserva come tale disposizione faccia chiaramente intendere che l'oggetto del giudizio di opposizione all'ordinanza ingiunzione non è costituito dall'atto - ordinanza, ma dal diritto di credito rivendicato dall'Amministrazione verso il cittadino, in relazione a cui l'annullamento eventuale dell'atto assume una valenza strumentale, in quanto l'eliminazione dell'ordinanza può avvenire solo dopo l'accertata infondatezza nel merito della pretesa pubblica.

Una diversa interpretazione, secondo lo stesso Giudicante, porterebbe ad una conse-

guenza giuridicamente inaccettabile, trasformando la giurisdizione del Giudice dell'opposizione in una atipica giurisdizione amministrativa.

A parere di chi scrive la non applicabilità del termine residuale di 30 giorni di cui alla citata legge discende altresì da una serie di ulteriori considerazioni, sicuramente giuridiche, ma in parte anche pratiche.

Innanzitutto, quand'anche si volesse ritenere applicabile il termine di trenta giorni, occorrerebbe chiarirsi sulla decorrenza dello stesso.

L'art. 2 della legge n. 241/1990 precisa, infatti, che il procedimento, in mancanza di un termine previsto per legge o per regolamento, deve concludersi nel termine residuale di trenta giorni: tutto il procedimento deve concludersi entro trenta giorni, vale a dire dall'istanza del privato, se si tratta di un procedimento ad iniziativa privata, o dal primo atto compiuto dalla P.A., se si tratta di un procedimento d'ufficio.

Ed allora il termine di trenta giorni, per i provvedimenti di ingiunzione adottati dal Direttore Provinciale del Lavoro, non può che decorrere:

— dalla richiesta di intervento del privato (e cioè da quando il lavoratore presenta la denuncia all'Ispettorato del Lavoro);

— o dall'accesso ispettivo, nel caso di ispezione programmata dall'ufficio.

Non si può, infatti, ritenere che i termini di un procedimento siano regolati da leggi diverse, né si può ritenere che la fase dell'emissione dell'ordinanza ingiunzione sia un procedimento distinto dalla precedente ispezione: è una fase solo endoprocedimentale. Eppertanto o si applica sempre la legge n. 689/1981 ed il termine di cui all'art. 28, o si applica ab origine la legge 241/1990 ed il termine decorre dall'inizio dell'attività ispettiva.

In relazione a ciò si è pronunciato anche il Consiglio di Stato il quale, con riferimento ai procedimenti che si dividono in più fasi di competenza della stessa Amministrazione, ha ritenuto opportuno stabilire il termine per la conclusione dell'intero procedimento e non prevedere una scansione temporale delle singole fasi, sia per non introdurre elementi di rigidità all'interno del procedimento, sia per non ingenerare aspettative da parte degli interessati all'osservanza del termine endoprocedimentale. (Sul punto si veda parere n. 121/1993 del 25/11/1993).

Ritenendo, invece, applicabile il termine di cui alla Legge n. 241/1990 unicamente alla fase dell'emissione dell'ordinanza ingiunzione, vista la particolare struttura procedimentale delineata dalla legge n. 689/1981, si porrebbe il problema della collocazione esatta del momento di decorrenza del termine di trenta giorni.

Infatti occorrerebbe distinguere i seguenti casi:

— notificazione del verbale di illecito e decorso dei 60 giorni per il pagamento della sanzione ridotta: la decorrenza dei trenta giorni scatterebbe alla scadenza dei 60 giorni sopra detti;

— notificazione del verbale di illecito e presentazione dello scritto difensivo senza richiesta di audizione nei successivi 30 giorni: la decorrenza dei trenta giorni avrebbe inizio dalla data della presentazione dello scritto difensivo. E l'Amministrazione potrebbe legittimamente adottare l'ordinanza ingiunzione respingendo le argomentazione di cui allo scritto difensivo anche prima della scadenza dei termini per il paga-

mento della sanzione ridotta consentendo al privato, anche a fronte dell'ordinanza ingiunzione, di optare comunque per il pagamento in misura ridotta (?).

— notificazione del verbale di illecito con applicazione di una sanzione per la quale non è previsto il pagamento in misura ridotta: i trenta giorni dovrebbero decorrere dalla notificazione del verbale stesso.

Non si può ritenere che l'applicazione della Legge n. 241/1990 ammetta un *dies a quo* "ballerino", appare più logico a chi scrive pensare che il legislatore del 1981 abbia ritenuto di non aggiungere nessun termine intermedio al procedimento sanzionatorio se non quello di cui all'art. 28 della Legge n. 689.

Qualche considerazione di carattere pratico.

Le conseguenze sul piano pratico di un siffatto orientamento suscitano perplessità ed, in considerazione delle delicate funzioni svolte dall'Ufficio Legale della Direzione Provinciale del Lavoro, anche preoccupazione.

Infatti il privato sanzionato con il verbale di illecito amministrativo, allettato da un possibile provvedimento ingiuntivo tardivo e quindi nullo, non avrebbe più interesse a presentare lo scritto difensivo e a richiedere l'audizione all'Amministrazione procedente, frustrando così la rilevante fase di confronto con l'ufficio legale prevista e pensata dal legislatore dell'81 come una sorta di "*revisio prioris instantiae*", con finalità anche deflative del successivo contenzioso giurisdizionale.

Infatti la fase successiva all'accertamento dell'illecito e relativa alla valutazione della fondatezza dello stesso da parte dell'Ufficio legale, anche in contraddittorio con il supposto trasgressore ha natura complessa, non limitandosi a contestazioni di fatto.

Agli illeciti amministrativi *de quibus* è sottesa una delicata operazione interpretativa volta ad individuare la sussistenza o meno di un rapporto di lavoro subordinato che spesso riguarda una pluralità di lavoratori, con connotati diversi e prove a sostegno dell'addebito differenti volta per volta.

L'Ufficio legale della Direzione Provinciale del Lavoro ben potrebbe "attrezzarsi" per rispettare i trenta giorni di cui all'art. 2, se pure con evidenti forzature e ristrettezze istruttorie, ma inevitabilmente il confronto con la P.A. si sposterebbe nella successiva fase del giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione, con un pericoloso ed incontenibile aumento del contenzioso.

In ragione di ciò, condividendo in toto la decisione del Tribunale di Chiavari, è lecita, *de jure condendo*, solo una lettura programmatica delle interazioni tra la Legge n. 689/1981 e la Legge n. 241/1990, e cioè che, fermo restando il termine quinquennale per l'adozione dell'ordinanza ingiunzione, l'Amministrazione motivi adeguatamente il provvedimento sanzionatorio, in ragione proprio della maggiore o minore durata del procedimento. Sul punto non si deve dimenticare, infatti, che l'ob-

bligio di motivazione, prima ancora che principio fondamentale del nostro ordinamento, è regola di civiltà giuridica, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa che non ha perso occasione per ribadire che “... *omissis* ... i provvedimenti amministrativi, in specie quelli che incidono sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei destinatari, siano puntualmente motivati, ancorché per *relationem*, sempreché essa risulti chiara e circostanziata, in modo da consentire all’interessato di ricostruire l’iter logico seguito dall’Amministrazione nel pervenire alla propria determinazione ...” (*Ex pluribus*: TAR Venezia, 9 novembre 1999, n. 1976, Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 2001, n. 2491).

Dr.ssa Antonella Pignatelli

*Funzionario Responsabile U.O. Affari Legali e
Contenzioso della Direzione Provinciale
del Lavoro di Genova*

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Unite Civili

Impiego Pubblico - Competenza e giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Impiego Pubblico - Concorsi interni e procedure di promozione - Giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria - Esclusione (Dlgs 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, 4° comma).

Corte di Cassazione - SS.UU. - 3.7/15.10.2003, n. 15403 - Pres. Carbone - Rel. Prestipino - P.M. Cinque (concl. diff.) - Ministero delle Finanze - Guida.

Si deve affermare che il quarto comma dell'articolo 63 del D.Lgs n. 165/01, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo "le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore.

FATTO — Con ricorso del 23 marzo 2000 Guido Guida conveniva davanti al giudice unico del lavoro del Tribunale di Prato il Ministero delle Finanze, alle cui dipendenze prestava attività lavorativa quale direttore tributario, ed esponeva che, avendo partecipato al concorso interno per titoli e colloquio indetto con d.m. 19 gennaio 1993 per l'assegnazione di novecentonovantanove posti di primo dirigente del ruolo amministrativo, al momento della pubblicazione della graduatoria nel Bollettino ufficiale del Ministero (dopo l'approvazione, deliberata con provvedimento del 9 luglio 1999) era venuto a sapere che gli era stato riconosciuto un periodo di servizio inferiore a quello, effettivo e che, per questa ragione, gli erano stati attribuiti punti 91,85, anziché 92,30, tanto da essere collocato al 1054° posto invece che al 976°. Il ricorrente chiedeva, quindi, che fosse dichiarato il suo diritto a vedersi riconosciuti altri 0,45 punti, con l'attribuzione del posto di primo dirigente.

Costitutosi in giudizio, il Ministero convenuto eccepiva in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e, nel merito, contestava la fondatezza della pretesa avversaria, chiedendone il rigetto.

Con sentenza del 14 luglio 2000 il Tribunale, rigettata l'eccezione pregiudiziale dedotta dal convenuto, in accoglimento del ricorso dichiarava che al Guida dovevano essere riconosciuti ulteriori 0,45 punti.

Questa decisione, impugnata dal Ministero delle Finanze, veniva confermata dalla Corte di appello di Firenze con sentenza del 30 maggio 2001.

La Corte di appello, per quanto cui interessa, osservava che l'art. 68, quarto comma, del d.lgs. n. 29, del 1993, come modificato dall'art. 29 del d.lgs n. 80 del 1998 e dal d.lgs. n. 387 del 1998 doveva essere interpretato nel senso che, in materia di riparto della giurisdizione fra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, nelle controversie relative ai rapporti di lavoro subordinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la locuzione "procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti" — comportante una deroga alla giurisdizione del giudice ordinario — fa riferimento alle procedure indette per l'ingresso in carriera dei dipendenti, mentre, in caso di controversie inerenti a concorsi interni utili per la progressione in carriera, vale la regola generale della devoluzione delle stesse al giudice ordinario.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione il Ministero delle Finanze in base ad un unico, complesso motivo.

Ha resistito con controricorso il Guida, che ha pure depositato una memoria.

Il ricorso è stato rimesso a queste Sezioni Unite per la decisione della questione di giurisdizione dedotta nel ricorso per cassazione.

DIRITTO — Con la prima censura dell'unico motivo dell'impugnazione il Ministero ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 37 c.p.c., 68, commi primo, terzo e quarto, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, come modificato dall'art. 29 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e dall'art. 18 d.lgs. .29 ottobre 1998 n. 387 e sostiene che, in base alla nuova normativa che regola la ripartizione della giurisdizione fra il giudice amministrativo e il giudice ordinario nelle controversie relative al personale dipendente dalle pubbliche amministrazioni, la materia dei pubblici concorsi, dalla emanazione del bando fino all'approvazione della graduatoria, è devoluta al giudice amministrativo — mentre resta attribuita al giudice ordinario la disciplina successiva del rapporto, compresa fra la sottoscrizione del contratto di lavoro e la cessazione dal servizio — e che tale normativa è applicabile anche ai concorsi interni, specie a quelli diretti a reclutare personale dirigenziale, tanto è vero che i vincitori sono tenuti a sottoscrivere un nuovo contratto di lavoro.

Il motivo è fondato.

I. — Stabilisce l'art. 63, primo comma, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 — che reca le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, e che ha recepito le disposizioni contenute nel d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e successive modificazioni — che "sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni". Il medesimo articolo di legge, nel quarto comma, dispone peraltro che al giudice amministrativo continua ad essere attribuita la giurisdizione — generale di legittimità, come deve intendersi in considerazione del fatto che la norma poi assegna alla giurisdizione esclusiva del medesimo giudice le controversie del personale indicato nel precedente art. 3 (magistrati, avvocati e procuratori dello Stato, ecc.) — sulle controversie "in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti, delle pubbliche amministrazioni.

II. — Nell'interpretare quest'ultima disposizione di legge, da parte di queste Sezioni Unite è stato affermato che la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa delle controversie in materia di impiego pubblico c.d. privatizzato concerne esclusiva-

mente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto di lavoro e non riguarda i casi in cui il concorso sia diretto non già ad assumere, ma a promuovere il personale già assunto, dal momento che il legislatore ha inteso attribuire al giudice ordinario la giurisdizione su tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all'estinzione, compresa ogni fase intermedia relativa a qualsiasi vicenda modificativa, anche se finalizzata alla progressione in carriera e realizzata attraverso una selezione di tipo concorsuale (così, testualmente, v. la sentenza 27 febbraio 2002 n. 2954 in motivazione; v. nello stesso, in precedenza, le sentenze 22 marzo 2001 n. 128, 11 giugno 2001 n. 7859, 10 dicembre 2001 n. 15602 e successivamente le ordinanze 21 febbraio 2002 n. 2514 e 26 giugno 2002 n. 9334). È stato al riguardo precisato che nell'ambito dello stesso rapporto, che ha natura privatistica, non è possibile configurare la procedura selettiva per ottenere un superiore inquadramento come un concorso esterno, trattandosi invece di un concorso interno per la progressione in carriera che si conclude con un atto amministrativo non negoziale (v. l'ordinanza n. 2514 del 2002 sopra indicata).

III. — L'art. 35, primo comma, d.l.gs n. 30 marzo 2001 n. 165 prescrive che l'ingresso nella pubblica amministrazione deve avvenire "tramite procedure selettive", che sono dirette ad accertare la professionalità richiesta e che garantiscono in misura adeguata l'accesso dall'esterno. Questa regola deve ritenersi applicabile, in via generale, anche con riferimento all'attribuzione al dipendente di una qualifica superiore (in base alle disposizioni contenute nei contratti collettivi cui rinvia l'art. 40, primo comma, del medesimo decreto legislativo), dato che, a norma del successivo art. 52, primo comma, la qualifica superiore viene acquisita dal lavoratore "per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive".

Pertanto, considerato che mediante gli accordi collettivi stipulati nel comparto del pubblico impiego è stato previsto un sistema di inquadramento del personale articolato in aree o fasce, all'interno delle quali sono contemplati diversi profili professionali, si deve ritenere che le procedure che consentono il passaggio da un'area inferiore a quella superiore integrino un vero e proprio concorso — tali essendo anche le procedure che vengono denominate "selettive" — qualunque sia l'oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere.

D'altra parte, fermo restando che in materia di impiego pubblico il legislatore è dotato di un'ampia discrezionalità riguardo al potere diretto all'inquadramento del personale, tale discrezionalità essendo soltanto limitata dal principio di non arbitrarietà e di non manifesta irragionevolezza come da tempo è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale (v., in proposito, la sentenza 30 ottobre 1997 n. 320; v. pure le sentenze 17 luglio 2000 n. 296 e 30 aprile 1999 n. 151), va rilevato che la stessa Corte costituzionale, argomentando dalla norma contenuta nell'art. 97 della Costituzione — secondo cui ai pubblici uffici, che (debbono essere organizzati in modo da assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione, si accede "mediante concorso salvi i casi stabiliti dalla legge" — anche prima della c.d. privatizzazione aveva sostenuto che il concorso costituisce, di norma, la regola generale per l'accesso ad ogni tipo di pubblico impiego, anche a quello inerente ad una fascia funzionale superiore, essendo lo stesso "il mezzo maggiormente idoneo ed imparziale per garantire la scelta dei soggetti, più capaci ed idonei ad assicurare il

buon andamento della pubblica amministrazione” (v. le sentenze 27 dicembre 1991 n. 487, 15 ottobre 1990 n. 453, 4 aprile 1990 n. 161).

Questo indirizzo ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza costituzionale intervenuta dopo la privatizzazione del rapporto di impiego, essendo stato in particolare precisato che il passaggio ad una fascia funzionale superiore costituisce l'accesso ad un nuovo posto di lavoro e che la selezione, alla stregua di qualsiasi altro strumento di reclutamento, deve rimanere soggetta alla regola del pubblico concorso (v., fra le tante, le sentenze 30 ottobre 1997 n. 320 e 20 luglio 1994 n. 314).

IV. — Questi principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale hanno trovato puntuale applicazione, da parte della medesima giurisprudenza, quando la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di diverse disposizioni legislative che avevano riservato solamente ai dipendenti interni — alcune volte in modo pressoché automatico, in carenza di una vera e propria procedura selettiva — l'accesso ad un'area funzionale superiore.

Il giudice delle leggi, dopo avere ribadito che “il passaggio ad una fascia funzionale superiore, nel quadro di un sistema come quello oggi in vigore che non prevede carriere o le prevede entro ristretti limiti”, deve essere attuato mediante una forma di reclutamento che permette “un selettivo accertamento delle attitudini” e, quindi, mediante pubblico concorso, ha rilevato che quest'ultimo non può essere riservato esclusivamente ai dipendenti interni, il nuovo assetto creato dal legislatore essendo preordinato a realizzare “il valore dell'efficienza, grazie a strumenti gestionali che consentono di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua più flessibile utilizzazione”. Per questa ragione è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di plurime disposizioni di legge (alcune delle quali relative ai corsi-concorso per la riqualificazione del personale del Ministero delle Finanze: art. 3, commi, 205, 206 e 207 l. 28 dicembre 1995 n. 549 e successive modificazioni) nella parte in cui le stesse prevedevano il passaggio a fasce funzionali superiori “in deroga alla regola del pubblico concorso” o comunque non prevedevano “alcun criterio selettivo”, ovvero riservavano, esclusivamente o in maniera ritenuta eccessiva, al personale interno l'accesso alla qualifica superiore. Inoltre, come è stato sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, la previsione non già di un concorso pubblico con riserva dei posti, bensì di un concorso interno, in quanto riservato ai dipendenti dell'amministrazione per una percentuale dei posti disponibili particolarmente elevata, appare irragionevole e si pone in contrasto con gli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione (v. le sentenze 4 gennaio 1999 n. 1, 16 maggio 2002 n. 194, 29 maggio 2002 n. 218 e 23 luglio 2002 n. 373).

V. — A tali principi si è ispirata la medesima Corte costituzionale nel motivare l'ordinanza n. 2 del 4 gennaio 2001, con la quale è stata dichiarata la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 68 d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e successive modificazioni (ora art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165). In tale ordinanza la Corte, nel fornire la sua interpretazione della norma di legge, ha affermato che la procedura selettiva diretta all'accesso ad una qualifica superiore — e riservata sia al personale interno all'amministrazione, sia a candidati esterni — integra “una vera e propria procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando”.

VI. — Alla luce dell'intero quadro normativo, come deriva, soprattutto, dalle sentenze della Corte costituzionale che si sono succedute nel tempo (indicate nei paragrafi

che precedono), l'indirizzo giurisprudenziale esposto nel paragrafo II deve essere sottoposto ad una necessaria rimediazione.

Dovendo essere considerato come un imprescindibile presupposto (della conclusione che deve essere adottata) il principio secondo cui, nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'accesso del personale dipendente ad un'area o fascia funzionale superiore deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso) — al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni — si deve affermare che il quarto comma dell'art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo “le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore: il termine “assunzione”, d'altra parte, deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che, oltre tutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un'ampliamento della pianta organica.

VII. — Nel caso in esame, come bene deduce il Ministero ricorrente, il concorso al quale ha partecipato il Guida riguarda l'accesso ad uno dei novecenovanove posti della qualifica di primo dirigente del ruolo amministrativo. Pertanto, trattandosi di un'area diversa (superiore) a quella di appartenenza dei candidati interni ed essendo stata dal Guida denunciata l'illegittimità della graduatoria e non già un atto a questa successivo, la controversia deve essere decisa dal giudice amministrativo nonostante che l'approvazione della medesima graduatoria sia intervenuta il 9 luglio 1999 e, quindi, che la questione sia relativa ad un periodo successivo al 30 giugno 1998 (v. Cass. Sez. Un. 11 giugno 2001 n. 7856 per l'interpretazione dell'art. 69, settimo comma, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 in ordine allo spartiacque costituito dalla data del 30 giugno 1998 e per la rilevanza che deve essere data all'approvazione della graduatoria nelle controversie inerenti a pubblici concorsi). In tal senso debbono essere condivise le argomentazioni svolte nel ricorso per cassazione a sostegno della censura formulata avverso la decisione impugnata, essendo stata questa basata sull'indirizzo giurisprudenziale del quale viene qui operata la revisione.

Tenuto conto di tutti i rilievi che precedono, deve essere accolta la prima censura dell'unico motivo del ricorso proposto dal Ministero delle Finanze, con assorbimento della seconda censura (relativa al merito della controversia), deve essere dichiarata la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo e la sentenza impugnata deve essere cassata senza rinvio in relazione alla censura accolta.

Giusti motivi sussistono, atteso l'effettuato mutamento del precedente indirizzo giurisprudenziale, per compensare interamente fra le parti le spese dei due gradi della fase di merito e della presente fase di legittimità.

(*Omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Pensioni - Pensione di invalidità - In genere - Invalidità causata da fatto del terzo - Prestazione previdenziale - Erogazione - Diritto di surroga dell'INPS - Portata - Importo in concreto corrisposto - Esclusione - Valore capitale della prestazione - Sussistenza - Fattispecie in tema di assegno ordinario di invalidità.

Corte di Cassazione - 26.6.2002/28.3.2003, n. 4688/03 - Pres. Duva - Rel. Perconte Licatese - P.M. Ceniccola (Conf.) - INPS (Avv. Poti) - SAI S.p.A. (Avv. Perilli).

Il diritto dell'INPS di surrogazione, ex art. 1916 cod. civ., nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili della sua invalidità, in relazione alla quale l'Istituto abbia erogato la prestazione previdenziale, va rapportato, quanto all'ammontare, non già agli importi concretamente versati, ma, a norma dell'art. 14, secondo comma, della legge n. 222 del 1984, alla capitalizzazione della prestazione erogata, mediante criteri e tariffe determinati (con previsione di tutti i possibili eventi futuri) con decreto ministeriale, sentito il consiglio di amministrazione dello stesso Istituto. Pertanto, con riguardo all'assegno ordinario di invalidità (erogabile quando la capacità di lavoro dell'assicurato si sia ridotta permanentemente a meno di un terzo; riconoscibile per tre anni e confermabile a domanda per periodi della stessa durata, qualora permangano le condizioni che diedero luogo alla liquidazione della prestazione; confermabile ancora automaticamente dopo tre riconoscimenti consecutivi; soggetto, in quest'ultimo caso, a revisione), non esplica alcun effetto, in sede di surrogazione, la mancata conferma, o la revoca a seguito di revisione, di detto beneficio, concesso e concretamente corrisposto per un certo periodo di tempo, più o meno prolungato.

FATTO — *Omissis*, nel 1989, premesso che era rimasto gravemente ferito in un incidente stradale avvenuto il 26 maggio 1985, lungo la S.S "Romea", per colpa esclusiva di *omissis*, deceduto nel sinistro, e che l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale gli aveva riconosciuto un assegno ordinario di invalidità del valore capitale, alla data del 29 dicembre 1988, di lire 74.980.751; conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Ferrara, gli eredi del responsabile (*omissis, omissis, omissis* e *omissis* nonché *omissis*) e l'assicurazione SAI, per sentirli condannare al risarcimento dei danni.

La società assicuratrice, senza contestare l'“*an*”, deduceva di aver pagato il 15 luglio 1989 all'Istituto (il quale, avendo erogato al *omissis* le prestazioni dovutegli, si era surrogato nei diritti del danneggiato verso l'assicuratore del responsabile del danno), lire 83.536.000, e di avere, con tale somma, integralmente adempiuto ad ogni onere risarcitorio, compreso il danno morale.

Con un'autonoma citazione, nel 1992, la SAI conveniva innanzi allo stesso Tribunale l'Istituto, chiedendo che fosse condannato, o per indebito oggettivo (art. 2033 C.c.) o per arricchimento ingiustificato (art. 2041 C.c.), alla restituzione di quanto a suo tempo ricevuto, dedotto quanto effettivamente corrisposto al *omissis*. Ciò perché l'Istituto, essendone cessati i presupposti, aveva revocato l'assegno, dopo un'erogazione complessiva di circa lire 9.000.000.

Il convenuto eccepeva di non essere tenuto alla restituzione, per aver ottenuto la rivalsa in forza di un negozio transattivo intangibile.

Riunite le cause, il Tribunale, con sentenza del 17 luglio 1996, condannava la SAI e gli eredi *omissis* a pagare al *omissis* lire 75.000.000 e l'Istituto a restituire alla SAI lire 74.813.420, oltre agli interessi dal 15 luglio 1989 al saldo. Con sentenza del 23 giugno 1998, la Corte d'Appello di Bologna ha rigettato il gravame proposto dall'Istituto e, in accoglimento del gravame incidentale della SAI, ha condannato il primo a rimborsare alla seconda le spese del giudizio di primo grado. Per la cassazione di tale sentenza ricorre l'Istituto, formulando un'unica censura. Resiste con controricorso la SAI.

DIRITTO — Il ricorrente, denunciando la violazione degli artt. 1 e 14 della legge 12 giugno 1984 n. 222 e 1965 C.C. nonché omessa o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia ai fini dell'applicazione dell'art. 2033 c.c. (art. 360 n. 3 e 5 C.p.c.), sostiene di aver diritto a trattenere l'intera somma versata a suo tempo dalla SAI, frutto di una capitalizzazione eseguita, in base al D.M. 30 marzo 1987, in previsione di tutti i possibili eventi futuri, e quindi anche di una mancata conferma dell'assegno dopo il primo triennio.

La legge ha infatti previsto e quantificato la somma dovuta in via surrogatoria all'Istituto assicuratore tenendo conto di tutte le variabili (revoca, mancata domanda di conferma, morte dell'assicurato, liquidazione successiva della pensione di inabilità) e dell'aleatorietà insita nella prestazione periodica.

Il ricorrente critica altresì gli argomenti coi quali la Corte d'appello ha negato valore transattivo al negozio intervenuto tra le parti in causa il 15 luglio 1989 e ha ricondotto la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 C.c., in presenza di un evento successivo incidente non “*ex tunc*” ma, con effetto “*ex nunc*”, sulla sola durata della prestazione già validamente erogata e, in quanto tale, capitalizzata in base ai parametri di legge.

Il ricorso è fondato, nei limiti che saranno di qui a poco precisati.

La Corte di Appello, per rigettare il gravame dell'Istituto e con esso la tesi che la surroga dell'assicuratore sociale nei diritti dell'assicurato debba estendersi alle somme corrispondenti alle erogazioni indennitarie sia effettive che potenziali, in quanto determinate secondo il modello tipico della capitalizzazione, in base ad apposito decreto ministeriale; osserva come il “riferimento all'ammontare delle prestazioni effettiva-

mente erogate e non a quelle potenziali” si colga con certezza dal tenore letterale della norma di cui all’art. 14 della legge 12 giugno 1984 n. 222, il quale testualmente dispone che “l’Istituto erogatore delle prestazioni previste dalla presente legge è surrogato, fino alla concorrenza del loro ammontare, nei diritti dell’assicurato e dei superstiti verso i terzi responsabili e le loro compagnie di assicurazione”.

È altresì erroneo, soggiunge la sentenza impugnata, l’assunto dell’appellante secondo cui, avendo la società assicuratrice pagato la somma “*de qua*” in virtù di una transazione, la stessa non avrebbe alcun diritto alla ripetizione. Non c’è stata infatti tra le parti alcuna transazione, sia per l’assenza di un qualsiasi contrasto sul titolo del pagamento o sull’importo dovuto, avendo la SAI versato all’appellante quanto da questo richiestole; sia perché non risulta che siano state intavolate trattative al fine di raggiungere un accordo. Difettano quindi nell’atto di quietanza sottoscritto dall’Istituto tanto i presupposti della transazione (“*res dubia*” e “*res litigiosa*”) quanto l’elemento essenziale delle reciproche concessioni, e la quietanza stessa ha dunque valore di semplice dichiarazione unilaterale liberatoria.

Avendo il *omissis* ricevuto in tutto lire 8.722.580, e venuta meno, per il resto, in virtù di eventi successivi, la ragione giustificatrice dell’attribuzione patrimoniale fatta dalla SAI all’Istituto, l’obbligo di quest’ultimo di restituire la somma residua trova titolo nell’art. 2033 c.c.. La sentenza, rileva il Collegio, appare condivisibile soltanto nella parte in cui ha negato che tra le parti sia intervenuta una transazione. È noto come la quietanza costituisca un atto unilaterale recettizio, contenente il riconoscimento del creditore di quanto pagato dal debitore, e come, per l’effetto, da essa non possa di regola desumersi l’esistenza di una volontà transattiva o di rinuncia ad altre pretese da parte del creditore, a meno che il contrario non emerga da speciali elementi e dal complessivo tenore del documento. L’accertamento sul punto del giudice di merito costituisce un giudizio di fatto che, se sorretto da adeguata e corretta motivazione, si sottrae al sindacato di legittimità.

Nella specie la Corte d’appello ha proceduto all’interpretazione della volontà delle parti con una motivazione esente da vizi logici e da errori giuridici, vanamente quindi impugnata dal ricorrente, con censure le quali inammissibilmente si traducono, piuttosto che nella denuncia di concreti vizi deducibili in sede di legittimità, nell’auspicio di una diversa interpretazione, favorevole alle proprie ragioni, della scrittura in discorso.

Giustamente invece il ricorrente lamenta che la surrogazione gli sia stata riconosciuta per il solo importo delle rate di assegno versate al *omissis* fino alla revoca del beneficio (lire 8.722.580) e non per l’intero importo risultante dalla capitalizzazione dell’assegno (lire 83.536.000), onde la condanna, a restituire alla SAI la differenza di lire 74.813.420.

La Corte d’appello ha invero deciso la controversia sulla base del solo 1° comma dell’art. 14 della legge 12 giugno 1984 n. 222 (“revisione della disciplina dell’invalidità pensionabile”) e trascurando del tutto il 2° comma, a tenore del quale “agli effetti del precedente comma, dovrà essere calcolato il calore capitale della prestazione erogata, mediante i criteri e le tariffe, costruite con le stesse basi di quelle allegare al decreto ministeriale 19 febbraio 1981, in attuazione dell’art. 13 delle legge 12 agosto 1962 n. 1338, che saranno determinati con decreto del Ministro del Lavoro e della previdenza sociale, sentito il consiglio di amministrazione dell’Istituto nazionale della previdenza sociale.

Ebbene, rileva il Collegio, l'ambito oggettivo del diritto di surrogazione previsto in generale dall'art. 1916 C.c. incontra di regola un duplice limite: da un lato, l'importo della somma corrisposta a titolo di indennizzo, dall'altro l'entità del risarcimento dovuto dal responsabile all'assicurato. Ciò significa che di regola l'assicuratore non può ottenere più di quanto abbia pagato e il responsabile non è tenuto a corrispondergli, in via di surrogazione, più di quanto dovrebbe all'assicurato danneggiato.

Per quanto concerne il primo di questi limiti obiettivi, è tuttavia la stessa legge a disporre espressamente che, per tutte le prestazioni da essa previste, senza esclusione alcuna, il relativo "ammontare" sia rapportato, in sede di surroga, al valore capitale e non agli importi in concreto corrisposti, per un periodo più o meno lungo, all'assicurato danneggiato. Una tale regola generale e assoluta che, per la sua estrema chiarezza, non può essere disattesa dall'interprete, non può dunque non valere anche nel caso dell'assegno ordinario di invalidità di cui per un certo tempo ha goduto il *omissis* (erogabile quando la capacità di lavoro dell'assicurato si sia ridotta permanentemente a meno di un terzo; riconoscibile per tre anni e confermabile a domanda per periodi della stessa durata, qualora permangano le condizioni che diedero luogo alla liquidazione della prestazione; confermabile ancora automaticamente dopo tre riconoscimenti consecutivi, e soggetto infine, in quest'ultimo caso, a revisione, il tutto a norma degli artt. 1, commi 1°, 3°, 7° e 8°, e 9° della L. cit.).

La norma non prevede infatti alcuna eccezione nell'ipotesi che il beneficio in esame non venga, dopo il primo triennio, confermato, o venga revocato in seguito a revisione; come pure nulla prevede nel caso di revoca, in seguito a revisione, degli altri benefici (pensione ordinaria di inabilità di cui all'art. 2; assegno o pensione privilegiata di cui all'art. 6).

Di fronte all'inequivoco dettato della legge, non interessa stabilire se "i criteri e le tariffe" da porre a base della capitalizzazione siano redatti o meno in vista di tutte le possibili variabili (come la mancata conferma o la revoca del beneficio o la successiva liquidazione della pensione ordinaria di inabilità, ai sensi dell'art. 2 1° comma della legge); né occorre enumerare gli inconvenienti pratici cui darebbe luogo la tesi sostenuta nella sentenza impugnata (a tacer d'altro, la surroga sarebbe quantificabile, "a posteriori", soltanto dopo che fosse sopravvenuta una causa estintiva del beneficio, come è avvenuto per l'appunto nel caso presente, e non mai prima, non essendo mai esattamente prevedibile, "a priori", la durata della prestazione).

Non bisogna dimenticare poi che, almeno tendenzialmente, il "valore capitale" della prestazione erogata dall'Istituto rappresenta il risarcimento del danno subito dall'assicurato per la riduzione permanente della capacità lavorativa, che dovrebbe essere corrisposto in una sola volta, ma che invece è liquidato obbligatoriamente sotto forma di rendita, analogamente a quanto è in facoltà del giudice civile (art. 2057 C.c.).

La "ratio" del sistema adottato dalla legge risponde dunque ad esigenze di certezza e di semplificazione dei rapporti, e, per giunta, risiede altresì nell'osservazione statistica che la conferma dei benefici, anche in sede di revisione, e dunque la durata indeterminata delle prestazioni, è la regola, mentre l'anticipata cessazione è l'eccezione.

Del resto, nessuno ha mai dubitato che, nell'analogo caso della rendita liquidata in seguito a un infortunio sul lavoro, anch'essa soggetta a revisione, ai sensi dell'art. 83 del DPR 30 giugno 1965 n. 1124, l'Istituto erogatore, a norma dell'art. 11 1° comma

dello stesso testo unico, abbia diritto di ripetere dal responsabile civile dell'infortunio la somma corrispondente al valore capitale attuale della rendita liquidata e non di ottenere il semplice rimborso dei vari ratei effettivamente corrisposti.

Conclusivamente, la mancata conferma non poteva esplicitare alcun effetto, dovendo, in sede di surrogazione, tenersi conto del valore capitale della prestazione, ai sensi del 2° comma dell'art. 14 cit., e non dei singoli ratei corrisposti all'*omissis* nel tempo in cui ha goduto dell'assegno.

Resta assorbita ogni questione sull'applicazione alla fattispecie dei principi in tema di indebito oggettivo (art. 2033 C.c.).

Consegue all'accoglimento per quanto di ragione del ricorso la cassazione "*in parte qua*" della sentenza impugnata, col rinvio a un giudice di pari grado, designato nel dispositivo, il quale provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

Pensioni - Pensione di invalidità - Invalidità - Preesistenza - Capacità di lavoro - Riduzione a meno di un terzo prima della costituzione del rapporto assicurativo - Irrilevanza - Condizioni - Esercizio di attività lavorativa e successiva ulteriore diminuzione della capacità di lavoro.

Corte di Cassazione - 6.12.2002/15.3.2003, n. 3854/03 - Pres. Putaturo Donati - Rel. Cuoco - P.M. Fuzio (Conf.) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente) - *omissis* (Avv. Petti).

Alla luce della sentenza n. 163 del 1983 della Corte costituzionale, può essere riconosciuta la pensione di invalidità anche allo assicurato la cui capacità di lavoro sia già ridotta a meno di un terzo precedentemente alla costituzione del rapporto assicurativo (ipotesi del cosiddetto rischio preconstituito) purché l'assicurato stesso si sia poi inserito nel mondo del lavoro operando attivamente nel settore della produzione, e successivamente si sia determinata una successiva ulteriore riduzione della sua capacità di lavoro. Pertanto, la preesistenza di una minore riduzione di detta capacità, e, quindi, la esclusione della preesistenza di una totale assenza della stessa, può essere desunta anche dallo svolgimento di un'attività lavorativa poi cessata. (Nella specie, in applicazione di tali principi, la S.C. ha confermato la decisione dei giudici di merito che avevano riconosciuto il diritto all'assegno di invalidità a favore di un soggetto affetto da oligofrenia congenita, alla stregua della considerazione che la preesistenza della malattia non aveva impedito in passato al ricorrente di prestare attività lavorativa, dapprima come coltivatore mezzadro, quindi come operaio muratore).

FATTO — Con atto del 6.4.1993 *omissis* chiese che il Pretore di Ancona gli riconoscesse la conferma del diritto all'assegno di invalidità.

A seguito di parere tecnico d'ufficio, il Pretore accolse la domanda.

Avverso la sentenza propose appello l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), sostenendo che la ritenuta invalidità era determinata da un'oligofrenia congenita, non suscettibile di evoluzione, e pertanto non valutabile.

A seguito di altra consulenza tecnica d'ufficio, poi rinnovata, il Tribunale ha respinto l'appello. Afferma il Tribunale che la preesistenza dell'oligofrenia non aveva impedito, nel passato, al ricorrente di lavorare: ciò consentiva di escludere che nel passato vi fosse una totale ed assoluta inabilità a qualsiasi forma di lavoro. Da ciò il Tribunale deduce che non vi era rischio preconstituito che escludesse il diritto all'assegno.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre l'INPS, percorrendo le linee di un unico motivo; *omissis* resiste con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 9 della legge 12 giugno 1984 n. 222 e vizio di motivazione, il ricorrente sostiene che il diritto in controversia non è escluso da una situazione di invalidità preesistente al rapporto assicurativo, solo ove poi intervenga un'ulteriore riduzione nel corso del rapporto assicurativo: nel caso in esame, essendo stata accertata un'oligofrenia totalmente invalidante presente fin dalla nascita, il rischio preconstituito preclude il diritto all'assegno di invalidità.

Il ricorso è infondato. In materia d'invalidità pensionabile, a seguito della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale (per Corte Cost. n. 163 del 1983) dell'art. 10 del R.D.L. 14 aprile 1939 n. 636, può essere considerato invalido anche l'assicurato la cui capacità di guadagno era ridotta a meno di un terzo precedentemente alla costituzione del rapporto assicurativo, ove l'assicurato subisca un'ulteriore riduzione nel corso del rapporto (Cass. 9 febbraio 1984 n. 1004).

Il principio, da cui il ricorrente Istituto parte, è pertanto esatto. La giurisprudenza di legittimità ha tuttavia dato rilievo determinante al fatto che l'assicurato si sia inserito nel mondo del lavoro operando attivamente nel settore della produzione (Cass. 24 gennaio 1987 n. 682); ed ha ritenuto che nell'accertamento della situazione d'invalidità abbia rilevanza non solo l'evoluzione dello stato psicofisico dell'assicurato, bensì ogni altra circostanza la quale, successivamente all'instaurarsi del rapporto assicurativo, incida in modo ulteriormente peggiorativo sulla capacità stessa (Cass. 22 novembre 1996 n. 10290).

È poi da considerare, che la preesistenza d'una cronica situazione patologica, la quale riduca sensibilmente la capacità lavorativa, ed il trascorrere d'un considerevole periodo di tempo nel corso del rapporto assicurativo, sono circostanze potenzialmente idonee ad incidere sulle umane condizioni fisico-psichiche.

Specificando questi principi è da affermare che "la preesistenza d'una minore riduzione della capacità lavorativa (e pertanto l'esclusione della preesistenza d'una totale assenza di capacità lavorativa) può essere desunta anche dallo svolgimento di un'attività lavorativa, poi cessata".

Nel caso in esame, il Tribunale, dando determinante rilievo al pregresso svolgimento dell'attività lavorativa "sia pure elementare", e da ciò deducendo che "va esclusa per il passato l'esistenza d'una totale ed assoluta inabilità a qualsiasi forma di lavoro", ha applicato gli indicati principi.

Il ricorrente richiama tuttavia alcune osservazioni del consulente tecnico d'ufficio, per cui "il ritardo mentale presentato dall'*omissis*... è per definizione incompatibile con attività redditizie, ma solo con attività di tipo caritatevole, e sembra che l'attività svolta in precedenza sia inquadrabile in tale tipo, tenuto conto del contesto sociale — piccola comunità — in cui egli ha sempre vissuto".

È tuttavia da osservare che da un canto, le richiamate osservazioni sono del primo consulente tecnico d'ufficio; la seconda consulenza tecnica è, per la sua stessa funzione, riesame dell'accertamento e della valutazione precedentemente effettuati: pregressi elementi che non assumono alcun valore, ove non si contesti e si specifichi espressamente la loro permanente rilevanza per non essere stati travolti dalla seconda indagine.

D'altro canto il Tribunale, richiamando le stesse osservazioni di questo consulente, ne recepisce la valutazione che, sola, rientrava nelle funzioni di una consulenza medico legale (il fatto che la patologia "non impediva di svolgere attività lavorativa di tipo ripetitivo e di modesta entità).

Il giudicante deduce poi determinante elemento dalla stessa documentazione dell'Istituto: il riferimento ad attività lavorativa svolta, prima come coltivatore mezzadro e poi come operaio muratore (attività che appaiono in contrasto con quanto ipotizzato — peraltro solo sul piano astratto — dal primo consulente).

Questi elementi consentono di ritenere che anche l'indicata censura è infondata.

Il ricorso deve essere respinto.

Ed il ricorrente deve essere condannato al pagamento delle spese del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

Processo civile - Controversie - Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Azione giudiziaria in materia di prestazioni erogate dall'INPS (nella specie indennità di malattia) - Mancata previa proposizione di ricorso amministrativo - Termine di decadenza cosiddetto sostanziale - Decorrenza dello stesso.

Corte di Cassazione - 6.12.2002/15.3.2003, n. 3853/03 - Pres. Sciarelli - Rel. Toffoli - P.M. Nardi (Diff.) - Carè (Avv. Carnuccio) - INPS (Avv.ti Cerioni, Todaro).

In tema di controversie concernenti prestazioni erogate dall'INPS, il termine di decadenza cosiddetto sostanziale previsto per la proposizione dell'azione in giudizio dall'art. 47 del DPR 30 aprile 1970, n. 639, come sostituito dall'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992, n. 384, convertito con modificazioni nella legge 14 novembre 1992, n. 438 (termine di un anno nel caso, come quello di specie, in cui sia richiesta la indennità di malattia), decorre nella ipotesi di mancata proposizione del ricorso amministrativo, dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione. Pertanto, in caso di mancata pronuncia dell'INPS sulla domanda amministrativa, il termine stesso si computa a partire dal decorso di complessivi trecento giorni dalla presentazione della domanda medesima (centoventi giorni per la pronuncia sulla domanda, ex art. 7 della legge 11 agosto 1973, n. 533, oltre a novanta giorni per la proposizione del ricorso amministrativo ed ulteriori novanta per la decisione del ricorso, a norma dell'art. 46, commi quinto e sesto, della legge 9 marzo 1989, n. 88).

FATTO — Con ricorso al Pretore di Locri, depositato il 1° 8.1995, Pierina Carè chiedeva la condanna dell'INPS alla corresponsione dell'indennità di malattia per i periodi 6/14 settembre 1994, 28 settembre/12 ottobre 1994 e 7/28 dicembre 1994. L'INPS si costituiva in giudizio eccependo la prescrizione e la decadenza annuale ex art. 4 D.L. 384/1992. Il Pretore rigettava la domanda, ritenendola inammissibile per l'intervenuta decadenza.

Proposto appello da parte da parte dell'assicurata, il Tribunale di Locri confermeva la sentenza impugnata. Rilevava, in punto di fatto, che le certificazioni mediche erano state trasmesse nelle date 8 settembre, 29 settembre, 9 dicembre e 16 dicembre 1994, mentre il ricorso amministrativo era stato presentato il 13.12.1995. Tale ricorso doveva ritenersi *tumquam non esset*, in quanto proposto dopo il decorso del relativo termine di 90 giorni decorrente dal completamento dello *spatium deliberandi* di 120 giorni calcolati a partire dalla data delle domande amministrative, e cioè oltre il termine del 7.7.1995. Ne derivava che anche il procedimento amministrativo doveva ritenersi esaurito nella medesima data e, conseguentemente che la domanda giudiziale era intervenuta (il 1° 8.1995) dopo il decorso del termine annuale di cui all'art. 4 D.L. n. 384/1992.

La Carè propone ricorso per cassazione.

L'INPS si è limitato a depositare procura alle liti.

DIRITTO — Con l'unico motivo la Carè denuncia violazione dell'art. 47 del DPR 30 aprile 1970 n. 639, dell'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992 n. 384; convertito dalla L. 14 novembre 1992 n. 438, dell'art. 46 della L. 9.3.1989 n. 88, dell'art. 5 della L. 11.11.1983 n. 638 (recte: del D.L. 12.9.1983 n. 463, convertito da detta legge), della legge 29.2.1980 n. 33, unitamente a difetti di motivazione.

Premesso che essa aveva proposto appello solo in riferimento all'indennità di malattia per i periodi 5/12 ottobre 1994 e 7/28 dicembre 1994, osserva che, essendo stato presentato tardivamente il ricorso amministrativo, si doveva ritenere applicabile la terza ipotesi di cui all'art. 47 del DPR n. 639/1970, così come novellato dal D.L. n. 384/1992; sicché si sarebbe potuto ritenere verificata, la decadenza solo dopo il decorso del termine massimo complessivo di legge per il completamento del procedimento amministrativo, costituito dal cumulo di 120 giorni per la formazione del silenzio rigetto sulla domanda, 90 giorni per la proposizione del ricorso e ulteriori 90 giorni per la decisione dello stesso. In definitiva risultava quindi non intervenuta la decadenza quanto alle domande presentate a partire dal 5.10.1994.

Il ricorso è fondato.

È opportuno premettere che la ricorrente non ha posto in discussione in questa sede la declaratoria del giudice di appello secondo cui il ricorso amministrativo, per la sua tardività, doveva ritenersi come non proposte (*tamquam non esset*). Quindi deve verificarsi se il medesimo giudice abbia proceduto ad un corretto computo del termine di decadenza c.d. sostanziale per la proposizione dell'azione in giudizio (quanto alla natura del termine deve tenersi presente la norma interpretativa di cui all'art. 6 del D.L. 29 marzo 1991 n. 103, convertito dalla L. 1° giugno 1991 n. 166; cfr. Corte Cost. n. 20 del 1994 (1)), secondo la regola applicabile in caso di mancata proposizione del ricorso (senza che sia necessario esaminare quale sia effettivamente la disciplina applicabile in caso di tardiva proposizione del ricorso).

L'art. 47 del DPR 30 aprile 1970 n. 639, così come sostituito dall'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992 n. 384, convertito con modificazioni dalla L. 14 novembre 1992 n. 438, prevede tre diversi criteri di decorrenza dei termini (di tre o di un anno, a seconda del tipo di prestazione erogata dall'INPS), per la proposizione dell'azione in giudizio: 1) dalla data di comunicazione della decisione del ricorso; 2) dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia di detta decisione; 3) dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione.

Il terzo di detti criteri di decorrenza dei termini di decadenza in questione riguarda appunto l'ipotesi di mancata proposizione del ricorso e in sede interpretativa non si è dubitato che la disposizione faccia riferimento ai termini massimi necessari per la definizione del procedimento amministrativo, in ipotesi di rituale svolgimento del medesimo. In concreto, in base al criterio suddetto, il termine (triennale o annuale) di decadenza decorre dopo il compimento di 300 giorni dalla presentazione della domanda amministrativa, rilevando il cumulo del termine di 120 giorni per la pronuncia sulla domanda, a norma dell'art. 7 legge 11 agosto 1973 n. 533, di 90 giorni per la presentazione del ricorso amministrativo e di ulteriori 94 giorni per la decisione del medesimo, a norma dell'art. 46, commi 5 e 6, della legge 9 marzo 1989 n. 88 (cfr. Corte Cost. 24 aprile 1996 n. 128 (2) e Cass. 9 gennaio 1999 n. 152).

Ha errato quindi il giudice *a quo* a ritenere che il termine di decadenza decorra già a partire dalle scadenze dei termini per la presentazione del ricorso amministrativo.

Devono ritenersi invece non coperti da decadenza i diritti in relazione ai quali al

momento della proposizione dell'azione in giudizio non sia decorso il termine annuale di decadenza, computato a partire dal compimento del termine di trecento giorni dalla presentazione della relativa domanda (mentre non può ritenersi fondata, in base alla normativa appena esaminata, l'ipotesi più specifica, che appare anche adombrata dal ricorrente, secondo cui potrebbero avere rilevanza i singoli giorni di maturazione del diritto fatto valere, se successivi alla data della domanda).

La sentenza impugnata deve dunque essere cassata e la causa rinviata per nuovo esame ad altro giudice, che si atterrà al seguente principio di diritto: "Il termine di decadenza cosiddetta sostanziale previsto per la proposizione dell'azione in giudizio dall'art. 47 del DPR 30 aprile 1970 n. 639, così come sostituito dall'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992 n. 384, convertito con modificazioni dalla L. 14 novembre 1992 n. 438 (termine di un anno nel caso in cui sia richiesta all'INPS l'indennità di malattia), decorre, in ipotesi di mancata proposizione del ricorso amministrativo, "dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione", e, quindi, in concreto, in caso di mancata pronuncia dell'INPS sulla domanda amministrativa, il termine stesso si computa a partire dal decorso di complessivi giorni trecento dalla presentazione della domanda medesima (giorni centoventi per la pronuncia sulla domanda, *ex art. 7 L. 11 agosto 1973 n. 533*, oltre a giorni novanta per la proposizione del ricorso amministrativo e giorni novanta per la decisione del ricorso, a norma dell'art. 46, commi 5 e 6, della L. 9 marzo 1989 n. 88)".

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 198.

(2) *Idem*, 1996, p. 505.

Contributi - In genere - Condono - Clausola di riserva apposta sulla domanda - Disciplina *ex art. 81*, nono comma, legge n. 448 del 1998 - Esclusione degli interessi dalle somme soggette a restituzione da parte degli enti previdenziali - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza - Fondamento.

Corte di Cassazione - 22.1/14.03.2003, n. 3784 - Pres. Martone - Rel. Morcavallo - P.M. Napoletano (Conf.) - Banca Ambrosiano Veneta (Avv. Persiani) - INPS (Avv.ti Correra, Ponturo, Fonzo).

Con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 81, nono comma, della legge 23 dicembre 1998 n. 448 in materia di clausole di riserva di ripetizione apposte alle domande di condono previdenziale, è manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 1, 3, 24 e 97 Costituzione, della previsione normativa di esclusione degli interessi dalle somme che gli enti previdenziali sono tenuti a restituire alle aziende in caso di accertamento negativo dell'obbligo contributivo, tenuto conto che il complessivo intervento del legislatore nella predetta materia — con il riconoscimento alle aziende di un'agevolazione "ulteriore" rispetto al condono, quale la facoltà di condizionare risolutivamente gli effetti di questo, e la contestuale esclusione degli interessi sulle somme eventualmente da restituire — configura una regolamentazione di tipo "transattivo", nel cui ambito la previsione di non debenza degli interessi rispondendo all'esigenza di non aggravare la posizione degli enti suddetti eventualmente obbligati alla restituzione dell'indebitato, configura una situazione del tutto particolare e diversa rispetto agli altri contribuenti che abbiano diritto a diverso titolo, alla ripetizione di contributi indebitamente versati (v. Corte Cost. n. 234 del 2002); né d'altra parte, la medesima previsione esclude che l'ente obbligato alla restituzione sia tenuto a comportarsi, nell'adempimento della sua obbligazione "ex lege", secondo il principio di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione e quello di correttezza e buona fede ex art. 1175 cod. civ., fermo restando che, peraltro, il credito del contribuente non resta privo di tutela giurisdizionale essendo comunque esperibile l'azione giudiziale (cognitoria ed eventualmente esecutiva) in caso di inadempimento.

FATTO — Il Tribunale di Milano, con la sentenza in epigrafe specificata, in parziale riforma della sentenza di primo grado, per quanto ancora rileva in questa sede, ha dichiarato non dovuti dall'INPS gli interessi legali sulla somma capitale da restituire al Banco Ambrosiano Veneto S.p.A., versata a titolo di condono, ex decreto legge 15 gennaio 1993 n. 6, convertito in legge 17 marzo 1993 n. 63, per contributi relativi al personale dirigenziale della incorporata S.p.A. La Centrale — Compagnia Finanziaria, e divenuta indebita per effetto del giudicato formatosi sulla natura industriale dell'attività svolta e del conseguente obbligo di versare i contributi per il detto personale all'INPDAI e non all'INPS.

I giudici di appello, dando atto che la somma capitale era stata già restituita dall'INPS nelle more del giudizio, hanno fatto applicazione dello *ius superveniens* di cui all'art. 81, nono comma, della legge 23 dicembre 1998 n. 448, che esclude la corresponsione degli interessi sulle somme da rimborsare dagli enti impositori, in caso di accertamento negativo della sussistenza del debito oggetto di condono con clausola di riserva di ripetizione.

Gli stessi giudici hanno ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale di tale disposizione, sollevata dalla società creditrice in relazione

all'art. 3 della Costituzione, osservando, al riguardo, che i principi di cui all'art. 2033 cod. civ., non essendo di rango costituzionale, sono stati ragionevolmente derogati dal legislatore in vista dell'esigenza di evitare ricadute eccessivamente dannose per le amministrazioni, in conseguenza di una volontaria determinazione del beneficiario del condono.

Per la cassazione di tale decisione ricorre la stessa società deducendo un unico ed articolato motivo di impugnazione, illustrato da memoria *ex art.* 378 c.p.c..

L'Istituto resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. — L'unico motivo di ricorso denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 81, nono comma, della legge n. 448 del 1998 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953 (con riferimento alla illegittimità costituzionale *in parte qua* del predetto art. 81, nono comma), nonché dell'art. 2033 c.c., ed omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo.

Si deduce, anzitutto, la rilevanza nella presente controversia della questione di legittimità costituzionale, sollevata in grado di appello, ai fini dell'accertamento del diritto della società a percepire gli interessi sulle somme indebitamente versate a titolo di condono e già restituite dall'INPS, a meno di non voler ritenere inapplicabile la disposizione *de qua*, siccome eventualmente riferita ai soli indebiti non ancora restituiti dall'Istituto (nel qual caso il diritto agli interessi deriverebbe dall'applicazione della disciplina generale di cui all'art. 2033 c.c.).

Quanto alla non manifesta infondatezza di tale questione, si lamenta che i giudici di appello abbiano basato la propria valutazione sulla sola considerazione del rango non costituzionale della disciplina codicistica della ripetizione di indebitto, tralasciando di verificare la ragionevolezza della deroga legislativa al principio generale secondo cui il *solvens* ha sempre diritto alla restituzione di quanto indebitamente versato ed anche agli interessi, a prescindere dalla buona o mala fede dell'*accipiens*.

Si sostiene, riguardo a tale deroga, che l'esclusione degli interessi non potrebbe essere giustificata né dal fatto che il condono sia originato da una determinazione del beneficiario, né dall'esigenza di evitare conseguenze eccessivamente dannose per le amministrazioni, posto che, da un lato, la domanda di condono esprimerebbe una scelta volontaria, ma non certo spontanea, e, nel caso di specie, pur sempre condizionata dall'apposizione della clausola di riserva di ripetizione, e che, dall'altro, la possibilità di trattenere gli interessi comporterebbe in favore degli enti debitori un ingiustificato vantaggio patrimoniale ed anche la facoltà di stabilire arbitrariamente il tempo della restituzione, in contrasto con i principi della tutela del diritto di azione (art. 24 Cost.) e del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.): una deroga siffatta, quindi, si risolverebbe, in definitiva, in un'ingiustificata disparità di trattamento per il contribuente che si sia avvalso del condono, rispetto al contribuente che abbia effettuato un pagamento indebitto, con la violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

Si rileva, infine, che la Corte costituzionale ha più volte ribadito la illegittimità della totale esclusione degli interessi, con riferimento anche ad ipotesi di ripetizione di inde-

bito relative a contributi previdenziali (sentenza 23 dicembre 1998 n. 417, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, ultimo comma, della legge 4 luglio 1959 n. 463, come modificato dall'art. 12 della legge 22 luglio 1966 n. 613, nella parte in cui prevedeva che i contributi indebitamente versati dalle imprese artigiane fossero restituiti all'assicurato senza interessi); e si osserva come lo stesso legislatore, a conferma che il diritto agli interessi per tutti i crediti previdenziali è costituzionalmente garantito, sia recentemente intervenuto per modificare la disciplina della restituzione degli arretrati dovuti ai titolari di pensione di reversibilità, la quale non prevedeva il diritto agli interessi per gli importi maturati sino al 31 dicembre 1995 (art. 1, comma 182, della legge 23 dicembre 1996 n. 662), introducendo il diritto agli interessi in misura pari al 5% dell'importo maturato alla predetta data.

2. — Preliminarmente, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del motivo, sollevata in controricorso dall'Istituto resistente sul presupposto che le censure della società ricorrente avrebbero ad oggetto semplicemente la valutazione negativa operata dal giudice di merito circa la non fondatezza della eccezione di legittimità costituzionale.

Deve osservarsi, al riguardo, che una tale eccezione è sempre proponibile, anche per la prima volta, in sede di legittimità (e quivi anche essere sollevata d'ufficio), purché abbia una portata strumentale rispetto all'accoglimento o al rigetto del ricorso (cfr. Cass. n. 11555 del 1995); e tale funzione strumentale non può non riconoscersi nel caso di specie, in cui la ricorrente lamenta sostanzialmente l'avvenuta applicazione di una disposizione incostituzionale, ovvero l'interpretazione della medesima disposizione secondo un significato che la renderebbe incostituzionale.

3. — Il motivo, peraltro, quantunque ammissibile, non è fondato.

La sentenza impugnata ha fatto applicazione dell'art. 81, nono comma, della legge 23 dicembre 1998 n. 448, entrata in vigore il 1° gennaio 1999 (v. art. 83 della stessa legge), cioè successivamente alla pronunzia di primo grado e prima dell'appello proposto dall'INPS, ed avente efficacia anche per il passato e per i giudizi in corso (cfr. Cass. n. 3037 del 2002 (1)).

La norma prevede che “le clausole di riserva di ripetizione, subordinate agli esiti del contenzioso per il disconoscimento del proprio debito, apposte alle domande di condono previdenziale, presentate ai sensi dell'articolo 4 del decreto legge 29 marzo 1997 n. 140, e precedenti provvedimenti di legge sempre in materia di condono previdenziale, sono valide e non precludono la possibilità di accertamento negativo in fase contenziosa della sussistenza del relativo debito”: e specifica, nell'ultima parte del medesimo comma, che “per tali fattispecie sulle eventuali somme da rimborsare da parte degli enti impositori, a seguito degli esiti del contenzioso, non sono comunque dovuti interessi”.

Rispetto a tale ultima disposizione, che esclude la corresponsione degli interessi sulle somme da restituire, la società ricorrente ripropone l'eccezione di illegittimità costituzionale, già sollevata in sede di appello, in base alle considerazioni sopra indicate.

3.1. — La questione rimane rilevante in questa sede sebbene la somma capitale — a suo tempo indebitamente versata a titolo di condono — sia stata già rimborsata dall'Istituto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 448 del 1998, atteso che l'esclusione della corresponsione degli interessi si riferisce a tutte le somme eventualmente "da rimborsare" a seguito degli esiti del contenzioso sulla debenza o meno della restituzione, e quindi anche a quelle già rimborsate dall'INPS, senza interessi, nelle more del giudizio.

3.2. — La medesima questione, tuttavia, si rivela manifestamente infondata alla luce di una esatta ricostruzione della *ratio* della disposizione contestata.

La previsione legislativa di validità delle c.d. clausole di riserva apposte alle domande di condono è intervenuta in una situazione di iniziale incertezza giuridica, sulla base della normativa previgente, che aveva dato luogo ad un cospicuo contenzioso fra aziende ed enti previdenziali ed aveva determinato risposte giurisprudenziali contrastanti, sino alla pronuncia delle Sezioni Unite di questa Corte n. 9918 del 1998, che aveva affermato — in via di risoluzione del contrasto insorto all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità — la invalidità delle suddette clausole e la conseguente intangibilità dei pagamenti effettuati in sede di condono.

L'intervento del legislatore si riferisce, dunque, ad un ambito giurisprudenziale in cui l'inammissibilità della riserva di ripetizione era da ritenere, alfine, come un dato assodato (c.d. diritto vivente), con la conseguenza che il riconoscimento alle aziende di un'agevolazione di cui prima non potevano godere, in base alla situazione giuridica precedente, configura un beneficio ulteriore rispetto alla mera possibilità del condono, che già di per sé è normativamente qualificato come agevolazione; di guisa che la contestuale previsione di non debenza degli interessi sulle somme da restituire, nei casi in cui il pagamento in sede di condono con riserva si riveli non dovuto, appare — nell'ambito di un intento transattivo e, quindi, all'interno di un complesso sistema di regolamentazione normativa di contrapposti interessi — come una sorta di contrappeso (secondo il meccanismo dell'*aliquid datum atque retentum*) corrispondente all'esigenza di non aggravare la posizione degli enti previdenziali eventualmente obbligati alla restituzione dell'indebito.

Mette conto rilevare che, così posta, la questione si risolve non tanto sul piano — proprio dell'obbligazione — della derogabilità della disciplina codicistica della ripetizione dell'indebito, che prevede la corresponsione degli interessi sulla somma da restituire (art. 2033 c.c.), quanto su quello della giustificazione, in relazione alla fattispecie disciplinata, della esclusione totale di interessi e della diversità di situazione rispetto agli altri contribuenti che abbiano diritto, a diverso titolo, alla ripetizione di contributi indebitamente versati (cfr. Corte Cost. n. 417 del 1998).

Si può anche osservare, al riguardo, che un tale tipo di regolamentazione transattiva di posizioni giuridiche, appunto mediante la esclusione della restituzione di somme altrimenti dovuta secondo la ordinaria disciplina, non è per niente infrequente nell'ordinamento.

Ciò è dimostrato, per esempio, dalla disciplina del condono tributario di cui alla

legge 23 dicembre 1966 n. 1139, che prevede la irripetibilità dei tributi, diritti, maggiorazioni ed interessi di mora corrisposti per poter beneficiare del condono dalla stessa legge concesso (art. 6), rispetto alla quale irripetibilità la Corte costituzionale ha pure escluso dubbi di illegittimità, sul presupposto che essa non si configura come imposizione fiscale autonoma, ma s'inquadra nel complessivo rapporto dare-avere che è alla base del condono (Corte Cost. n. 185 del 1975).

Un tale meccanismo, poi, con specifico riferimento all'esclusione degli interessi a fini di risoluzione di situazioni giuridiche pendenti, può rinvenirsi nella previsione di cui all'art. 2, comma 4, della legge 29 gennaio 1994 n. 87, secondo cui le somme dovute a titolo di riliquidazione dell'indennità di buonuscita, in favore dei pubblici dipendenti, per effetto del computo dell'indennità integrativa speciale, non danno luogo alla corresponsione di interessi né a rivalutazione monetaria: nel qual caso la giustificatezza della esclusione degli accessori è dipesa dal riconoscimento del carattere satisfattivo della disposizione, correlato al grado di realizzazione delle aspettative nate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 243 del 1993 (2), che aveva dichiarato illegittima la esclusione dell'indennità integrativa dal calcolo della buonuscita (cfr. Corte Cost. n. 138 del 1997).

Deriva, da tale ricostruzione sistematica, la considerazione conclusiva che l'esclusione dell'obbligo degli interessi, inserendosi nell'ambito della fattispecie del condono previdenziale, costituisce, in tal caso, un bilanciamento dell'agevolazione, ora normativamente riconosciuta al contribuente con effetto retroattivo, di poter condizionare, risolutivamente, il proprio (già parziale) adempimento all'accertamento negativo della sussistenza dell'obbligo contributivo; e, rispondendo a tale esigenza (non riscontrabile in altre situazioni di indebito versamento di contributi), l'esclusione suddetta trova una sua ragionevole giustificazione, sottraendosi, perciò, a rilievi di illegittimità costituzionale in relazione al principio di uguaglianza, sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri contribuenti.

3.3. — Tale conclusione è ora avallata dall'ordinanza n. 234 del 2002 — intervenuta successivamente alla proposizione del ricorso per cassazione da parte della società Banco Ambrosiano Veneto — con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione qui in esame.

In tale decisione, in particolare, la Corte ha considerato che il richiamo — in quel giudizio operato dal giudice remittente — al principio affermato dalla sentenza costituzionale n. 417 del 1998 (evocata in questa sede anche dalla società ricorrente), secondo cui non è costituzionalmente legittima una disciplina del credito per il pagamento indebito di contributi previdenziali che disconosca totalmente gli interessi sulle somme da restituirsi, non è pertinente riguardo all'ipotesi disciplinata dall'art. 81, nono comma, della legge n. 448 del 1998, atteso che la situazione di chi, dopo avere eseguito il condono previdenziale con riserva, abbia poi ottenuto l'accertamento dell'insussistenza del proprio debito contributivo e il conseguente riconoscimento del credito per la restituzione di quanto pagato, non può essere

equiparata a quella di chi risulti altrimenti creditore per avere indebitamente pagato somme a titolo di contributi previdenziali, giacché solo nel primo caso e non anche nel secondo l'esecuzione del pagamento (poi risultato indebito) è collegata alla fruizione di una specifica agevolazione.

Del resto, ha ancora osservato la Corte costituzionale nella predetta decisione, la fattispecie dell'indebito contributivo correlato al condono previdenziale con riserva presenta ulteriori peculiarità, sia per la dipendenza del condono da una valutazione di convenienza del preteso debitore (che altrimenti potrebbe mantenere l'atteggiamento di contestazione integrale del debito contributivo, correndo l'alea di un giudizio sul punto), sia per la circostanza che il pagamento eseguito in esecuzione del condono si profila comunque come parziale rispetto a quello in contestazione.

3.4. — Tutte tali considerazioni, ivi comprese quelle contenute nella recente ordinanza della Corte costituzionale che sono pienamente condivise da questa Corte, valgono, in conclusione, ad escludere dubbi di costituzionalità sotto i profili sopra evidenziati; e, d'altra parte, questa stessa Corte ha ripetutamente fatto applicazione della disciplina qui censurata, senza che la stessa palesasse tali dubbi di illegittimità (cfr. *ex multis* Cass. n. 9306 del 2000).

Resta da aggiungere che la disciplina in esame, così ricostruita nei suoi meccanismi e nella sua *ratio*, si sottrae altresì agli ulteriori dubbi di illegittimità costituzionale prospettati dalla società ricorrente, con riferimento agli art. 24 e 97 della Costituzione.

L'esenzione dall'obbligo accessorio degli interessi, infatti, non vale certo ad esimersi l'Istituto previdenziale dalla sua obbligazione *ex lege* di rimborsare quanto indebitamente percepito, essendo comunque tenuto, fra l'altro, a comportarsi, in relazione all'adempimento di tale obbligo, sia secondo il principio di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, sia secondo i canoni di correttezza e buona fede che sono imposti dalla disciplina relativa alla esecuzione dei rapporti obbligatori (art. 175 c.c.).

Rispetto a tale obbligazione, poi, il credito del contribuente non rimane privo di tutela giurisdizionale, dato che in caso di inadempimento è esperibile l'azione giudiziale, in sede cognitoria (ordinaria o anche sommaria, ex art. 633 ss.) o, eventualmente, in sede di esecuzione, ove l'obbligo di restituzione abbia trovato riscontro in un titolo giudiziale esecutivo (sentenza di condanna, decreto ingiuntivo, ordinanza di pagamento).

4. - Ne deriva, conclusivamente, che il ricorso va rigettato.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 605

(2) *Idem*, 1993, p. 635

Contributi - Retribuzione imponibile - Minimale contributivo commisurato alle retribuzioni stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Nozione - Limitazioni derivanti dall'applicazione del "minimo retributivo costituzionale" - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie relativa a contratto di apprendistato.

Corte di Cassazione - 9.12.2002/7.3.2003, n. 3494/03 - Pres. Mercurio - Rel. Filadoro - P.M. Cesqui (Conf.) - Lovecchio e Dimartino Sirressi S.n.c. (Avv.ti Giannubilo, Antifora) - INPS (Avv.ti Marchini, Fonzo).

L'importo delle retribuzioni 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 (convertito in legge 7 dicembre 1989 n. 389), senza le limitazioni derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 36 Costituzione (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 (Fattispecie relative a contratto di apprendistato).

FATTO — Con sentenza 27 maggio/6 agosto 1999 il Tribunale di Bari rigettava l'appello proposto dalla società in nome collettivo Lo Vecchio e Di Martino "Sirressi" avverso la decisione del locale Pretore che aveva respinto l'opposizione proposta dalla predetta società avverso l'ordinanza ingiunzione n. 375 del 1994, con la quale l'INPS aveva ingiunto il pagamento della somma di lire 5.869.400 a titolo di parziale omissione contributiva per sedici dipendenti, per il periodo gennaio 1989/settembre 1990.

I giudici di appello rilevavano che l'ordinanza ingiunzione era stata emessa dall'INPS in quanto la società aveva retribuito i propri dipendenti in misura inferiore ai minimi stabiliti dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro, sostenendo di non essere tenuta all'osservanza del contratto collettivo nazionale e quindi neppure dei minimi retributivi in essa stabiliti, trattandosi di piccola azienda artigiana non iscritta alle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro.

I giudici di appello ritenevano infondata tale tesi, rilevando che è la stessa legge n. 389 del 1989 a stabilire che la retribuzione da prendere a base per il calcolo dei contributi non può essere inferiore a quella stabilita da leggi, regolamenti o dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative

su base nazionale e che ciò vale anche per le piccole aziende artigiane (come quella della società appellante) che non siano aderenti — neppure in linea di fatto — ad alcuna organizzazione sindacale.

Avverso questa decisione propone ricorso la società sorretto da quattro distinti motivi. L'INPS ha depositato solo procura.

DIRITTO — Con il primo motivo, la società ricorrente denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia.

L'accertamento che ha dato luogo all'emissione dell'ordinanza ingiunzione parte — ad avviso della ricorrente — dall'erroneo presupposto che per gli operai e gli apprendisti occupati alle dipendenze dell'azienda sarebbero stati assoggettati a contribuzione imponibili retributivi non conformi al contratto collettivo nazionale di categoria.

In realtà, la retribuzione corrisposta dalla società ricorrente era stata assoggettata, per gli operai, sul minimale legislativamente determinato, mentre per gli apprendisti sulla retribuzione effettivamente corrisposta.

La sentenza impugnata non aveva tenuto conto della circostanza che la ricorrente non è tenuta appunto perché trattasi di piccola azienda artigiana, all'osservanza ed all'applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, non avendolo sottoscritto.

Ad avviso della ricorrente, i giudici di appello sarebbero incorsi in un evidente errore, ritenendo da un lato che il contratto collettivo nazionale di lavoro non fosse applicabile ai rapporti di lavoro facenti capo alla società ricorrente e, dall'altro, che i minimi contrattuali costituissero per legge il parametro di riferimento per determinare la misura dei contributi (indipendentemente dalla concreta adesione del datore di lavoro al CCNL).

Con il terzo motivo, la ricorrente denuncia violazione dell'art. 6 comma 9 lettera b) e c) della legge 7 dicembre 1989 n. 389.

Osserva la società ricorrente che lo stesso Ministero del Lavoro aveva escluso che fosse tenuto ad osservare un determinato contratto collettivo di lavoro (anche nei confronti degli apprendisti) il datore di lavoro non iscritto alle organizzazioni stipulanti, o che non abbia anche implicitamente recepito l'accordo attraverso la sua costante applicazione.

La sentenza impugnata, rileva ancora la ricorrente, non tiene neppure conto della circostanza che ai sensi dell'art. 21 della legge n. 41 del 28 febbraio 1986 la disciplina degli obblighi contributivi a decorrere dal periodo di paga in corso al gennaio 1986 è stata estesa integralmente a carico dell'apprendista, per cui nessun obbligo sussiste comunque a carico della società ricorrente, la quale dovrebbe anticipare le somme richieste dall'INPS per conto degli apprendisti, senza avere alcuna certezza del recupero, in quanto i dipendenti nel frattempo non sono più alle sue dipendenze.

Con il quarto ed ultimo motivo, la ricorrente deduce che la interpretazione dell'art. 1 della legge n. 389 del 1989 seguita dai giudici di Bari si porrebbe anche in contrasto con gli articoli 3 e 4 della Costituzione, nella parte in cui non distingue in alcun modo l'obbligo contributivo a carico dei datori di lavoro e in favore dell'INPS con riferimento alle distinte posizioni degli operai e degli apprendisti.

Tra l'altro, l'art. 21 della legge n. 41 del 28 febbraio 1986 ha esteso agli apprendisti l'onere contributivo per l'assicurazione generale per invalidità, vecchiaia e superstiti e per le prestazioni del servizio sanitario nazionale a decorrere dal gennaio 1986.

Tale elemento, insieme con altri, deporrebbe a favore di una nettissima distinzione tra l'operaio comune e l'apprendista sia sotto il profilo normativo che sotto quello retributivo (in contrasto con quanto affermato dall'INPS che non pone alcuna distinzione sotto il profilo contributivo tra le due categorie).

Il primo, terzo e quarto motivo, da esaminare congiuntamente, perché connessi tra di loro, non sono fondati.

L'art. 1 del decreto legge 9 ottobre 1989 n. 338, convertito nella legge 7 dicembre 1989 n. 389, ha stabilito il "limite minimo di retribuzione imponibile" ai fini contributivi, prevedendo che la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente 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.

Con tale disposizione, successivamente confermata dall'art. 6, ottavo comma, del decreto legislativo 2 settembre 1997 n. 314, il legislatore, ispirandosi ad un orientamento che si era già consolidato in giurisprudenza, in relazione alla determinazione della base retributiva imponibile *ex art. 12* della legge n. 153 del 30 aprile 1969, ha inteso garantire livelli di prestazioni previdenziali commisurate alle retribuzioni adeguate e sufficienti, stabilendo, in particolare, quanto all'ipotesi più frequente di retribuzione non stabilita da legge o regolamento, che la contribuzione previdenziale sia determinata con riguardo alle retribuzioni che, sebbene non erogate e non percepite, siano però previste dalla contrattazione collettiva e da considerare, perciò, proporzionate e sufficienti in relazione ad un determinato settore economico.

Ne consegue che, secondo l'esplicita previsione della anzidetta disposizione di legge, i contratti individuali o gli altri accordi collettivi diversi dai contratti nazionali, relativi al medesimo settore, possano essere presi a parametro ai fini della determinazione dei contributi soltanto se la retribuzione è di importo superiore a quello del contratto collettivo.

Con sentenza 11199 del 29 luglio 2002 (1), le Sezioni Unite di questa Corte, risolvendo un contrasto insorto all'interno della Sezione Lavoro, hanno affermato il seguente principio: "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 dell'art. 1 del decreto legge 9 ottobre 1989 n. 338 (convertito in legge 7 dicembre 1989 n. 389), senza le limitazioni derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 36 della Costituzione (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".

Del tutto irrilevante appare la circostanza dedotta dalla ricorrente circa l'anticipazione, da parte del datore di lavoro, dei contributi anche per la parte a carico dell'apprendista.

Sotto altro profilo, è appena il caso di rilevarlo, le retribuzioni e le contribuzioni degli apprendisti sono inferiori a quelle degli operai. Sicché nessuna equiparazione è stata effettuata dalla contrattazione collettiva tra queste due categorie di dipendenti.

Inconsistente appare la deduzione della società ricorrente circa una asserita violazione dei principi costituzionali (artt. 3 e 4 della Costituzione), derivante da una pretesa imposizione della retribuzione contributiva prevista dalla contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni sindacali più rappresentative anche per quanto riguarda, in particolare, la posizione degli apprendisti....

Il riconoscimento alla contrattazione collettiva della funzione di definire, insieme alla retribuzione adeguata *ex* art. 36 della Costituzione, e con efficacia anche nei confronti dei datori di lavoro non aderenti alle organizzazioni stipulanti, altresì, i livelli minimali di contribuzione, e cioè il presupposto stesso per la realizzazione dell'obiettivo di adeguatezza delle prestazioni previdenziali, è del tutto coerente con i principi di cui all'art. 39 della Costituzione, dato che la disposizione in esame si limita a determinare l'entità del contributo previdenziale utilizzando i parametri ritenuti più opportuni dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità, senza tuttavia attribuire alla fonte collettiva una impropria efficacia generalizzata nella disciplina del rapporto di lavoro.

La mancanza di effetti dirompenti rispetto ai limiti posti dall'art. 39 della Costituzione è stata già riconosciuta, peraltro, dalla Corte Costituzionale, che, nella sentenza n. 342 del 1992, ha anche precisato come una retribuzione imponibile inferiore a quella prevista dalla contrattazione collettiva di riferimento non varrebbe a realizzare le finalità del sistema assicurativo e previdenziale.

Non si vede, poi, in quale modo la denunciata interpretazione potrebbe configgere con gli articoli 3 e 4 della Costituzione per quanto riguarda le posizioni degli apprendisti, equiparati a quelle degli operai. Conclusivamente, il primo, terzo e quarto motivo di ricorso devono essere rigettati.

Fondato invece appare il secondo motivo di ricorso, con il quale si denuncia violazione dell'art. 11 delle preleggi.

Il periodo cui si riferisce l'accertamento compiuto dall'INPS (24 gennaio 1989/30 settembre 1990) è, almeno in parte, precedente la stessa entrata in vigore della legge n. 389 del 1989.

Sulla portata innovativa di tale disposizione non vi è alcun dubbio.

Pertanto le disposizioni di cui all'art. 1 comma 1 della legge possono trovare applicazione solo per i periodi di paga successivi all'entrata in vigore del decreto legge 338 del 1989 (ottobre 1989).

Il secondo motivo di ricorso deve, pertanto, essere accolto.

La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio ad altro giudice, che procederà a nuovo esame, attenendosi ai criteri sopra enunciati.

Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese di questo giudizio.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 857.

Contributi - Retribuzione imponibile - “Minimale” contributivo commisurato alle retribuzioni stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Nozione - Limitazioni derivanti dall’applicazione del “minimo retributivo costituzionale” - Rilevanza - Esclusione - Società cooperative - Applicabilità - Sussistenza - Fondamento.

Corte di Cassazione - 9.12.2002/7.3.2003, n. 3491/03 - Pres. Mercurio - Rel. Filadoro - P.M. Cesqui (Conf.) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo, Coretti) - Coop. Lavoro GI s.c.a.r.l. (Avv. Rinaldi).

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 (convertito in legge 7 dicembre 1989 n. 389) senza le limitazioni derivanti dall’applicazione dei criteri di cui all’art. 36 Costituzione (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. Né a diverse conclusioni può indurre l’art. 39 della Costituzione, dato che la disposizione in esame si limita a determinare l’entità del contributo previdenziale utilizzando i parametri discrezionalmente ritenuti più opportuni dal legislatore senza tuttavia attribuire alla fonte collettiva un’impropria efficacia generalizzata nella disciplina del rapporto di lavoro. L’efficacia dell’autonomia collettiva nei confronti dei lavoratori non aderenti opera anche con riguardo alla determinazione dei contributi dovuti dalle imprese cooperative per il lavoro prestato dai soci, i quali, ai fini della tutela previdenziale, sono equiparati ai lavoratori previdenziali.

FATTO — Con sentenza 17 dicembre 1997-9 gennaio 1998, il Tribunale di Cremona rigettava l’appello proposto dall’INPS avverso la decisione del locale Pretore del 9-16 giugno 1997 che aveva accolto l’opposizione (ritenendo fondata la pretesa dell’INPS solo per quanto riguarda l’indebito conguaglio con i contributi del rateo di gratifica natalizia) proposta dalla Cooperativa di Lavoro GI avverso il decreto ingiuntivo relativo all’omesso versamento di contributi previdenziali per i soci lavoratori della società con riferimento al periodo gennaio 1986-dicembre 1994.

Il Tribunale dichiarava di condividere le argomentazioni svolte dal Pretore in ordine alla impossibilità di equiparare la posizione del lavoratore dipendente a quella del socio lavoratore, ai fini dell’assolvimento degli obblighi contributivi.

L'attività svolta dai soci lavoratori nell'ambito delle finalità istituzionali della società ed in conformità delle previsioni del patto sociale hanno natura consociativi ed i compensi dagli stessi percepiti non possono essere qualificati come retribuzione.

Da tali premesse, i giudici di appello traevano la conseguenza della inapplicabilità della legge n. 389 del 1989 secondo la quale i contributi previdenziali ed assistenziali non possono essere versati su una retribuzione inferiore a quella prevista dal contratto collettivo nazionale di lavoro di settore.

Il Tribunale richiamava la lettera e lo spirito di questa legge ed osservava che solo per il dipendente la retribuzione dovuta in base al CCNL può essere assunta come parametro di riferimento a fini contributivi.

Posizione del tutto diversa è quella invece del socio lavoratore.

Il Tribunale, infine, riteneva applicabili ai soci delle cooperative che svolgono orario ridotto di lavoro le disposizioni di legge in materia di lavoro a tempo parziale, richiamando sul punto alcune decisioni di questa Corte.

Quanto alle agevolazioni previste per il contratto di formazione e lavoro, il Tribunale ne confermava la applicabilità anche alle società cooperative, segnalando tuttavia la novità di alcune censure riguardanti l'assenza dei requisiti formali prescritti per i contratti di formazione e lavoro e per il lavoro a tempo parziale (in quanto proposte, per la prima volta, in grado di appello).

Nonostante l'individuato profilo di inammissibilità, i giudici di appello esaminavano nel merito tali censure concludendo per la loro infondatezza, sulla base della documentazione in atti.

Una volta riconosciuta l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 1 comma primo della legge n. 389 del 1989, coerentemente i giudici di appello riconoscevano l'infondatezza della domanda dell'INPS volta al recupero dei contributi sulla integrazione della indennità economica di malattia stabilita esclusivamente dalla contrattazione collettiva.

Avverso tale decisione ha proposto ricorso per cassazione l'INPS con un unico motivo.

Resiste la società cooperativa con controricorso.

DIRITTO — Deve innanzi tutto essere rigettata l'eccezione di (parziale) inammissibilità del ricorso per omessa indicazione dei motivi, formulata in controricorso dalla società cooperativa.

Il ricorso, infatti, consente di individuare non solo le problematiche generali che l'Istituto ricorrente intende sottoporre all'esame di questa Corte, ma anche i capi della sentenza impugnata sottoposti a specifica censura.

Del tutto irrilevante appare, poi, nell'esame delle questioni sottoposte all'esame di questa Corte, la precisazione secondo la quale la società cooperativa non avrebbe mai contestato la propria assoggettabilità all'obbligo contributivo nei confronti dei propri soci-lavoratori, negando solo la piena equiparabilità del regime contributivo degli stessi a quello dei lavoratori dipendenti.

Con l'unico motivo, l'Istituto ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 2, terzo comma, R.D. n. 1422 del 1924, art. 35 della legge n. 903 del 1965, art. 37 del R.D.L. n. 1827 del 1935, art. 1 primo comma del Decreto Legge n. 338 del 1989, convertito con modifiche nella legge n. 389 del 1989, art. 11 del Contratto territoriale rapporti di lavoro cooperative sociali (art. 360 nn. 3 e 5 codice di procedura civile).

Il ricorrente richiama il disposto del terzo comma dell'art. 2 del R.D. n. 1422 del 28 agosto 1924, regolamento di esecuzione del R.D. 30 dicembre 1923 n. 3184 sulla assicurazione obbligatoria, secondo il quale, ai fini assicurativi, le società cooperative sono datori di lavoro anche nei riguardi dei soci impiegati in lavori da esse assunti, talché sono tenute al versamento dei contributi, malgrado l'inconfigurabilità di un rapporto di lavoro subordinato.

Tanto premesso, ad avviso del ricorrente, ne discende la piena applicabilità di tutte le norme dettate in materia di previdenza per i lavoratori subordinati (e quindi anche di quella contenuta nell'art. 1 della legge n. 389 del 1989).

Il ricorso è fondato.

L'art. 1 del decreto legge 9 ottobre 1989 n. 338, convertito nella legge 7 dicembre 1989 n. 389, ha stabilito il "limite minimo di retribuzione imponibile" ai fini contributivi, prevedendo che la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente 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.

Con tale disposizione, successivamente confermata dall'art. 6, ottavo comma, del decreto legislativo 2 settembre 1997 n. 314, il legislatore, ispirandosi ad un orientamento che si era già consolidato in giurisprudenza, in relazione alla determinazione della base retributiva imponibile *ex art.* 12 della legge n. 153 del 30 aprile 1969, ha inteso garantire livelli di prestazioni previdenziali commisurate alle retribuzioni adeguate e sufficienti, stabilendo, in particolare, quanto all'ipotesi più frequente di retribuzione non stabilita da legge o regolamento, che la contribuzione previdenziale sia determinata con riguardo alle retribuzioni che, sebbene non erogate e non percepite, siano però previste dalla contrattazione collettiva e da considerare, perciò, proporzionate e sufficienti in relazione ad un determinato settore economico.

Ne consegue che, secondo l'esplicita previsione della anzidetta disposizione di legge, i contratti individuali o gli altri accordi collettivi diversi dai contratti nazionali, relativi al medesimo settore, possono essere presi a parametro ai fini della determinazione dei contributi soltanto se la retribuzione è di importo superiore a quello del contratto collettivo.

Con sentenza 11199 del 29 luglio 2002 (1), le Sezioni Unite di questa Corte, risolvendo un contrasto insorto all'interno della Sezione Lavoro, hanno affermato il seguente principio: "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 dell’art. 1 del decreto legge 9 ottobre 1989 n. 338 (convertito in legge 7 dicembre 1989 n. 389), senza le limitazioni derivanti dall’applicazione dei criteri di cui all’art. 36 della Costituzione (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”.

La efficacia dell’autonomia collettiva nei confronti dei datori di lavoro non aderenti, se pure limitatamente agli indicati fini di una più efficace tutela previdenziale dei lavoratori, opera ovviamente anche con riguardo alla determinazione dei contributi dovuti dalle imprese cooperative per il lavoro prestato dai soci, i quali sono equiparati ai lavoratori subordinati, ai fini della tutela previdenziale, per l’attività prestata in funzione degli scopi istituzionali della società cooperativa, secondo la ricordata *fictio iuris*, che risale all’art. 2 del R.D. 28 agosto 1924 n. 1422.

Anche per tali lavoratori, dunque, può e deve farsi riferimento al contratto collettivo nazionale del corrispondente settore industriale, senza che possa assumere alcun rilievo in contrario un eventuale accordo stipulato dalle rappresentanze sindacali delle imprese del settore e dei relativi lavoratori, che abbia previsto, per la determinazione dell’imponibile contributivo, una retribuzione di importo inferiore rispetto a quella prevista dalla predetta contrattazione nazionale (in tali termini, cfr. Cass. n. 140 del 1999).

La società cooperativa, nel controricorso, deduce la inapplicabilità del contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dei pubblici esercizi ai soci-lavoratori delle cooperative di produzione e lavoro, richiamando la motivazione del Tribunale in ordine all’impossibilità di una equiparazione della posizione del socio-lavoratore con quella di lavoratore dipendente e conclude che “in assenza di una specifica previsione normativa, le disposizioni in tema di calcolo dei contributi previdenziali stabilite per il rapporto di lavoro subordinato non potranno estendersi analogicamente al rapporto intercorrente tra il socio - lavoratore e la cooperativa di produzione e lavoro”.

Si richiamano sul punto le osservazioni formulate da questa Corte, secondo le quali “per una generale *“fictio iuris”* propria della 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 di lavoro subordinato” (cfr. Cass. n. 1409 dell’8 febbraio 1992, 638 del 22 gennaio 1997 (2), 1364 del 10 febbraio 1998, 9815 del 3 ottobre 1998, 6776 del 1° luglio 1999, 5450 del 28 aprile 2000 (3) e 6157 del 2 maggio 2001 (4)).

Inconsistente appare la deduzione della società cooperativa circa una asserita violazione dei principi costituzionali (artt. 3 e 45 della Costituzione), derivante da una pretesa imposizione della retribuzione contributiva prevista dalla contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni sindacali più rappresentative.

Il riconoscimento a questa ultima della funzione di definire, insieme alla retribuzione adeguata *ex art. 36* della Costituzione, e con efficacia anche nei confronti dei datori di lavoro non aderenti alle organizzazioni stipulanti, altresì, i livelli minimali di contribuzione, e cioè il presupposto stesso per la realizzazione dell’obiettivo di adeguatezza

delle prestazioni previdenziali, è del tutto coerente con i principi di cui all'art. 39 della Costituzione, dato che la disposizione in esame si limita a determinare l'entità del contributo previdenziale utilizzando i parametri ritenuti più opportuni dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità, senza tuttavia attribuire alla fonte collettiva una impropria efficacia generalizzata nella disciplina del rapporto di lavoro.

La mancanza di effetti dirompenti rispetto ai limiti posti dall'art. 39 della Costituzione è stata già riconosciuta, peraltro, dalla Corte Costituzionale, che, nella sentenza n. 342 del 1992, ha anche precisato come una retribuzione imponibile inferiore a quella prevista dalla contrattazione collettiva di riferimento non varrebbe a realizzare le finalità del sistema assicurativo e previdenziale.

Conclusivamente, il ricorso deve essere accolto.

La sentenza impugnata va cassata con rinvio ad altro giudice, che procederà a nuovo esame, attenendosi ai criteri sopra enunciati.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 857.

(2) *Idem*, 1997, p. 179.

(3) *Idem*, 2000, p. 1078.

(4) *Idem*, 2001, p. 1045.

Pensioni - Irripetibilità di somme indebitamente versate - Disciplina ex art. 52, secondo comma, legge 88/89 - Ambito di applicazione - Fattispecie.

Corte di Cassazione - 12.12.2002/7.3.2003, n. 3488/03 - Pres. Sciarelli - Rel. La Terza - P.M. Gialanella (Conf.) - INPS (Avv.ti Gorga, Spadafora, Fabiani) - Franchi (Avv. Cabibbo).

La disposizione dettata, in tema di irripetibilità delle somme indebitamente percepite, dall'art. 52, secondo comma, legge 9 marzo 1989 n. 88, che ha natura di norma eccezionale ed è perciò insuscettibile di interpretazione analogica, concerne esclusivamente la materia delle pensioni e non già qualsiasi prestazione previdenziale. (Nella specie la S.C. ha ritenuto l'inapplicabilità della norma indicata nel caso di detrazione sulla pensione di reversibilità, a titolo di recupero, della indennità di disoccupazione indebitamente erogata al coniuge deceduto della pensionata).

FATTO — Con sentenza del 20 giugno 2000 il Tribunale di Avezzano confermava la sentenza resa dal locale Pretore del lavoro il 28 aprile 1998, con cui era stata accolta la domanda proposta da Franchi Luigina per ottenere la restituzione di quanto le era stato detratto dall'INPS sulla pensione di reversibilità a titolo di recupero dell'indennità di disoccupazione, che era stata indebitamente erogata al coniuge deceduto Di Marzio Italo. Il Tribunale, premesso che si trattava di indebito pensionistico, determinatosi perché al Di Marzio, titolare dell'assegno ordinario di invalidità, era stato erogato, per il periodo dal 18.2.86 al 30.4.91, il trattamento speciale disoccupazione senza tenere conto del divieto di cumulo tra i due trattamenti disposto dall'art. 10 della legge n. 887 del 1984, affermava che andavano applicate le disposizioni cui all'art. 1 commi 260 e seguenti della legge n. 662 del 1996, per cui ne escludeva la ripetibilità, sia per il mancato superamento della soglia reddituale prevista dalla legge, sia perché richiesto non nei confronti di un beneficiario, ma nei confronti dell'erede.

Avverso detta sentenza l'INPS propone ricorso affidato ad un unico motivo.

La pensionata ha depositato procura.

DIRITTO — L'INPS denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2033 cod. civ., dell'art. 52 della legge n. 88 del 1989 e dell'art. 1 commi 260 e seguenti legge n. 662 del 1996, per avere il Tribunale attribuito natura pensionistica all'indebito per cui è causa; mentre le somme non dovute si riferivano al pagamento dell'indennità di disoccupazione speciale, erogato al dante causa della ricorrente ancorché titolare di assegno ordinario di invalidità.

Il ricorso merita accoglimento.

Nella specie non è in discussione la sussistenza dell'indebito da parte del coniuge della ricorrente, ma la sua ripetibilità nei confronti della moglie avente causa. Invero le disposizioni speciali sulla irripetibilità dell'indebito vigenti in relazione ai crediti dell'INPS, che derogano al principio generale di cui all'art. 2033 cod. civ., si riferiscono tutte a prestazioni pensionistiche, in tutto o in parte non dovute, ovvero a trattamenti di famiglia. Lo dispongono espressamente tutte le norme che, nel corso del tempo, hanno variamente disciplinato la materia, ossia sia l'art. 52 della legge 9 marzo 1989 n. 88, sia l'art. 13 della legge 30 dicembre 1991 n. 412, sia la norma da applicare nella specie, ossia l'art. 1 commi da 260 e seguenti della legge 23 dicembre 1996 n. 662.

La giurisprudenza ha peraltro avuto modo di affermare (Cass. 22 giugno 1999 n. 6338) che la disposizione dettata, in tema di irripetibilità delle somme indebitamente percepite, dall'art. 52 secondo comma della legge n. 88 del 1989, che ha natura di norma eccezionale ed è perciò insuscettibile di interpretazione analogica, concerne esclusivamente la materia delle pensioni e non già qualsiasi prestazione previdenziale. Nello stesso senso Cass. n. 10696 del 13 ottobre 1995 (1).

La sentenza impugnata che non si è attenuta a detto principio va quindi cassata e, non essendovi accertamenti da compiere, la causa può essere decisa nel merito con il rigetto della pretesa fatta valere dalla signora Franchi.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 1451.

Contributi - In genere - Sentenza di reintegrazione di lavoratore licenziato - Successiva transazione implicante l'estinzione del rapporto lavorativo - Obbligo contributivo del datore di lavoro - Limiti.

Corte di Cassazione - 9.12.2002/7.3.2003, n. 3487/03 - Pres. Senese - Rel. Foglia - P.M. Fedeli (Conf.) - Rubinetterie del Friuli di Bisaro Antonietta (Avv.ti De Nisco, Oropallo) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo, Coretti).

Nel caso di licenziamento dichiarato illegittimo ai sensi dell'art. 18 legge n. 300 del 1970, il rapporto di lavoro prosegue, anche in assenza di effettive prestazioni lavorative, fino al momento della reintegra del lavoratore licenziato ovvero fino alla transazione — eventualmente intervenuta successivamente alla sentenza di reintegra — che pone termine al rapporto: ne consegue, in tale ultima ipotesi, che il datore di lavoro è obbligato a pagare i contributi previdenziali sulla somma corrisposta al lavoratore, comunque qualificata nella sede transattiva e fino ad un ammontare corrispondente alla misura della retribuzione dovuta in base al contratto di lavoro. Resta invece esente da contribuzione previdenziale l'indennità sostitutiva della reintegrazione, che non ha natura retributiva perché il rapporto di lavoro si risolve con la percezione della stessa.

FATTO — Con ricorso del 17.2.1998 al Pretore di Pordenone, la S.n.c. Rubinetterie del Friuli conveniva in giudizio l'INPS contestandone la pretesa di pagamento dell'importo di £. 26.910.000 di cui £. 8.970.000 per contributi omessi per il periodo 1.6.1993/22.2.1994, e £. 17.940.000 per sanzioni.

Assumeva la società ricorrente che tale pretesa seguiva ad una sentenza dello stesso Pretore, del 16.5.1994 che l'aveva condannata, tra l'altro, a versare i contributi previdenziali ed assistenziali per il periodo intercorrente dall'illegittimo licenziamento alla riassunzione della dipendente Chivilò Giannina, mentre quest'ultima aveva, in data 1.6.1994 dichiarato di rinunciare alla reintegrazione nel posto di lavoro, optando per l'indennità sostitutiva prevista dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 mod. dall'art. 1, c. 5 della legge n. 108 del 1990.

Aggiungeva la ricorrente che successivamente a tale rinuncia, era stata formalizzata una conciliazione con la quale era stata convenuto il pagamento in favore della Chivilò della somma di £. 28.785.135 a titolo di indennità sostitutiva della reintegrazione.

Instauratosi il contraddittorio, con la costituzione dell'INPS — il quale contestava la pretesa di controparte, il Pretore adito rigettava la domanda con sentenza dell'8.7.1999.

La società convenuta proponeva appello deducendo: a) che non sussisteva alcun obbligo contributivo a suo carico in quanto, nel momento in cui era intervenuta la rinuncia alla reintegrazione, il licenziamento produceva i suoi effetti *ex tunc*; b) che l'indennità sostitutiva ottenuta dalla lavoratrice aveva natura risarcitoria, sicché non poteva formare oggetto di contribuzione previdenziale.

Con sentenza del 6.5.2000 il Tribunale di Pordenone confermava la decisione di

primo grado osservando che il risarcimento dei danni spettante *ex art. 18 st. lav.* al lavoratore illegittimamente licenziato, per la parte non eccedente la misura di quanto allo stesso lavoratore sarebbe stato erogato a titolo retributivo se non fosse intervenuto il licenziamento, ha natura sostanzialmente retributiva sicché da esso il datore di lavoro è tenuto a trattenere i contributi.

Avverso detta sentenza la società ha proposto ricorso per cassazione affidato ad un unico motivo, cui resiste con controricorso l'INPS.

In prossimità dell'udienza la società ricorrente ha depositato memoria illustrativa *ex art. 378 c.p.c.*.

DIRITTO — Con l'unico motivo la società ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della legge 30.4.1969, n. 151 con riferimento all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, sostenendo che l'indennità sostitutiva della reintegra, avendo natura risarcitoria non rientra nell'imponibile contributivo.

Aggiunge la società che non avendo l'INPS partecipato al giudizio di impugnazione del licenziamento proposto dalla dipendente, la sentenza pronunciata dal Pretore di Pordenone in sua assenza non fa stato nei suoi confronti, sicché va escluso il suo diritto alla richiesta contributiva.

Da ultimo, la ricorrente osserva che essendo intervenuta, con l'accordo del 18.5.1995, una transazione novativa, la somma dovuta dal datore di lavoro, non può essere considerata più "dipendente dal rapporto di lavoro" ai sensi dell'art. 12 cit., essendo tale rapporto ormai venuto meno nel momento della conclusione della medesima transazione.

Il ricorso non può essere accolto.

Esso introduce impropriamente una questione (relativa alla possibilità di sottoporre a contribuzione previdenziale l'indennità sostitutiva della reintegra) inesistente nel caso concreto, dal momento che il credito contributivo azionato dall'INPS riguardava esclusivamente l'ammontare del risarcimento dei danni commisurato alle retribuzioni maturate dal licenziamento all'ordine di reintegra e non anche all'indennità sostitutiva della medesima.

Come risulta, infatti, dalla sentenza impugnata, i contributi richiesti si riferiscono al periodo 1.6.1993/22.2.1994, anteriore all'esercizio dell'opzione intervenuta il 1.6.1994.

Successivamente a tale opzione, con la quale la lavoratrice aveva rinunciato alla reintegrazione nel posto di lavoro, veniva formalizzata una conciliazione a seguito della quale la società aveva versato una somma a titolo di indennità sostitutiva.

Ciò premesso, appare del tutto corretto il giudizio espresso dai Giudici di merito in entrambi i gradi, secondo cui, poiché l'opzione produce l'effetto non dalla data del licenziamento, ma dal suo esercizio (più precisamente, come avverte la Corte costituzionale con sentenza 4.3.1992, n. 81, l'effetto estintivo del rapporto di lavoro opera al momento dell'adempimento, da parte del datore di lavoro, della relativa prestazione pecuniaria) tutti gli importi dovuti dal datore di lavoro a seguito dell'illegittimo licenziamento sino alla permanenza dell'obbligo reintegratorio restano certamente assoggettati a contribuzione previdenziale.

Con il che restano confermati gli indirizzi espressi sul tema dalla giurisprudenza di questa Corte, oltre che dalla dottrina espressamente invocata dalla società ricorrente.

Ed infatti, da una parte, va rilevato che nel caso di licenziamento dichiarato illegittimo ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, il rapporto di lavoro prosegue, anche in assenza di effettive prestazioni lavorative, fino al momento della reintegra del lavoratore licenziato ovvero fino alla transazione — eventualmente intervenuta successivamente alla sentenza di reintegra — che pone termine al rapporto: con la conseguenza, in tale ultima ipotesi, che il datore di lavoro resta obbligato a pagare i contributi previdenziali sulla somma corrisposta al lavoratore, comunque qualificata nella sede transattiva, e fino ad un ammontare corrispondente alla misura della retribuzione dovuta in base al contratto di lavoro {Cass. 17.4.2001, n. 5639: v. anche Cass. 9.5.2002, n. 6663 (1) secondo la quale soggette a contributi sono anche le somme fissate in transazione quando sia chiara la volontà delle parti di addivenire ad una risoluzione consensuale anticipata del rapporto e di attribuire alla somma versata un carattere retributivo in senso lato).

Dall'altra, deve ritenersi che resta esente da contribuzione previdenziale l'indennità sostitutiva della reintegrazione, prevista dall'art. 18, c. 5 della legge 20.5.1970 come modificato dall'art. 1 della legge n. 108 del 1990.

L'indennità in questione non ha natura retributiva (anche se ragguagliata alla retribuzione globale di fatto pari a 15 mensilità) proprio perché il rapporto di lavoro si risolve con la percezione della stessa (Corte Cost. n. 81 del 1992 cit.). Ed infatti, a differenza dell'indennità di mancato preavviso per la quale l'assoggettamento a contribuzione si giustifica con l'ultrattività del rapporto di lavoro sino alla scadenza del preavviso stesso, l'indennità sostitutiva della reintegrazione non dipende da un tale vincolo, derivando piuttosto dall'estinzione di esso, al pari del risarcimento del danno liquidato *ex art. 8* della legge 11.7.1966, n. 604, di cui è pacifica la non imponibilità (Cass. 3.12.1984, n. 6317 (2)).

Premesso quanto sopra, deve concludersi che del tutto correttamente la sentenza impugnata ha affermato l'obbligazione contributiva della società per la parte coincidente con la misura delle retribuzioni maturate nel periodo 1.6.1993/22.2.1994, nelle quali non rientra affatto l'indennità sostitutiva della reintegra nell'ammontare complessivamente concordato in sede di conciliazione.

Vale la pena di aggiungere che, essendo la conciliazione intervenuta successivamente alla sentenza di reintegra — operando essa esclusivamente sugli effetti di questa e non anche sui periodo precedente durante il quale il rapporto di lavoro è proseguito a tutti gli effetti, ivi compresi gli obblighi contributivi — perde consistenza l'argomento difensivo del ricorrente basato su un asserito valore novativo della medesima conciliazione con il quale si tenta di sottrarre all'assoggettamento contributivo ogni erogazione effettuata, a qualunque titolo, a favore della dipendente sin dal momento del licenziamento.

Il ricorso va dunque respinto con attribuzione a carico del ricorrente delle spese del presente giudizio nei termini precisati in dispositivo.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1059.

(2) *Idem*, 1985, p. 378.

Contributi - Ricongiunzione dei periodi assicurativi - Disciplina ex lege n. 29 del 1979 - Ricongiunzione presso gestioni speciali per lavoratori autonomi - Presupposti - Esistenza di un periodo di contribuzione nell'assicurazione generale obbligatoria (oppure in altre gestioni previdenziali) per lavoratori dipendenti di almeno cinque anni immediatamente antecedente alla domanda - Conseguenze - Diritto alla ricongiunzione in caso di versamento della contribuzione esclusivamente presso gestioni previdenziali per lavoratori autonomi - Esclusione - Questione di legittimità costituzionale - Non manifesta infondatezza.

Corte di Cassazione - 28.11.2002/6.3.2003, n. 3386/03 - Pres. Prestipino - Rel. De Luca - P.M. (Diff.) - INPS (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correrà) - De Santis (Avv. Ligorio).

L'art. 2 della legge 7 febbraio 1929 n. 29, nel prevedere la ricongiunzione dei periodi assicurativi presso gestioni speciali per i lavoratori autonomi gestite dall'INPS in cui il lavoratore risulti iscritto all'atto della domanda ovvero nella quale possa far valere almeno otto anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa, presuppone — in forza del rinvio all'art. 1, quarto comma, della stessa legge — che l'interessato possa far valere altresì un periodo di contribuzione di almeno cinque anni immediatamente antecedente alla data della domanda nell'assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti oppure in due o più gestioni diverse dalla predetta A.G.O. (ma parimenti per i lavoratori dipendenti), con la conseguenza che resta esclusa — in quanto non prevista — la ricongiunzione dei periodi assicurativi ove la contribuzione sia stata versata esclusivamente presso diverse gestioni previdenziali per lavoratori autonomi. In relazione a tale mancata previsione, risultante da un'interpretazione letterale e sistematica che preclude una diversa interpretazione "adeguatrice", non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del predetto art. 2, in relazione agli artt. 3 e 38 Costituzione, considerata l'oggettiva discriminazione, rispetto a tutti gli altri lavoratori, che ne deriva in pregiudizio dei lavoratori autonomi che siano stati iscritti soltanto a gestioni previdenziali autonome e tenuto conto che l'esclusione dal diritto alla ricongiunzione comporta per questi ultimi una irragionevole deroga dello "standard" di adeguatezza che — mediante la ricongiunzione — è garantito, invece, a tutti gli altri lavoratori che siano stati iscritti a diverse gestioni previdenziali.

FATTO — Con sentenza del 4 aprile/4 maggio 2000, il Tribunale di Bari — in totale riforma della sentenza dei Pretore della stessa sede in data 23 giugno 1997 — accoglieva la domanda proposta da Maria Domenica De Sanctis contro l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), per sentire "dichiarare il (proprio) diritto alla ricon-

giunzione”, presso la gestione speciale per gli artigiani, gestita dall’Istituto, del periodo di contribuzione versata presso la gestione speciale per gli esercenti attività commerciali, parimenti gestita dall’Istituto.

Osservava, infatti, il giudice d’appello:

— all’atto della propria domanda amministrativa di ricongiunzione (21 febbraio 1995), Maria Domenica De Sanctis non solo era iscritta e versava contributi (a far tempo dal 1° gennaio 1986, ininterrottamente) presso la gestione speciale per gli artigiani, gestita dall’INPS, ma poteva far valere, altresì, più di “otto anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa” presso la medesima gestione;

— in precedenza, la stessa Maria Domenica De Sanctis era stata iscritta ed aveva versato contributi (dal 1° gennaio 1965 al 30 settembre 1985) alla gestione speciale per gli esercenti attività commerciali, parimenti gestita dall’INPS;

— pertanto la De Sanctis aveva diritto (ai sensi dell’art. 2 della legge n. 29 del 1979) alla ricongiunzione pretesa, presso la gestione speciale per gli artigiani, del periodo di contribuzione versata presso la gestione speciale per gli esercenti attività commerciali.

Avverso la sentenza d’appello, l’Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) propone ricorso per cassazione affidato ad un motivo.

L’intimata resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. — Con l’unico motivo di ricorso — denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 2, 1° comma, della legge 7 febbraio 1979, n. 29 e 16, 3° comma, della legge 2 agosto 1990, n. 233), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — l’Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) censura la sentenza impugnata per avere riconosciuto il diritto di controparte — alla ricongiunzione pretesa, presso la gestione speciale per gli artigiani, del periodo di contribuzione versata presso la gestione speciale per gli esercenti attività commerciali — sebbene la ricongiunzione (prevista dall’art. 2, 1° comma, della legge n. 29 del 1979, cit., “in alternativa” alla ricongiunzione presso l’assicurazione generale obbligatoria-AGO, di cui all’art. 1 della stessa legge) — presso gestioni diverse dall’AGO, appunto — riguardi, bensì, anche le gestioni speciali per lavoratori autonomi (quali artigiani, appunto, ed esercenti attività commerciali) gestite dall’Istituto, ma per i lavoratori autonomi, tuttavia, “restano ferme” - in forza di previsione esplicita in tal senso (ultimo periodo dello stesso art. 2, 1° comma, della legge n. 29 del 1979, cit.) — “le disposizioni di cui all’art. 1, quarto comma”, con la conseguenza che la ricongiunzione stessa può effettuarsi soltanto presso gestioni sostitutive, esclusive o esonerative dell’AGO — ma parimenti per lavoratori dipendenti — e non già presso dette gestioni speciali per lavoratori autonomi.

2. — Ricongiunzione e totalizzazione sono istituti del nostro ordinamento previdenziale (ma con riscontri nel diritto dell’Unione europea e nel panorama comparatistico) diretti, entrambi, ad agevolare — con modalità ed esiti affatto diversi tra loro — l’utilizzazione integrale della contribuzione versata (oppure accreditata o dovuta e non prescritta) ed, in genere, delle posizioni contributive maturate presso gestioni previdenzia-

li diverse — in dipendenza dei lavori, parimenti diversi, svolti nei corso della vita — ai fini del diritto e della misura del trattamento pensionistico.

Con la garanzia costituzionale (art. 38, secondo comma, Cost.) di adeguatezza della prestazione pensionistica — quantomeno sotto il profilo della proporzionalità della prestazione medesima alla quantità del lavoro complessivamente prestato da lavoratori mobili (vedi Corte Cost. n. 61 del 1999) — ne risulta assicurata, altresì, l'esigenza di incentivare — o, comunque, non ostacolare — la mobilità professionale dei lavoratori (sulla falsariga di quanto previsto — con riferimento alla mobilità territoriale — dall'articolo 51, lettera a, del trattato istitutivo della Comunità economica europea e da fonti derivate dello stesso ordinamento, che accolgono l'istituto della totalizzazione — nella forma del “cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni che per il calcolo di queste” — quale misura, in materia di sicurezza sociale appunto, “necessaria per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori migranti”).

3. — Solo la ricongiunzione, tuttavia, consente la concentrazione di tutte le posizioni contributive presso la gestione, prevedibilmente destinata ad erogare la pensione in base al proprio regime, all'uopo trasferendo la contribuzione — effettivamente versata oppure accreditata o, comunque, dovuta nei limiti della prescrizione (ved. Corte Cost. n. 374/97, Cass. n. 5767, 6772/2002) presso una o più gestioni previdenziali “competenti”, in dipendenza dei lavori prestati — ad altra gestione che — in forza di scelta operata dal lavoratore, ricorrendone le prescritte “condizioni” — è deputata ad erogare, all'atto del collocamento a riposo, “una unica pensione” — commisurata a tutti i contributi che vi risultino concentrati — garantendo, di regola, l'accesso al regime più favorevole ed alla prestazione più elevata. (In tal senso, vedi Corte Cost. n. 61 /99, 374/97, cit., 259/92 (1), 508/91 (2), 527 (3), 184/87 (4); Cass., sez. un., 193/2001, 1639/95 (5), 5237/93; Cass. Sez. lav. 6722, 692/2002).

La disciplina del rapporto fra enti previdenziali diversi, che si instaura nel caso di ricongiunzione dei periodi assicurativi, é volta, quindi, a realizzare un equilibrio di situazioni patrimoniali tra le diverse gestioni — allorquando, in forza della ricongiunzione, si venga a costituire presso una di esse una posizione assicurativa, a favore del lavoratore, che sostituisce ed assorbe quella già esistente presso l'altra — all'uopo prevedendo, in ogni caso, il trasferimento alla gestione di destinazione dei contributi “di pertinenza” della gestione di provenienza e, talora, l'accollo all'assicurato di un onere finanziario, inteso a coprire (almeno parzialmente) per la gestione di destinazione — che sia caratterizzata da prestazioni più favorevoli e da obblighi contributivi superiori — il costo del riconoscimento, a favore dell'assicurato medesimo, di un periodo contributivo maturato nell'ambito della gestione di provenienza, che sia caratterizzata da minori prestazioni e minori contributi (in tal senso, vedi Corte Cost. n. 374/97, cit.).

Ne risulta l'obbligo delle gestioni previdenziali interessate a porre in essere precisi comportamenti (quali quelli imposti dall'art. 5 della legge n. 29 del 1979, come dalle disposizioni corrispondenti che disciplinano altre ricongiunzioni) entro termini rigorosamente fissati — costituenti “atti dovuti” nei confronti del lavoratore — e la configu-

razione come “diritto soggettivo perfetto” — che ne consegue — della corrispondente posizione giuridica sostanziale del lavoratore (vedi Cass., sez. un., n. 1639/95, cit.).

Funzionale “ai fini del diritto e della misura di una unica pensione” — per espressa previsione di legge (art. 1 e 2 legge n. 29 del 1979) — é, per quel che qui interessa, la ricongiunzione presso l’assicurazione generale obbligatoria oppure, rispettivamente, presso forme di previdenza sostitutive, esclusive od esonerative — alle “condizioni” ed al titolo (gratuito, cioè, oppure oneroso), stabiliti contestualmente, senza che ne risulti violato, tuttavia, il principio costituzionale di uguaglianza (vedi Corte Cost. n. 184/87, cit.) — di periodi di contribuzione, dei quali il lavoratore sia titolare presso una o più gestioni previdenziali diverse.

La ricongiunzione — che si applica sia ai lavoratori dipendenti ed a quelli autonomi (artigiani, commercianti, coltivatori diretti) iscritti all’INPS (ai sensi della legge n. 29 del 1979, cit.) che ai liberi professionisti (ai sensi della legge n. 45 del 1990) — risulta, tuttavia, eccessivamente onerosa per i lavoratori autonomi ed, ancor più, per i liberi professionisti, in quanto è subordinata al versamento della “riserva matematica” (al netto dei contributi, maggiorati di interessi, trasferiti dalle gestioni cedenti) — in misura parziale (al 50%) e, rispettivamente, integrale — a carico del lavoratore interessato ed a favore della gestione di confluenza che liquida la pensione, per alimentarne l’incremento derivante dall’operazione (vedi Corte Cost. n. 61/99, cit.).

4. — Pur perseguendo il medesimo scopo — di agevolare, appunto, l’utilizzazione integrale di tutta la contribuzione in favore del medesimo lavoratore, a prescindere dalla gestione previdenziale presso la quale risulti versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta) — l’istituto della totalizzazione, tuttavia, è affatto diverso, quanto a modalità di attuazione, esiti e ripartizione dell’onere finanziario.

Senza oneri a carico del lavoratore interessato, la totalizzazione consente, infatti, il cumulo dei periodi assicurativi maturati presso gestioni diverse — in virtù di una finzione giuridica (*factio iuris*) — al solo fine del conseguimento dei requisiti assicurativi e contributivi per il diritto a pensione, previsti dai rispettivi regimi.

Resta invece a carico di ciascuna gestione — 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, cit.).

Pur non comportando oneri per il lavoratore interessato, la totalizzazione, di regola, risulta tuttavia meno vantaggiosa — rispetto alla ricongiunzione — per il lavoratore medesimo.

Peraltro risulta funzionale — alla garanzia costituzionale (art. 38, 2° comma, Cost.) del diritto ad una prestazione previdenziale (e, segnatamente, pensionistica) adeguata alle esigenze di vita — l’onere che la totalizzazione impone alle gestioni previdenziali interessate — in dipendenza della “mancata sterilizzazione della contribuzione insufficiente” — di corrispondere un segmento di prestazione pensionistica — di importo, nel lungo periodo, eventualmente più elevato — in luogo del valore nominale dei contributi versati dall’interessato, rivalutato nella misura dei 4,50 per cento all’anno (vedi Corte Cost. n. 61/99, cit.).

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 — mentre é previsto in linea generale, per quanto si é detto, dall’ordinamento comunitario in favore dei “lavoratori migranti” — ha trovato applicazione, nel nostro ordinamento, soltanto nei casi per i quali risulta espressamente previsto, in termini non sempre omogenei, senza che ne risulti violato, tuttavia, il principio costituzionale di uguaglianza (art. 3 Cost.).

Si tratta, ad esempio, del caso — che interessa la dedotta fattispecie, sia pure in alternativa alla ricongiunzione pretesa nel presente giudizio — dei 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 dei lavoratori dipendenti (articolo 16 legge n. 223 del 1990), oppure dei dirigenti iscritti all’INPDAL, 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 sono stati iscritti.

5. — Sia per la ricongiunzione che per la totalizzazione, le normative diverse — previste, per quanto si é detto, dal nostro ordinamento — sono espressione di ampia discrezionalità del legislatore (vedi Corte Cost. n. 508 del 1991, 527 e 184 del 1987, in tema di ricongiunzione) e risultano calibrate sui diversi ordinamenti e sulle diverse gestioni previdenziali interessate.

Coerentemente, 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 rispetto a quelle previste.

Resta la possibilità di sindacare - sul piano della costituzionalità — l’omessa previsione della facoltà di scelta — tra ricongiunzione e totalizzazione, appunto — fatte salve, tuttavia, le discipline rispettive.

Infatti, la stessa Corte costituzionale — con pronuncia additiva di principio o a dispositivo additivo generico (sentenza n. 61 del 5 marzo 1999, cit.) — ha, tra l’altro, dichiarato costituzionalmente illegittime disposizioni in tema di ricongiunzione (art. 1 e 2 della legge n. 45 del 1990, recante Norme per la ricongiunzione dei periodi assicurativi ai fini previdenziali per i liberi professionisti), nella parte in cui non prevedono la facoltà di scelta fra la ricongiunzione e la totalizzazione, o comunque la possibilità

di optare per un meccanismo alternativo alla ricongiunzione onerosa, (sia pure soltanto) in favore dell'assicurato che non abbia maturato il diritto ad un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni nelle quali sia, o sia stato, iscritto.

A quasi quattro anni dalla sentenza della Corte costituzionale (n. 61 del 5 marzo 1999, cit., appunto), tuttavia, la disposizione di legge (art. 71 della legge n. 388 del 2000, legge finanziaria per il 2001) — volta a darne attuazione — attende ancora il previsto regolamento d'attuazione (per la cui adozione é fissato il termine di due mesi dalla data — 1° gennaio 2001 — di entrata in vigore della stessa legge).

Speculare — rispetto alle disposizioni investite dalla sentenza della Corte costituzionale (n. 61/99, cit.) — é la disposizione (art. 2, in relazione all'art. 1, quarto comma, della legge n. 29 del 1979), applicabile alla dedotta fattispecie, nella parte in cui non prevede la ricongiunzione, presso una delle gestioni speciali per lavoratori autonomi gestite dall'INPS (quale, nella specie, la gestione artigiani) dei periodi di contribuzione versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta), esclusivamente, presso altra (o altre) delle stesse gestioni speciali (quale, nella specie, la gestione per esercenti attività commerciali), in alternativa alla totalizzazione — senza oneri, ma meno vantaggiosa per il lavoratore interessato — che é prevista per gli stessi periodi di contribuzione (art. 16 della legge n. 233 del 1990).

6. — Invero quest'ultima disposizione (art. 16 della legge n. 233 del 1990, recante Riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi) — intitolata, appunto, Cumulo dei periodi assicurativi — sancisce testualmente:

“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”.

Dopo avere disciplinato la totalizzazione mediante cumulo dei contributi (comma 1) — con “oneri relativi alle quote di pensione (...) a carico delle rispettive gestioni assicurative” (comma 2) e, quindi, senza oneri per i lavoratori interessati — la disposizione in esame, esplicitamente, fa salva (comma 3) — senza modifiche (“resta ferma”) — la “facoltà (per l'assicurato) di avvalersi delle disposizioni di cui alla legge 7 febbraio 1979, n. 29”.

Pertanto la disposizione stessa si limita a disciplinare la totalizzazione (vedi, per tutte, Cass. N. 1891 /2000 (6) ed, in sostanziale conformità, nonostante qualche divergenza meramente testuale, 2870/2001), mentre — per quanto riguarda la ricongiunzione degli stessi periodi di contribuzione — si limita a rinviare alla disciplina relativa (di cui alla legge 7 febbraio 1979, n. 29, cit.), senza apportarvi — ripetersi — alcuna modificazione.

E la disciplina, che ne risulta richiamata, non prevede — come é stato anticipato — la ricongiunzione, presso una delle gestioni speciali per lavoratori autonomi gestite dall'INPS, dei periodi di contribuzione che sia stata versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta) — esclusivamente — presso altra (o altre) delle stesse gestioni speciali.

7. — E ben vero, infatti, che — “in alternativa” alla ricongiunzione presso l'assicurazione generale obbligatoria (AGO) per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti gestita dall'INPS (di cui all'art. 1 della legge n. 29 del 1979, cit.) — é prevista (art. 2 della stessa legge) la ricongiunzione presso gestioni speciali per lavoratori autonomi parimenti gestite dall'INPS — come presso ogni altra gestione previdenziale, sostitutiva, esclusiva o esonerativa dell'AGO — in cui il lavoratore “risulti iscritto all'atto della domanda ovvero (...) nella quale possa far valere almeno otto anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa”.

Tuttavia — per i lavoratori autonomi, iscritti a gestioni speciali gestite dall'INPS, appunto — non é sufficiente una delle “condizioni” alternativamente previste — che risultano entrambe sussistenti nella dedotta fattispecie — e, cioè, l'iscrizione, all'atto della domanda, ovvero “almeno otto anni di contribuzione versata, in costanza di effettiva attività lavorativa”, presso la gestione di destinazione.

Per gli stessi lavoratori autonomi, infatti, “restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, quarto comma” (ultimo periodo del primo comma dell'art. 2 della legge n. 29 del 1979, cit.).

In forza di tale rinvio (art. 2, primo comma, ultimo periodo, in relazione all'art. 1, quarto comma, della legge n. 29 del 1979, cit., appunto), detti lavoratori autonomi possono, quindi, esercitare la facoltà di chiedere la ricongiunzione — sia presso l'AGO che presso gestioni previdenziali sostitutive, esclusive o esonerative (ai sensi dell'art. 1 e, rispettivamente, dell'art. 2 della legge n. 29 del 1979, cit.) — solo se possono “far valere, all'atto della domanda, un periodo di contribuzione di almeno cinque anni immediatamente antecedente nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti oppure in due o più gestioni previdenziali diverse dalla predetta assicurazione generale obbligatoria”.

Ora il prescritto “periodo di contribuzione di almeno cinque anni immediatamente antecedente” alla domanda dev'essere maturato nell'Assicurazione generale obbligatoria (AGO) oppure “in due o più gestioni previdenziali diverse dalla predetta assicurazione generale obbligatoria” — ma parimenti, tuttavia, per lavoratori dipendenti — ai fini della ricongiunzione sia presso la stessa AGO (in tal senso, vedi Cass. n. 1064/99 (7), 11543/95, 5399/87), sia presso gestioni previdenziali sostitutive, esclusive o esonerative (in tal senso, vedi Corte Conti, sez. contr., 7 gennaio 1988, n. 1879).

Non ne risulta, quindi, prevista la ricongiunzione di periodi di contribuzione, ove questa sia stata versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta) — esclusivamente — presso diverse gestioni previdenziali per lavoratori autonomi (quali, nella specie, artigiani ed esercenti attività commerciali) gestite dall'INPS.

La conclusione raggiunta riposa sul tenore letterale della disposizione applicabile (art. 2, primo comma, ultimo periodo, in relazione all'art. 1, quarto comma, della legge

n. 29 del 1979, cit.), ma trova conforto, tuttavia, nel sistema della disciplina in materia, appunto, di ricongiunzione (di cui alla stessa legge n. 29 del 1979, cit.).

Soltanto per la ricongiunzione — nell'AGO od in uno degli altri regimi di previdenza per i lavoratori dipendenti — di periodi di contribuzione presso gestioni previdenziali per lavoratori autonomi gestite dall'INPS, infatti, sono previsti espressamente sia l'onere a carico del lavoratore (art. 1, terzo comma, della legge n. 29 del 1979, cit.), sia il criterio per la determinazione della retribuzione pensionabile (art. 7, secondo comma, della stessa legge).

La mancanza di discipline corrispondenti, sia pure diverse, sui medesimi temi — per il caso, che qui interessa, di ricongiunzione di periodi di contribuzione versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta), esclusivamente, presso gestioni previdenziali per lavoratori autonomi gestite dall'INPS — sembra confermarne la non ricongiungibilità prospettata.

Non può essere trascurato, infatti, che — nel caso di ricongiunzione di periodi contributivi — la disciplina, nella specie omessa, è volta a realizzare — per quanto si è detto — l'equilibrio di situazioni patrimoniali fra le diverse gestioni interessate, all'uopo prevedendo, in ogni caso, il trasferimento alla gestione di destinazione dei contributi “di pertinenza” della gestione di provenienza e, talora, l'accollo all'assicurato di un onere finanziario, inteso a coprire (almeno parzialmente) per la gestione di destinazione — che sia caratterizzata da prestazioni più favorevoli e da obblighi contributivi superiori — il costo del riconoscimento, a favore dell'assicurato medesimo, di un periodo contributivo maturato nell'ambito della gestione di provenienza, che sia caratterizzata da minori prestazioni e minori contributi (in tal senso, vedi Corte Cost. n. 374/97, cit.).

Tuttavia, la Corte ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale — in riferimento agli articoli 3 e 38, secondo comma, della costituzione — della disposizione (art. 2, primo comma, ultimo periodo, in relazione all'art. 1, quarto comma, della legge n. 29 del 1979, cit., appunto), nella parte in cui non prevede la ricongiungibilità di periodi di contribuzione versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta), esclusivamente, presso gestioni previdenziali per lavoratori autonomi (quali, nella specie, artigiani ed esercenti attività commerciali) gestite dall'INPS.

L'interpretazione letterale delle disposizioni esaminate (art. 16, comma 3, legge n. 233 del 1990, cit.: “Resta ferma per l'assicurato la facoltà di avvalersi delle disposizioni di cui alla legge 7 febbraio 1979, n. 29” ; nonché la disposizione, che ne risulta richiamata, dell'art. 2, primo comma, ultimo periodo, in relazione all'art. 1, quarto comma, della legge n. 29 del 1979, cit.) — confortata, peraltro, dall'interpretazione sistematica — rende impossibile, infatti, l'attribuzione di un significato, diverso da quello prospettato, alle disposizioni medesime, precludendone l'interpretazione adeguatrice, che va sempre ricercata prima di proporre incidente di costituzionalità (vedi, per tutte, Corte Cost., ord. 592, 177/2000, 36/98; sent. 244/97, 171/96, 437/95, 226/94; Cass., sez. un., 30 (8), 96, 1192/2000, 779/99).

8. — La rilevanza — che è rimessa alla “motivata” valutazione del giudice rimettente (in tal senso, vedi, per tutte, Corte Cost. ord. n. 234/2001, sent. n. 239/96, 297/86, 246/86 (9), 228 e 165/85, 293, 61 /84; Cass. ord. n. 107/94, 3370/2002) — si risolve, infatti, nell'influenza — ai fini della definizione, appunto, del giudizio *a quo* — delle disposizioni o

delle “norme” (sullo specifico punto, vedi, per tutte, Corte Cost. n. 321 /98, 196, 186/99, 78/2001, 204/82; Cass., sez. un., 4823/87), che risultino investite dalla questione di legittimità costituzionale (in tal senso, vedi, per tutte, Corte Cost. ord. n. 81 /2001, 289/99, sent. n. 117/96, 518/91; Cass. 11555, 9131 /95, 4389/87, 5694/86, 4789/86, 3802/85).

In particolare, la questione di legittimità costituzionale è rilevante, nel giudizio di cassazione, quando risulti strumentale rispetto alla soluzione — censurata con il ricorso — di questioni di diritto sostanziale o processuale (in tal senso, vedi, per tutte, Cass. 1368/92, 4389/87, 5694/86, 3802/85, cit. e, con riferimento alle impugnazioni in generale, Cass. 4789/86, cit.), senza supporre, tuttavia, un accertamento di fatto ulteriore da parte del giudice di merito (vedi, per tutte, Cass. 4389/87, cit.).

Ora la disposizione in esame (di cui all’art. 2, primo comma, ultimo periodo, in relazione all’art. 1, quarto comma, della legge n. 29 del 1979, cit.) — proprio nella parte in cui non prevede la ricongiungibilità di periodi di contribuzione versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta), esclusivamente, presso gestioni previdenziali per lavoratori autonomi (quali, nella specie, artigiani ed esercenti attività commerciali) gestite dall’INPS — comporterebbe l’accoglimento del ricorso per cassazione, che censura, appunto, la contraria decisione del giudice d’appello.

Tanto basta per ritenere rilevante la questione di legittimità costituzionale prospettata.

Tuttavia, la questione sessa risulta, altresì, non manifestamente infondata.

9. — La questione di costituzionalità prospettata non riguarda, tuttavia, il contenuto della disposizione (di cui all’art. 2, primo comma, ultimo periodo, in relazione all’art. 1, quarto comma, della legge n. 29 del 1979, cit.) — che ne risulta investita — ma soltanto l’omessa previsione, che ne risulta, della facoltà della ricongiunzione — che garantisce, di norma, l’accesso al regime più favorevole ed alla prestazione più elevata — nella sola ipotesi di periodi di contribuzione versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta) — esclusivamente — presso gestioni diverse per lavoratori autonomi (quali, nella specie, artigiani ed esercenti attività commerciali) gestite dall’INPS.

Non ne sono investite, quindi, le discipline di ricongiunzione e totalizzazione — affatto diverse fra loro, senza tuttavia confliggere né con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), né con altri principi o disposizioni della costituzione (vedi Corte Cost. n. 184 del 1987, cit.) — ma la prospettata esclusione, che ne discende, della facoltà di accesso, mediante la ricongiunzione appunto, al regime più favorevole ed alla prestazione più elevata — che é prevista per tutti gli altri lavoratori (subordinati, autonomi, professionisti) — soltanto per i lavoratori autonomi che abbiano contribuzioni (versate oppure accreditate o, comunque, dovute e non prescritte) soltanto presso gestioni previdenziali diverse gestite dall’INPS.

Pare evidente, quindi, la violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) — anche sotto il profilo della ragionevolezza — in dipendenza dell’oggettiva discriminazione — o, comunque, del trattamento non paritario, rispetto a tutti gli altri lavoratori (subordinati, autonomi, professionisti) — che ne risulta, in pregiudizio dei lavoratori autonomi che siano stati iscritti — esclusivamente — a gestioni previdenziali gestite dall’INPS.

Pare violata, tuttavia, anche la garanzia costituzionale di “adeguatezza” delle prestazioni pensionistiche (ed, in genere, previdenziali) alle “esigenze di vita” (art. 38, secondo comma, Cost.) — che non si esaurisce nella “garanzia delle esigenze minime” (vedi, per tutte, Corte

Cost. n. 42/99, 457/98 (10), 127/97 (11), 264/94 (12), 198/91, 307/89 (13), 157/80) — non essendo consentito, soltanto a detti lavoratori autonomi, di accedere - mediante la ricongiunzione, appunto — al trattamento pensionistico più favorevole, che é garantito, invece, a tutti gli altri lavoratori — parimenti — in proporzione del lavoro complessivamente prestato con iscrizione a gestioni previdenziali diverse (c.d. lavoratori mobili).

In altri termini, risulta irragionevolmente derogato — soltanto in pregiudizio dei lavoratori autonomi che siano stati iscritti, esclusivamente, a gestioni previdenziali diverse gestite dall'INPS — lo standard di adeguatezza, che — mediante la ricongiunzione — é garantito, invece, a tutti gli altri lavoratori mobili.

Se ne può prospettare, quindi, anche il contrasto con il principio di ragionevole parità (vedi Corte Cost. n. 457/98), che pare desumibile dal combinato disposto dei principi costituzionali di uguaglianza e di garanzia di adeguatezza delle prestazioni pensionistiche ed, in genere, previdenziali (di cui agli articoli 3 e, rispettivamente, 38, secondo comma, Cost., cit.).

Ne risulta, pertanto, (anche) la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale — in riferimento agli articoli 3 e 38, secondo comma, della costituzione — della disposizione impugnata (di cui all'art. 2, primo comma, ultimo periodo, in relazione all'art. 1, quarto comma, della legge n. 29 del 1979, cit.), nella parte in cui non prevede la ricongiungibilità di periodi di contribuzione, ove questa sia stata versata (oppure accreditata o, comunque, dovuta e non prescritta) — esclusivamente — presso diverse gestioni previdenziali per lavoratori autonomi (quali, nella specie, artigiani ed esercenti attività commerciali) gestite dall'INPS.

Esula — dallo scrutinio del giudice remittente — la verifica circa la sindacabilità — da parte della Corte costituzionale — delle scelte discrezionali del legislatore, in ordine alle modalità ed ai tempi della ricongiunzione e della totalizzazione di periodi contributivi, nonché in ordine all'introduzione, nel caso di specie, del diritto alla ricongiunzione dei periodi assicurativi — di regola più vantaggiosa, ma talora non priva di oneri per l'assicurato — che consentirebbe, tuttavia, di porre rimedio alla situazione denunciata (vedi Corte Cost. n. 508/91, 527 e 184/87, nonché 61/99, cit.).

Lungi dall'influire sulle condizioni per la rimessione della questione di legittimità costituzionale, i prospettati limiti — alla sindacabilità di scelte discrezionali del legislatore, appunto — restano, infatti, affidati alla valutazione della stessa Corte costituzionale e ne condizionano — in caso di accoglimento — la scelta del tipo di pronuncia, essenzialmente, fra declaratoria d'inammissibilità e pronuncia additiva di principio o a dispositivo additivo generico (sul punto, vedi, per tutte, Corte Cost. n. 61 del 5 marzo 1999, cit.).

10. — Pertanto — previa declaratoria di “rilevanza” e “non manifesta infondatezza” della questione di legittimità costituzionale prospettata — va ordinata la immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e, sospeso il presente giudizio, va disposto che, a cura della cancelleria, questa ordinanza sia notificata alle parti in causa, al Procuratore generale presso la Corte di cassazione nonché al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel contempo, sia comunicata al Presidente

della camera dai deputati e del Senato della Repubblica (ai sensi dell'art. 23 L. 11 marzo 1953 n. 87).

(Omissis)

- (1) V. in q. Riv., 1992, p. 774.
- (2) *Idem, idem*, p. 66.
- (3) *Idem*, 1988, p. 342.
- (4) *Idem*, 1987, p. 1185.
- (5) *Idem*, 1995, p. 510.
- (6) *Idem*, 2001, p. 151.
- (7) *Idem*, 2000, p. 1360.
- (8) *Idem*, 2000, p. 497.
- (9) *Idem*, 1987, p. 164.
- (10) *Idem*, 2000, p. 91.
- (11) *Idem*, 1997, p. 448.
- (12) *Idem*, 1994, p. 1116.
- (13) *Idem*, 1989, p. 1042.

Contributi - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi - Incremento occupazionale - Verifica - Riferimento ad una nozione di azienda in senso oggettivo - Necessità - Variazioni nella titolarità dell'impresa - Irrilevanza - Fattispecie in tema di associazione temporanea di imprese.

Corte di Cassazione - 20.11.2002/4.3.2003, n. 3207/03 - Pres. D'Angelo - Rel. Toffoli - P.M. Velardi (Conf.) - Bilello (Avv.ti Carcione, Garilli) - INPS (Avv.ti Marchini, Fonzo).

Ai fini della corretta applicazione dello sgravio contributivo aggiuntivo previsto dall'art. 18, comma quarto, del D.L. 30 agosto 1968, n. 918 (nel testo sostituito dall'art. 1 della legge di conversione 25 ottobre 1968 n. 1089) e di quello supplementare di cui all'art. 1, comma primo, D.L. 5 luglio 1971, n. 429 (convertito in legge 4 agosto 1971, n. 589), per stabilire se all'interno di una azienda si sia effettivamente verificato un incremento occupazionale rispetto alla situazione esistente alle date di riferimento fissate dalle suddette norme, occorre aver riguardo ad un concetto di azienda in senso oggettivo, senza tener conto delle variazioni eventualmente intervenute nella titolarità dell'impresa (nel caso di specie la S.C. ha confermato la sentenza del giudice di merito, che aveva disposto la restituzione all'INPS di sgravi contributivi indebitamente fruiti da parte di un raggruppamento di imprese, riunite in una società consortile, ritenendo che per la gestione dei lavori dei quali erano aggiudicatari le consorziate non fosse stata in realtà costituita una nuova azienda, avendo la società consortile mantenuto l'organizzazione ed il personale dipendente preesistente).

FATTO — L'INPS agiva in via monitoria davanti al Pretore di Sciacca al fine di conseguire il pagamento della somma di L. 108.724.675 da parte della società di fatto Imprese riunite Bilello Calogero e C. e dei suoi soci Alberto Bilello e Antonino Bilello, precisando che il credito riguardava sgravi aggiuntivi e supplementari indebitamente fruiti e le relative somme aggiuntive.

Proponevano opposizione detta società (in persona di Alberto Bilello), e i due soci.

L'opposizione era rigettata dal Pretore con sentenza confermata, a seguito di appello proposto da tutti gli opposenti, dal Tribunale di Sciacca.

Il giudice di appello rilevava che non era stato confermato da nessuna prova l'assunto degli appellanti secondo cui la società di fatto Imprese riunite Bilello Calogero e C. era un'impresa di nuova costituzione, che avrebbe utilizzato per la realizzazione dei lavori di costruzione in Sciacca di una casa-albergo per anziani, ad essa appaltati, mezzi ed attrezzature proprie e manodopera assunta *ex novo*. Rilevava, invece, il giudice di merito, che verosimilmente detta società nasceva dal raggruppamento di diverse imprese riunite, a norma degli artt. 22 e segg. legge (recte: decreto legislativo) n. 406/1991, modificativa della L. n. 584/1977, mantenendo ciascuna la propria autonomia in conformità dell'art. 23 di detta legge, come evidenziato anche dalla stesa denominazione della ditta.

Antonino Bilello propone ricorso per cassazione, articolando due motivi. L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione degli artt. 2082, 2247, 2249, 2297 c.c., dell'art. 18, quarto comma, D.L. 30 agosto 1968 n. 918, convertito con modificazioni dalla L. 25 ottobre 1968 n. 1089, dell'art. 1 D.L. 5 luglio 1971 n. 429, convertito dalla L. 4 agosto 1971 n. 589 (disposizioni poi trasfuse nell'art. 59 del DPR 6 marzo 1978 n. 218).

Osserva che nella specie era incontestata l'esistenza di una società di fatto, per legge assumibile nell'ipotesi della società in nome collettivo irregolare, che aveva svolto l'attività imprenditoriale relativa alla costruzione della casa-albergo per anziani, e che, al fine del godimento degli sgravi aggiuntivi oggetto del giudizio (non avendo contestato l'INPS la fruizione dello sgravio generale), è rilevante se sussiste un'azienda nuova e diversa rispetto a quella dei singoli soci, a prescindere dall'esistenza di un soggetto dotato di personalità giuridica.

Inoltre, in sede istruttoria non erano state confermate le affermazioni, contenute nel verbale di ispezione dell'INPS, circa l'inesistenza di una nuova azienda e della riconducibilità della società consortile al profilo generale delle aziende coesistenti (mentre dall'accertamento stesso risultava, almeno a contrario, la non provenienza dalle aziende preesistenti dei lavoratori per cui erano stati applicati gli sgravi aggiuntivi e supplementari).

Con il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 2697 c.c. e vizio di motivazione sotto il profilo della incongruità, della illogicità e del mancato esame delle risultanze processuali.

Lamenta la mancata valutazione del verbale dell'ispettore dell'INPS, che — per le ragioni evidenziate nel primo motivo — se preso in esame avrebbe portato il

Tribunale a conclusioni opposte rispetto a quelle a cui è pervenuto. Inoltre osserva che costituiva onere dell'INPS provare che la Società Imprese riunite Bilello Calogero e C. svolgeva l'attività imprenditoriale per la quale era stata costituita servendosi del complesso di beni organizzati da ciascuno dei soci nell'ambito delle rispettive imprese, o che comunque l'azienda della società era identica a quella di uno o più soci, e vi era stato soltanto un mutamento della titolarità. Invece nessuna prova era stata fornita dell'Istituto, che si era limitato ad affermare apoditticamente che la società non poteva essere considerata un autonomo soggetto di diritto e quindi un soggetto nuovo.

L'INPS eccepisce l'inammissibilità del ricorso, rilevando che Antonino Bilello precedentemente aveva agito nella qualità di (sedicente) socio della Imprese riunite Bilello Calogero e C., mentre ora non aveva specificato la sua qualità: la circostanza era foriera di dubbi, perché egli rivestiva anche la qualità di imprenditore individuale non socio.

Questa eccezione è infondata. È evidente, infatti, che il ricorrente agisce in relazione alla qualità che era alla base della sua partecipazione al giudizio di merito.

Né doveva essere integrato il contraddittorio nei confronti delle altre parti del giudizio di merito, stante la sussistenza tra le varie posizioni di un mero vincolo di responsabilità solidale (cfr. Cass. n. 1808/2000 e 1905/2000).

I due motivi di ricorso, che vengono esaminati congiuntamente, stante la loro connessione, non sono fondati.

È opportuno preliminarmente rilevare che, in sostanza, il giudice di merito ha accertato che i lavori erano stati appaltati ad un raggruppamento di imprese preesistenti, a norma degli artt. 22 e seguenti del D.Lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, le quali poi avevano agito, quanto meno ai fini della gestione dei rapporti di lavoro e di assicurazione sociale, sotto la ragione sociale della società di fatto che è stata parte nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Questo accertamento, in linea di diritto, si correla al principio secondo cui, ai fini dell'applicazione degli sgravi contributivi giustificati dall'incremento occupazionale, la verifica relativa alla sussistenza di questo incremento deve essere effettuata in riferimento ad una nozione di azienda in senso oggettivo, senza tenere conto delle eventuali variazioni intervenute nella titolarità dell'impresa; in linea di fatto, esso trova riscontro in detta circostanza incontestata, relativa all'assunzione dei lavori da parte di una unione di imprese, e da elementi di conferma rappresentati dalla denominazione dell'impresa (oltre che, evidentemente, da circostanze evidenziate dall'accertamento ispettivo richiamato dal ricorrente stesso, quali la provenienza di parte dei lavoratori dalle imprese preesistenti). A fronte di tali risultanze relative alla conservazione dei preesistenti elementi dell'azienda (oggetto anche specifico dell'attività, denominazione, provenienza di molti lavoratori), l'impresa avrebbe avuto l'onere di provare rigorosamente gli elementi necessari per dimostrare la sua novità (cfr. Cass. 12 novembre 1999 n. 12589 (1) e Cass. 22 dicembre 2001).

I motivi di ricorso non sono idonei a dimostrare la censurabilità delle conclusioni a cui è pervenuto il giudice di merito: in particolare, dalle richiamate enunciazioni del verbale ispettivo certo non è ricavabile una prova circa la novità dell'impresa.

Il ricorso deve dunque essere rigettato.

Le spese del giudizio vengono regolate in base al criterio della soccombenza.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 1339.

Contributi - In genere - Condono previdenziale - Finalità - Riserva di accertamento negativo apposta alla domanda di condono - Contestualità con l'istanza di condono - Necessità.

Corte di Cassazione - 15.11.2002/27.2.2003, n. 3029/03 - Pres. Mercurio - Rel. Roselli - P.M. Abbritti (Conf.) - Ventura S.p.A. (Avv. Pugliese) - INPS (Avv.ti Marchini, Fonzo).

La normativa sulla regolarizzazione degli inadempimenti contributivi (cosiddetto condono) è intesa a consentire l'immediata percezione di entrate altrimenti sospese e ad eliminare il contenzioso, con gli aggravii economici e organizzativi ad esso collegati; tuttavia essa consente l'apposizione di una riserva di accertamento dell'obbligo contributivo e di ripetizione di quanto pagato, che ha il valore di condizione risolutiva unilateralmente apposta alla domanda di condono. Tale riserva deve essere però contestuale alla domanda, essendo altrimenti vanificata l'esigenza di consolidare la situazione giuridica conseguente all'istanza di regolarizzazione contributiva. (Massima non ufficiale).

FATTO — Ritenuto che con ricorso del 19 gennaio 1996 al Pretore di Pavia, la S.p.A. Ventura proponeva opposizione contro un'ordinanza-ingiunzione emessa per mancato versamento all'INPS di premi assicurativi e sanzioni amministrative;

che con sentenza del 25 maggio 1998 il Pretore dichiarava cessata la materia del contendere per avere l'opponente presentato domanda di condono previdenziale;

che, proposto appello dalla società, con sentenza del 22 marzo 2000 n. 178 il Tribunale confermava la sentenza pretorile, osservando che l'art. 81, comma 9, L. 23 dicembre 1998 n. 448 affermava bensì la validità delle clausole di ripetizione apposte alle domande di condono e permetteva così alle imprese richiedenti di fare accertare, dopo aver pagato, l'inesistenza del debito contributivo e di proporre la conseguente domanda di restituzione; tuttavia tale domanda era inammissibile qualora la clausola di ripetizione non fosse stata in concreto formulata;

che nel caso di specie la S.p.A. Ventura non aveva apposto la clausola sulla domanda di condono, onde non poteva trovare accoglimento la sua domanda di ripetizione;

che il difetto di clausola non poteva essere sanato dal comportamento tenuto dalla società nel corso del giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione; comportamento, del resto, ambiguo perché consistente in richieste di rinvio e nella successiva discussione della causa;

che contro questa sentenza ricorre per cassazione la S.p.A. Ventura mentre resiste con controricorso l'INPS.

Considerato che col primo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 12 preleggi e 81, comma 9, L. n. 448 del 1998, sostenendo che il suo comportamento nel processo di opposizione all'ingiunzione di pagare i contributi previdenziali e le sanzioni amministrative non poteva essere considerato non concludente, come fece il Tribunale, e quindi non espressivo della volontà di chiedere l'accertamento negativo del debito contributivo e la restituzione di quanto indebitamente pagato all'INPS;

che col secondo motivo la ricorrente, invocando gli artt. 100, 306, 329 cod. proc. civ., 1362, 2033 cod. civ., 32 D.L. 10 luglio 1982 n. 429, sostiene che il Tribunale avrebbe dovuto interpretare l'art. 81, comma 9, cit. adeguandolo alla garanzia del diritto del contribuente alla difesa in giudizio (art. 24 Cost.), ossia nel senso che la riserva di ripetizione dei contributi indebitamente pagati avrebbe potuto essere da lui espressa anche dopo la domanda di condono;

che i due motivi, da esaminare insieme perché connessi, non sono fondati;

che ai sensi dell'art. 81, comma 9, L. n. 448 del 1998, "le clausole di riserva di ripetizione, subordinate agli esiti del contenzioso per il disconoscimento del proprio debito contributivo, apposte alle domande di condono previdenziale sono valide e non precludono la possibilità di accertamento negativo in fase contenziosa della sussistenza del relativo debito";

che la chiara lettera di tale disposizione di legge non permette arbitrarie distinzioni all'interprete e quindi esclude l'accertamento negativo in fase contenziosa, quando il contribuente non abbia ritenuto di apporre la clausola di riserva di ripetizione alla clausola di condono (Cass. 27 febbraio 2002 n. 2943 (1));

che la ricorrente, pretendendo di esercitare un'azione di ripetizione in assenza di un presupposto richiesto dal legislatore, propone non un'interpretazione estensiva (come essa la definisce) ma in realtà un'inammissibile interpretazione abrogativa;

che il precedente citato (Cass. n. 13958 del 1991) non è pertinente giacché relativo ad una questione di interesse ad agire;

che nessun contrasto fra detta disposizione e l'art. 24 Cost. è prospettabile, poiché essa attribuisce al soggetto privato un effetto giuridico da lui stesso voluto, secondo un esatto criterio di autoreponsabilità;

che pertanto, in mancanza della clausola, è irrilevante il comportamento tenuto in giudizio dal contribuente, dovendo ritenersi come superflue le considerazioni espresse in proposito dal Tribunale;

che, rigettato il ricorso, le spese seguono la soccombenza.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 605.

Pensioni - Liquidazione - Computo - Nuova disciplina dei tetti pensionistici ex art. 21, sesto comma, legge 11 marzo 1988, n. 67 - Pensioni liquidate anteriormente al primo gennaio 1988 - Riliquidazione - Esclusione - Conseguenze - Eccezione di illegittimità costituzionale del detto art. 21 in relazione all'art. 3 Cost. - Manifesta infondatezza.

Corte di Cassazione - 25.10.2002/26.2.2003, n. 2948/03 - Pres. Prestipino - Rel. Lamorgese - P.M. Fuzio (Conf.) - Vattolo ed altri (Avv. Boer) - INPS (Avv. De Angelis, Di Lullo).

In relazione alla rilevanza ai fini pensionistici — nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti — anche della retribuzione eccedente il massimale annuo di legge, prevista con decorrenza dal primo gennaio 1988 dall'art. 21, sesto comma, della legge 11 marzo 1988, n. 67, la nuova disciplina (integrata dall'espresso richiamo dei criteri di computo della retribuzione pensionabile di cui all'art. 3, undicesimo comma, della legge 29 maggio 1982, n. 297, compiuto in via interpretativa dall'art. 3, comma secondo bis, del D.L. 21 marzo 1988, n. 86, conv. in legge 20 maggio 1988, n. 160) deve intendersi riferita anche alle pensioni liquidate anteriormente al primo gennaio 1988 (così come precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza interpretativa di rigetto n. 72 del 1990 (1)), ma per queste non si fa luogo a nuova liquidazione della pensione, cosicché anche per le retribuzioni eccedenti il massimale la rivalutazione secondo i criteri dell'art. 3, comma undicesimo, della legge n. 297 del 1982 va eseguita riportandosi alla data dell'originaria decorrenza della pensione, ferma restando la decorrenza dal primo gennaio 1988 delle relative quote aggiuntive di pensione. Neanche può procedersi alla rivalutazione di tali quote aggiuntive secondo i parametri di perequazione automatica delle pensioni, con riferimento al periodo intercorrente tra l'originaria liquidazione della pensione e la data di decorrenza della nuova disciplina, per l'inesistenza nell'ordinamento pensionistico di un principio generale di perequazione o rivalutazione dei valori monetari, mentre — in conformità agli orientamenti in materia della Corte costituzionale — va escluso che la graduazione in relazione ad elementi temporali delle fattispecie, dell'incidenza di nuovi benefici previdenziali possa implicare la violazione del principio costituzionale di eguaglianza. (Massima non ufficiale).

FATTO — Con sentenza 23 settembre/27 novembre 1999 il Pretore di Venezia rigettava la domanda proposta nei confronti dell'INPS da Alfredo Vattolo e dagli altri litisconsorti indicati in epigrafe.

Costoro, assumendo di essere titolari di pensione diretta (o di reversibilità) a carico del predetto Istituto, liquidata, con decorrenza anteriore al 1° gennaio 1988, sulla base del massimale di retribuzione pensionabile vigente alla data di maturazione del rispettivo diritto a pensione, avevano richiesto la liquidazione della quota di pensione eccedente il c.d. tetto pensionabile, ai sensi dell'art. 21, sesto comma, legge 11 marzo 1988, n. 67, con decorrenza dalla data originaria della pensione e con la rivalutazione della quota aggiuntiva, per il periodo intercorrente fra il collocamento in pensione e il 31 dicembre 1987, e la condanna dell'Istituto al pagamento dei relativi importi, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

La decisione, appellata dai soccombenti, era confermata dal Tribunale della stessa sede con pronuncia depositata il 17 gennaio 2000.

Il giudice del gravame, richiamata la giurisprudenza costituzionale oltre quella elaborata da questa Corte, evidenziava come la data del 1° gennaio 1988 segnasse il momento della corresponsione della quota aggiuntiva, specificando, quanto al calcolo, che per le retribuzioni eccedenti il massimale, la rivalutazione di cui all'art. 3, undicesimo comma, legge 29 maggio 1982, n. 297 deve essere eseguita riportandosi all'epoca dell'originaria decorrenza della pensione, ferma restando la decorrenza dal 1° gennaio 1988 delle quote aggiuntive della pensione;

nulla perciò competeva per i rispettivi periodi intercorrenti fra il collocamento in pensione e il 31 dicembre 1987.

Di questa sentenza i ricorrenti chiedono la cassazione, sulla base di due motivi.

L'Istituto resiste con controricorso.

DIRITTO — Il primo motivo di ricorso denuncia violazione degli artt. 21, sesto comma, legge 11 marzo 1988 n. 67 e 3, comma 2 *bis*, decreto legge 21 marzo 1988 n. 86 (convertito nella legge 20 maggio 1988 n. 160), in relazione all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. e agli artt. 3 e 38 Cost.. Deduce che la prima norma denunciata indica il 1° gennaio 1988 come data di esigibilità della quota aggiuntiva della pensione relativa alla retribuzione oltre il tetto pensionabile, la quale prende a decorrere dalla data di liquidazione della pensione: nel disporre che la quota di pensione superiore al massimale si somma alla pensione determinata in base al limite massimo ed entra a far parte a tutti gli effetti della pensione precedentemente liquidata nei limiti del massimale, la norma impone che tale operazione debba essere effettuata, ora per allora, con riferimento alla data di liquidazione della pensione originaria. Sostiene che l'orientamento della giurisprudenza di questa Corte, secondo cui relativamente alla quota di pensione calcolata sulla retribuzione superiore al massimale, la rivalutazione possa andare oltre la data di decorrenza della pensione, porta ad escludere che la quota di pensione rapportata alla retribuzione superiore al massimale, abbia una decorrenza diversa da quella originaria.

Il motivo è infondato.

La sentenza impugnata ha deciso conformemente alla consolidata giurisprudenza di questa Corte (cfr. oltre alla sentenza 1° marzo 2001 n. 2968, di cui si riporta la massima, le precedenti 4 agosto 2000 n. 10290, 10 giugno 1999 n. 5708, 13 gennaio

1998 n. 220, 20 novembre 1997 n. 11589, 11 ottobre 1997 n. 9929, 6 novembre 1996 n. 9687, 11 maggio 1996 n.4446 e numerose altre), la quale ha affermato il seguente principio di diritto: “In relazione alla rilevanza ai fini pensionistici — nell’ambito dell’assicurazione generale obbligatoria per l’invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti — anche della retribuzione eccedente il massimale annuo di legge, prevista con decorrenza dal primo gennaio 1988 dall’art. 21, sesto comma 6, della legge 11 marzo 1988, n. 67, la nuova disciplina (integrata dall’espresso richiamo dei criteri di computo della retribuzione pensionabile di cui all’art. 3, undicesimo comma, della legge 29 maggio 1982, n. 297, compiuto in via interpretativa dall’art. 3, comma secondo *bis*, del D.L. 21 marzo 1988, n. 86, conv. in legge 20 maggio 1988, n. 160) deve intendersi riferita anche alle pensioni liquidate anteriormente al primo gennaio 1988 (così come precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza interpretativa di rigetto n. 72 del 1990), ma per queste non si fa luogo a nuova liquidazione della pensione, cosicché anche per le retribuzioni eccedenti il massimale la rivalutazione secondo i criteri dell’art. 3, comma undicesimo, della legge n. 297 del 1982 va eseguita riportandosi alla data dell’originaria decorrenza della pensione, ferma restando la decorrenza dal primo gennaio 1988 delle relative quote aggiuntive di pensione. Neanche può procedersi alla rivalutazione di tali quote aggiuntive secondo i parametri di perequazione automatica delle pensioni, con riferimento al periodo intercorrente tra l’originaria liquidazione della pensione e la data di decorrenza della nuova disciplina, per l’inesistenza nell’ordinamento pensionistico di un principio generale di perequazione o rivalutazione dei valori monetari, mentre — in conformità agli orientamenti in materia della Corte costituzionale — va escluso che la graduazione, in relazione ad elementi temporali delle fattispecie, dell’incidenza di nuovi benefici previdenziali possa implicare la violazione del principio costituzionale di eguaglianza”.

Tale principio, che il Collegio condivide, trova ulteriore conferma nella pronuncia della Corte Costituzionale 8 giugno 2001 n. 180, che ha dichiarato infondata, in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, undicesimo comma, della legge 29 maggio 1982, n. 297, in relazione all’art. 21, sesto comma, legge 11 marzo 1988 n. 67, come interpretato dall’art. 3, comma 2 *bis*, D.L. 21 marzo 1988, n. 86, conv. in legge 20 maggio 1988, n. 160, nella parte in cui non prevede che la rivalutazione delle retribuzioni medie imponibili e pensionabili ai fini del calcolo delle quote aggiuntive di pensione abbia luogo fino al 1° gennaio 1988.

Né l’orientamento giurisprudenziale innanzi riportato e che qui deve essere ribadito è in contrasto con Cass. 13 agosto 1996 n. 7540 richiamata dai ricorrenti, in quanto in essa si evidenzia (v. motivazione) che l’errore dei ricorrenti in quel giudizio consisteva nel considerare che il 1° gennaio 1988 segna solo il momento a partire dal quale la quota aggiuntiva deve essere corrisposta, ma non anche il momento temporale con riferimento al quale deve essere calcolato il valore delle retribuzioni eccedenti il tetto o la quota di pensione a dette retribuzioni corrispondente, giacché non vi è norma che legittimi una siffatta operazione.

Il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. per mancata pronuncia su un capo autonomo della domanda, poiché la sentenza impugnata ha ommesso di esaminare l'altra domanda proposta con l'atto di appello, concernente l'applicazione della perequazione automatica anche sulla nuova quota di pensione a partire dall'anno successivo alla decorrenza originaria della pensione.

La censura deve essere disattesa.

Contrariamente a quanto assumono i ricorrenti la sentenza impugnata ha statuito in ordine alla perequazione automatica della quota aggiuntiva, evidenziando (v. pag. 11 di quella sentenza) che l'INPS, dopo avere calcolato detta quota con il criterio delle fasce di rendimento introdotto dalla legge n. 67 del 1988, l'aveva sommata alla pensione in pagamento a decorrere dal 1° gennaio 1988 e da tale momento l'aveva assoggettata alla perequazione automatica, mentre per il periodo precedente, cioè tra la data della originaria liquidazione della pensione e quella di decorrenza della nuova disciplina, essa non competeva per l'inesistenza di un principio generale di perequazione o rivalutazione.

Il ricorso va dunque rigettato.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1990, p. 473.

Prestazioni - Assegno ordinario di invalidità - Contrasto fra consulenze tecniche - Adesione del giudice alle conclusioni formulate dall'ultimo consulente - Necessità di indicare le ragioni di tale adesione - Insussistenza.

Corte di Cassazione - 25.11.2002/12.2.2003, n. 2109/03 - Pres. Dell'Anno - Rel. Curcuruto - P.M. Destro (Conf.) - omissis (Avv. Di Giovanni) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).

Nel caso di contrasto tra le valutazioni espresse dai consulenti tecnici d'ufficio nei due gradi del giudizio di merito, il giudice di appello, qualora ritenga di dover prestare completa adesione alle conclusioni formulate dal consulente tecnico da lui stesso nominato, non è obbligato ad indicare le ragioni per le quali disattende la contraria valutazione espressa dalla prima consulenza, la quale deve ritenersi, anche per implicito, rifiutata in base ai rilievi critici espressi nella seconda consulenza. (Massima non ufficiale).

FATTO — Il Pretore di Siracusa riconobbe il diritto di omissis all'assegno di invalidità dal 1 dicembre 1990, sulla base di una patologia complessa costituita da diabete mellito, ipertensione arteriosa, distimia, spondiloartrosi del rachide e broncopatia cronica.

Su appello dell'INPS, contrastato dall'assicurato, la sentenza è stata riformata dal Tribunale di Siracusa, sul punto della decorrenza del diritto, stabilita, in base a nuova CTU, al 1 febbraio 1997.

Il giudice d'appello ha valorizzato a tal fine l'insorgenza della retinopatia diabetica, prima non riscontrata, e il giudizio del CTU sull'effettiva gravità della sindrome distimica, in relazione all'età del soggetto e alla sua attività lavorativa.

Contro questa sentenza omissis propone ricorso sulla base di due motivi.

L'INPS ha depositato solo procura.

DIRITTO — Con il primo motivo, denunciando violazione dell'art. 2697 c.c., il ricorrente si duole che la sentenza impugnata, nel ritenere raggiunta la prova dell'invalidità solo dal 1 febbraio 1997, anziché dal 1 dicembre 1990, abbia preferito il parere del consulente tecnico d'ufficio a quello del consulente tecnico di parte, senza esprimere i motivi di questa preferenza.

Con il secondo motivo, denunciando insufficienza e contraddittorietà della motivazione nonché nullità ed erroneità della consulenza tecnica di secondo grado, il ricorrente rileva che il complesso patologico, per stessa missione del CTU in secondo grado, sarebbe stato il medesimo esaminato in primo grado, onde non vi sarebbe (e comunque non risulterebbe) alcun motivo per aderire alla valutazione del secondo CTU, al quale semmai si sarebbero dovuti chiedere chiarimenti sul punto, tanto più che le gravi patologie dalle quali era affetto l'assicurato (grave diabete mellito, ipertensione arteriosa poliatrosi deformante a tutte le articolazioni, sindrome distimica di grave entità) come riscontrate dal CTU erano identiche per entità clinica e grado di riduzione funzionale a quelle iniziali. In particolare, circa la sindrome distimica, avendo il CTU affermato che essa si può definire cronica quando ha una durata di almeno due anni con sintomi persistenti o intermittenti senza un chiaro esordio, sarebbe apparso chiaro che il ricorrente all'epoca della domanda risultava affetto da tale patologia con sintomi gravi per intensità clinica.

Infine sarebbe stato incongruo collegare alla retinopatia diabetica l'insorgere dello stato di invalidità, senza tener conto delle limitazioni articolari susseguenti allo stato artrosico, della funzionalità cardiaca residua allo miocardiopatia ipertensiva, dei valori di glicemia collegati allo stato diabetico e delle, già ricordate, alterazioni psichiche derivanti dalla sindrome distimica cronica.

Il primo motivo è infondato dato che, quando fra due successive contrastanti indagini tecniche d'ufficio il giudice aderisca al parere del consulente che abbia prestato la sua opera per ultimo la pur generica adesione resta sufficiente motivazione ove il secondo parere fornisca gli elementi che consentano, sul piano positivo, di delineare il percorso logico seguito, e, sul piano negativo, di escludere la rilevanza degli elementi di segno contrario (esposti dalla prima relazione od *aliunde* deducibili). (Cass. 18 giugno 1998, n. 6106).

Il secondo motivo è inammissibile, per i noti limiti entro i quali la decisione del giudice di merito è assoggettabile, ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c. al controllo di questa Corte.

Infatti, poiché tale controllo ha il (solo) scopo di verificare se il convincimento del giudice in ordine alla sussistenza ed alla valutazione dei fatti, si sia svolto secondo un corretto procedimento logico formale, in materia di invalidità la valutazione del C.T.U. — cui il giudice di merito abbia aderito — può esser censurata solo ove vengano denunciati vizi attinenti al predetto processo e non per mero dissenso in ordine alle sue conclusioni diagnostiche. È quindi necessario che i vizi logico-formali si concretino in una palese devianza dalle nozioni correnti di scienza medica, la cui fonte va indicata, o nella omissione degli accertamenti strumentali dai quali — secondo e predette nozioni non può prescindere per la formulazione di una corretta diagnosi. In mancanza della denuncia di tali vizi la censura costituisce un mero dissenso diagnostico che non attinge quindi, a vizi del processo logico-formale traducendosi in un'inammissibile critica del convincimento del giudice di merito che sulla C.T.U. sia fondato. (Cass. 26 gennaio 1998, n. 751; Cass. 6 maggio 2002, n. 6432).

Dalla stesa esposizione del motivo, emerge con chiarezza che questo è quel che è avvenuto nel caso di specie.

Infatti il Tribunale, pur con motivazione sintetica, ha chiarito per un verso che il quadro patologico dell'*omissis* aveva subito un successivo aggravamento a seguito della retinopatia e che la reale incidenza invalidante della sindrome distimica era stata adeguatamente precisata dal CTU.

Il ricorrente, quanto alla prima malattia, assume che sarebbe incongruo collegarvi l'invalidità, senza tener conto delle altre patologie, ma, non si avvede di opporre in tal modo alla valutazione del quadro complessivo morboso fatta dal CTU una propria diversa valutazione. Discorso del tutto analogo deve farsi quanto alla incidenza della distimia, non senza osservare che dall'esposizione del ricorso non è dato comprendere in base a quale regola logica l'incidenza invalidante di tale patologia descritta dal CTU avrebbe comportato necessariamente la collocazione dell'invalidità al dicembre del 1990, anziché al febbraio 1997.

Il ricorso va quindi rigettato.

(*Omissis*)

Processo civile - Procedimento per ingiunzione - Crediti derivanti da omesso versamento di contributi previdenziali e/o assistenziali - Attestazione del direttore della sede provinciale dell'ente creditore - Prova scritta idonea all'emissione di decreto ingiuntivo - Configurabilità.

Corte di Cassazione - 23.10.2002/10.1.2003, n. 243/03 - Pres. D'Angelo - Rel. Celentano - P.M. Sepe (Conf.) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo, Coretti) - Comune di Peschiera del Garda, Coop. Soc. Beato Andrea (Avv.ti Fichera, Sanino).

Per i crediti derivanti da omesso versamento di contributi previdenziali e/o assistenziali l'attestazione del direttore della sede provinciale dell'ente creditore contenente l'indicazione dell'ammontare dei contributi dovuti dal datore di lavoro all'Istituto, integra prova scritta idonea all'emissione di decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 635, secondo comma, cod. proc. civ..

FATTO — Con decreto ingiuntivo emesso il 15 giugno 1995 il Pretore di Verona, accogliendo il ricorso proposto dall'INPS, condannava la Soc. Cooperativa Sociale Beato Andrea a r.l. e il Comune di Peschiera del Garda, in solido, al pagamento nei confronti dell'Istituto previdenziale della somma di lire 1.630.504.555, a titolo di contributi omessi e relativi accessori per il periodo 1986/1994, come da verbale ispettivo del 31.3.1995.

La richiesta di condanna solidale nei confronti del Comune derivava dal fatto che le omissioni contributive riguardavano personale impiegato dalla cooperativa nella esecuzione di contratti di appalto stipulati con il Comune stesso, concernenti, tra l'altro, il servizio di pulizia ed assistenza presso la casa comunale di riposo e la gestione e pulizia di edifici comunali.

Con distinti ricorsi proponevano opposizione al suindicato decreto sia la Cooperativa Beato Andrea a r.l. che il Comune di Peschiera del Garda.

Il Comune, secondo quanto risulta dalla sentenza impugnata, eccepiva la inapplicabilità dell'art. 3 della legge 1369/60 agli enti pubblici non svolgenti attività di impresa e, in subordine, la decadenza di cui all'art. 4 della stessa legge.

L'INPS si costituiva in entrambi i giudizi, deducendo la infondatezza delle opposizioni.

Riuniti i procedimenti, con sentenza del 17 settembre 1997 il Pretore rigettava l'opposizione proposta dalla cooperativa ed accoglieva invece quella proposta dal Comune, sul presupposto della inapplicabilità agli enti pubblici territoriali dell'art. 3 della legge 1369/70; compensava tra l'INPS ed il Comune le spese di lite.

La decisione veniva appellata in via principale dall'INPS e, in via incidentale, dal Comune di Peschiera del Garda.

L'Istituto previdenziale lamentava la violazione dell'art. 3 della legge 1369/70, assumendo che tale norma, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, si applica anche agli enti pubblici.

Il Comune, sempre secondo la sentenza di secondo grado, ribadiva le argomentazioni svolte in primo grado, sia sulla inapplicabilità della norma che, in subordine, sulla decadenza; impugnava poi la compensazione delle spese disposta dal Pretore.

Con sentenza del 19 novembre 1999/25 gennaio 2000, il Tribunale di Verona rigettava entrambi gli appelli e compensava fra le parti le spese di giudizio.

Condividendo la decisione di primo grado, il Tribunale riteneva che il principio di solidarietà, fissato dall'art. 3 della legge n. 1369/60, può essere applicato agli enti pubblici non economici solo in relazione a quelle attività che rivestano carattere imprenditoriale; tale non era l'attività comunale per la quale erano stati stipulati i contratti di appalto.

La peculiarità della questione, poi, giustificava la compensazione delle spese di primo grado così come quelle di appello.

Per la cassazione di tale decisione ricorre, formulando due motivi di censura, l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS).

Il Comune di Peschiera del Garda resiste con controricorso e propone ricorso incidentale, articolato anch'esso in due motivi, al quale resiste con controricorso l'INPS.

Il Comune ha altresì depositato memoria.

DIRITTO — Ricorso principale e ricorso incidentale vanno preliminarmente riuniti (art. 335 c.p.c.).

Con il primo motivo del ricorso principale, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e degli artt. 1 e 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, nonché vizio di motivazione, la difesa dell'INPS deduce che erroneamente la sentenza impugnata ha ritenuto: a) che il principio di cui all'art. 3 della legge n. 1369/60 si applichi agli enti pubblici non economici solo in relazione ad attività a carattere imprenditoriale; b) che l'oggetto delle convenzioni rientrasse negli scopi istituzionali del comune.

Assume che con la legge n. 1369 del 1960 il legislatore ha introdotto una disciplina estensibile a tutti i datori di lavoro, pubblici e privati, come dimostra il comma quarto dell'art. 1 ("Le disposizioni dei precedenti commi si applicano altresì alle aziende dello Stato ed agli enti pubblici, anche se i gestiti informa autonoma, salvo quanto disposto dal successivo art. 8").

Rileva che l'art. 8 prevede l'emanazione di un decreto del Presidente della Repubblica per la disciplina dell'impiego della manodopera negli appalti concessi dalle Amministrazioni autonome delle Ferrovie dello Stato, dei Monopoli di Stato e delle Poste e Telecomunicazioni; donde la generale applicabilità della norma per gli enti pubblici diversi dalle citate amministrazioni autonome.

Aggiunge che la trasformazione delle citate amministrazioni autonome in società per azioni non lascia più spazio ad esenzioni dall'obbligo generale di rispetto del divieto generale posto dalla legge.

Con il secondo motivo la difesa dell'INPS denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e degli artt. 1 e 4 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, nonché vizio di motivazione.

Assume che la eccezione di decadenza dal diritto di pretendere i contributi, per decorrenza del termine annuale previsto dall'art. 4 della legge n. 1369/60, eccezione prospettata dal Comune e ritenuta assorbita sia in primo grado che in appello, è infondata sotto un duplice profilo: a) perché la cooperativa Beato Angelico è stata ininterrottamente, dal 1986 al 1994, appaltatrice dei servizi, e la richiesta dell'INPS è intervenuta entro l'anno dal termine dell'appalto pluriennale; b) perché il termine annuale di cui al citato art. 4 riguarda i diritti dei prestatori di lavoro nei confronti dell'appaltante e non può estendersi al diverso rapporto fra istituto assicuratore e datore di lavoro.

Con il ricorso incidentale, espressamente condizionato (pag. 16), la difesa del Comune di Peschiera del Garda deduce: 1) che in appello era stata riproposta la questione della carenza, nel ricorso per decreto ingiuntivo, dei requisiti minimi previsti

dagli artt. 633 e 414 c.p.c., con conseguente nullità del procedimento monitorio, e che il Tribunale non si è pronunciato su tale questione, erroneamente ritenendo che l'appello incidentale fosse limitato alla disposta compensazione delle spese; 2) che la decisione di secondo grado risulta viziata e in contrasto con l'art. 92 c.p.c. nella parte in cui si limita ad affermare l'esistenza di ipotetici e non dimostrati "giusti motivi" per compensare le spese di appello e confermare la compensazione operata dal Pretore in primo grado.

Il primo motivo del ricorso incidentale, che, ancorché condizionato, assume carattere pregiudiziale e come tale va trattato per primo (Cass., S.U., 23 maggio 2001 n. 212), è inammissibile perché generico.

Si assume che nel ricorso per decreto ingiuntivo ci si limitava a dichiarare che i fatti erano stati accertati con il noto verbale ispettivo INPS del 31.3.1995 e a sostenere che l'allegata attestazione costituisse prova idonea a norma dell'art. 635, secondo comma, c.p.c..

E, subito dopo, da una parte si rileva che in merito all'accertamento ispettivo era stata inoltrata memoria (con ciò dimostrandosi che i fatti erano ben noti) e, dall'altra, si omette di riportare il contenuto della "attestazione", prodotta dall'Istituto previdenziale, e di evidenziarne la dedotta inidoneità a costituire prova scritta ai sensi del comma 2 dell'art. 635 c.p.c..

Sul punto è sufficiente ricordare il consolidato orientamento della Corte, secondo il quale l'attestato scritto del direttore di una sede provinciale dell'INPS, con l'indicazione dell'ammontare dei contributi previdenziali dovuti dal datore di lavoro all'Istituto, è prova sufficiente per l'emanazione di un decreto ingiuntivo (Cass., 10 aprile 2001 n. 5361; 19 novembre 1996 n. 10104 (1); 21 aprile 1995 n. 4512 (2)).

Il primo motivo del ricorso principale non è fondato.

La responsabilità solidale, sul fronte retributivo (nei confronti dei lavoratori) e su quello contributivo (nei confronti degli enti previdenziali), prevista dall'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 a carico degli imprenditori in caso di appalti leciti di opere o servizi da eseguirsi all'interno delle aziende, non riguarda gli enti pubblici che non esercitano attività di impresa.

Questa Corte (Cass., 24 agosto 1991 n. 9107; ma v. anche Cass., 5 marzo 2002 n. 3172 (3)) ha già affrontato la questione e rilevato che "anche l'art. 3 (le cui conseguenze meramente patrimoniali, e non costitutive di rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'interponente come, invece, previsto dall'ultimo comma dell'art. 1, potrebbero ritenersi riferibili anche ad una pubblica amministrazione, cui invece parrebbe ben difficilmente attribuibile un diretto rapporto d'impiego al di fuori delle specifiche procedure di assunzione previste per i dipendenti statali), presuppone chiaramente e sostanzialmente (e non solo nominalisticamente, quale equivalente della espressione "datore di lavoro") la natura di imprenditore del soggetto appaltante (come è fatto palese dal riferimento, nello stesso articolo, ad "aziende" e "impianti")".

Ritiene il Collegio che tale orientamento meriti di essere confermato.

Né la dedotta abrogazione dell'art. 13 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 incide

sulla soluzione della presente controversia, atteso che le fattispecie di cui agli artt. 1 e 3 della legge 1369 del 1960 riguardano aspetti diversi dell'impiego di mano d'opera a vantaggio di un soggetto diverso dal datore di lavoro.

L'accoglimento del primo motivo del ricorso principale dispensa dall'esame del secondo motivo dello stesso (sulla decadenza o meno dall'obbligo solidale per la decorrenza dell'anno) e del secondo motivo del ricorso incidentale, espressamente condizionato.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 1385.

(2) *Idem*, 1995, p. 618.

(3) *Idem*, 2002, p. 1243.

Pensioni - In genere - Responsabilità per ritardato pagamento - Sentenza della Corte Cost. n. 156 del 1991 - Effetti - Colpa dell'ente previdenziale - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie relativa a domanda presentata ad ente previdenziale jugoslavo ai sensi della Convenzione italo-jugoslava del 1957.

Corte di Cassazione - 21.10.2002/9.1.2003, n. 131/03 - Pres. Ravagnani - Rel. Minichiello - P.M. Iannelli (Conf.) - Bencic (Avv. De Benedictis) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo).

Per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 156 del 1991, la responsabilità degli enti previdenziali per il ritardato pagamento delle prestazioni agli assicurati analogamente a quella prevista per i crediti di lavoro ex art. 429 cod. proc. civ., prescinde dalla imputabilità del ritardo a colpa del debitore, con l'unica differenza costituita dalla concessione all'ente previdenziale di un termine di 120 giorni dalla domanda per provvedere alla liquidazione del credito previdenziale in riferimento al caso di tardiva corresponsione di ratei di pensione liquidata in regime internazionale mediante cumulo di contributi versati nell'ex Repubblica Jugoslava, rivalutazione ed interessi — anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 3, comma diciassettesimo della legge n. 335 del 1995 (inapplicabile nella specie ratione temporis) — decorrevano dal compimento di centoventi giorni dalla presentazione della domanda all'ente previdenziale straniero, salva la necessità del riferimento alla data di maturazione di ciascuno di essi quanto ai ratei maturati posteriormente al compimento dello "spatium deliberandi".

FATTO — Con sentenza dell'11 maggio 1999, il Tribunale di Roma — pronunciando sull'appello dell'INPS avverso la decisione del locale pretore, che aveva condannato l'Istituto a versare a Salamun Marija Bencic la somma di lire 27.993.903 a titolo di interessi legali e rivalutazione monetaria sui ratei arretrati del trattamento pensionistico corrisposti in ritardo — riformava la decisione appellata e condannava l'INPS al pagamento degli accessori predetti dal centoventunesimo giorno successivo all'11 marzo 1988. Riteneva, infatti, che, in caso di mora nella corresponsione, da parte dell'INPS, del trattamento pensionistico spettante alla parte privata in forza della Convenzione italo-jugoslava del 14 novembre 1957, gli interessi e la rivalutazione sulle somme versate in ritardo decorrono dal centoventunesimo giorno successivo, non alla data di presentazione della domanda all'ente assicuratore estero, ma a quella in cui la domanda stessa, trasmessa da tale ente, sia pervenuta all'INPS.

In particolare, premesso che la parte appellata era titolare di pensione liquidata in regime internazionale mediante cumulo dei contributi versati nell'ex Repubblica Jugoslava, osservava che la sentenza della Corte Costituzionale n. 156 del 1991 {che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 442 cod. proc. civ. nella parte in cui non prevede che il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna per crediti previdenziali, deve determinare, oltre gli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal titolare per la diminuzione di valore del suo credito, applicando l'indice dei prezzi calcolato dall'ISTAT per la scala mobile nel settore dell'industria e condannando al pagamento della somma relativa, con decorrenza dal giorno in cui si sono verificate le condizioni legali di responsabilità dell'istituto o ente debitore per il ritardo nell'adempimento} comporta la configurabilità della responsabilità dell'ente previdenziale in presenza di un comportamento colposo del debitore e che la tesi della necessità del riferimento alla data di ricezione della domanda da parte dell'INPS (in mancanza della quale ricezione non è ipotizzabile colpa dell'Istituto medesimo) è confermata dal disposto dell'art. 3, comma 17, della legge 8 agosto 1995 n. 335.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione (in due motivi) Bencic Anton, quale erede unico di Salamun Marija Bencic.

L'INPS ha depositato procura.

DIRITTO — Col primo motivo di ricorso si denuncia, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., “violazione e falsa applicazione dell'art. 442 c.p.c., come integrato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 156/1991, nonché dell'art. 47, 4° comma, del DPR 30/04/1970 n. 639 e dell'art. 7 della legge 11/08/1973 n. 533, dell'art. 1219 c.c., e dell'art. 16, 6° comma, della legge 30/12/1991 n. 412, in relazione alla Convenzione tra l'Italia e la Jugoslavia in materia di assicurazioni sociali del 14 novembre 1957, ratificata con legge 11 giugno 1960 n. 885, e, segnatamente, agli artt. 2 paragrafi 1 e 2, 31 paragrafo 1, 34, 35, 36 e 39 nonché all'Accordo Amministrativo del 10 ottobre 1958 (artt. 19 paragrafi 1, 3, 4 e 5, 29 e 30)”.

In particolare, la parte ricorrente rileva che la giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato la decorrenza degli accessori del credito previdenziale, compiutosi lo *spatium deliberandi* di centoventi giorni dalla domanda amministrativa, indipendentemen-

te dalla colpa del soggetto obbligato. Osserva che da tutta la normativa della Convenzione italo-jugoslava del 1957 e dell'Accordo amministrativo dell'anno successivo si ricava il principio dell'equivalenza, quanto ad effetti, della presentazione della domanda amministrativa di pensione all'ente assicuratore estero o italiano. Sostiene che solo l'art. 17 (*recte*, art. 3, c. 17) della legge n. 335 del 1995 — dal Tribunale ritenuto non retroattivo e tuttavia esplicitazione di un principio già esistente — ha innovato nella materia, disponendo la regola della decorrenza degli accessori dalla data del ricevimento in Italia della domanda e così confermando che in precedenza vigeva la norma contraria.

Con il secondo motivo — denunciandosi, ai sensi dell'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ. e carenza di motivazione — si lamenta che il Tribunale abbia considerato come data di ricezione della domanda da parte dell'INPS quella indicata da tale Istituto, in quanto non contestata dalla pensionata. In tal modo il giudice d'appello sarebbe incorso in un duplice errore: in primo luogo, non tenendo conto che l'INPS non aveva prodotto alcun documento ufficiale comprovante la data di ricevimento della domanda; in secondo luogo, addossando alla pensionata l'onere di provare un fatto impeditivo o modificativo del proprio diritto, che gravava invece sull'Istituto previdenziale. Si censura, infine, la sentenza per aver immotivatamente ritenuto attendibili i conteggi prodotti dall'INPS (già inficiati dall'assunzione della data di ricezione della domanda indicata dall'Istituto).

Il primo motivo di ricorso è fondato.

La tesi del Tribunale, secondo cui, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 156 del 1991, la responsabilità per il ritardato pagamento di prestazioni previdenziali non possa prescindere dall'imputabilità del ritardo a colpa del debitore, è erronea, ed in contrasto con consolidata giurisprudenza di questa Corte (v. Cass. 7 ottobre 1997 n. 9732; 2 marzo 1998 n. 2280; 14 agosto 1999 n. 8669, nonché, con riguardo a controversie aventi lo stesso oggetto di quella in esame, Cass. 7 ottobre 2000 n. 13386, 14 dicembre 2000 n. 15776, 11 aprile 2002 n. 5439 e 26 aprile 2002 n. 6114). Invero, con la citata pronuncia, il Giudice delle leggi, sul rilievo dell'irragionevole disparità di trattamento dei crediti previdenziali e di lavoro quanto al regime degli accessori, ha ritenuto di dover adeguare i primi ai secondi, stabilendo anche per i crediti previdenziali il principio della spettanza automatica (indipendentemente dalla colpa) degli accessori predetti, con la sola differenza della fissazione del cd. *spatium deliberandi*.

Esclusa, ai fini dell'applicabilità della disciplina dell'art. 429, terzo comma, cod. proc. civ., la necessità della colpa dell'ente previdenziale, cade, evidentemente, il principale sostegno della tesi, affermata nell'impugnata sentenza, della necessità del riferimento alla data in cui la domanda è stata ricevuta dall'INPS, non essendo ipotizzabile, prima di tale data, alcuna sua colpa.

Tuttavia, l'automaticità del decorso degli accessori ai sensi della stessa sentenza costituzionale sopra indicata non costituisce di per sé argomento sufficiente per risolvere la questione in oggetto assegnando rilievo alla data di presentazione della domanda all'ente previdenziale straniero.

Rilievo determinante, per la soluzione in tal senso della medesima questione, va invece assegnato, da un lato, all'art. 35 della Convenzione italo-jugoslava del 14

novembre 1957, ratificata con legge 11 giugno 1960 n. 855 e, dall'altro, all'art. 3, comma 17, della legge 8 agosto 1995 n. 335.

La prima di tali norme prevede che le domande (nonché dichiarazioni, ricorsi e altri documenti) che avrebbero dovuto presentarsi entro un determinato termine presso l'organismo competente di uno dei due paesi contraenti saranno considerate ricevibili se presentate nello stesso termine presso un organismo di assicurazione dell'altro paese e che quest'ultimo organismo deve trasmettere senza indugio tale domanda all'organismo di assicurazione sociale del primo paese.

Da tale norma, nonché dall'art. 30, secondo comma, dell'Accordo amministrativo del 10 ottobre 1958 ("Le domande presentate a un Ente assicuratore del primo Stato sono inoltrate al competente Ente assicuratore dell'altro Stato. Come data di presentazione della domanda vale quella riconosciuta dal primo Ente assicuratore secondo la legislazione del rispettivo Stato"), risulta, quindi, che la presentazione della domanda all'organismo estero è parificata a tutti gli effetti alla presentazione della domanda all'organismo italiano, derivando dalla violazione dell'obbligo dell'ente ricevente di darne pronta comunicazione all'altro, conseguenze che investono la responsabilità dell'ente previdenziale straniero nei confronti di quello italiano, senza possibilità di effetti pregiudizievoli per l'assicurato.

La seconda di dette norme (art. 3, comma 17, della legge n. 335 del 1995) dispone che, ai fini dell'applicazione dell'art. 16, comma 6, della legge 30 dicembre 1991 n. 412, il termine previsto per l'adozione del provvedimento sulle domande presentate presso enti previdenziali di stati legati all'Italia da una regolamentazione internazionale di sicurezza sociale decorre, ai sensi dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241, dal ricevimento della domanda completa dei dati e documenti richiesti da parte del competente ente gestore della forma di previdenza obbligatoria.

È quindi corretto, sul piano logico-giuridico, ritenere che, se il Legislatore ha ravvisato la necessità di disciplinare, con una norma specifica e non retroattiva, gli effetti della ritardata trasmissione delle domande amministrative di pensione presentate ad enti previdenziali stranieri in forza di convenzioni internazionali, la stessa regola non fosse contenuta nella disciplina previgente e che questa ricollegasse le condizioni di responsabilità dell'ente italiano alla presentazione della domanda all'ente straniero, indipendentemente dalla data di trasmissione di essa da parte dell'organismo estero e di ricezione della medesima da parte dell'ente italiano.

In linea con precedenti decisioni su controversie dall'identica problematica (v. Cass. n. 13386/2000, 15776/2000, 5439/2001 e 6114/2002 già citate), il primo motivo di ricorso, attesa la fondatezza delle censure con esso proposte, deve quindi essere accolto, con conseguente assorbimento del secondo motivo.

Non è peraltro possibile decidere la causa nel merito ai sensi dell'art. 384, primo comma, cod. proc. civ., essendo a tal fine necessari accertamenti di fatto (in ordine, in particolare, alla data in cui la domanda della parte ricorrente fu presentata all'organismo estero e alla determinazione della somma spettante) per i quali non può farsi riferimento alla sentenza di primo grado, ormai irrimediabilmente vanificata dall'effetto sostitutivo proprio della riforma in appello e non ripristinata dalla cassazione della pronuncia di secondo grado (come può desumersi dalla previsione dell'art. 393 cod. proc. civ. per l'ipotesi di

mancanza di tempestiva riassunzione del giudizio dopo la pronuncia di cassazione).

Accogliendosi il primo motivo di ricorso, con assorbimento del secondo, l'impugnata sentenza deve, quindi, essere cassata con rinvio della causa ad altro giudice, che procederà a nuovo esame, tenendo conto dei rilievi sopra svolti e, in particolare, del principio che, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 3, comma 17, della legge n. 335 del 1995, rivalutazione monetaria ed interessi, in ipotesi di tardiva corresponsione di ratei di pensione liquidata in regime internazionale mediante cumulo di contributi versati nell'ex Repubblica Jugoslava, decorrono dal compimento di centoventi giorni dalla presentazione della domanda all'ente previdenziale straniero (salva — ovviamente — la necessità del riferimento alla data di maturazione di ciascuno di essi quanto ai ratei maturati posteriormente al compimento dello *spatium deliberandi* anzidetto).

(*Omissis*)

Pensioni - Casse di mutualità e fondi previdenziali - Fondi speciali di previdenza - Regolamento del trattamento pensionistico dei dipendenti dell'Associazione Nazionale per il controllo della combustione - Opzione alla cessazione del servizio per la "capitalizzazione" di una quota della pensione complessiva con conseguente decurtazione del relativo trattamento - Calcolo della pensione - Modalità - Detrazione di un importo pari ad una quota percentuale sulla pensione complessiva - Necessità.

Corte di Cassazione - 15.5/17.10.2002, n. 14733 - Pres. Senese - Rel. Dell'Anno - P.M. De Augustinis (Conf.) - Cava (Avv. Marrazzo) - INPS (Avv.ti Morielli, Todaro, Cantarini, Tadris).

Gli artt. 26 e 30 del Regolamento per i trattamenti pensionistici dei dipendenti dell'associazione nazionale per il controllo della combustione — nel concedere ai lavoratori la possibilità di ottenere, all'atto della cessazione dal servizio, una anticipazione della pensione complessiva loro dovuta, con conseguente decurtazione dei ratei della relativa prestazione nella misura della "medesima quota percentuale già liquidata in capitale" — prevedono una "capitalizzazione" di tale quota percentuale, per tale comunemente intendendosi la determinazione di una somma corrispondente a quella che dovrebbe essere invece pagata periodicamente, derivandone che la pensione ancora spettante deve essere corrisposta senza la quota percentuale corrispondente alla parte capitalizzata, in relazione alla quale il debito è stato già estinto a seguito dell'avvenuto versamento "una tantum".

FATTO — Con ricorso del 29 gennaio 1994 al pretore di Napoli, Cava Antonio, espose che: a) quale dipendente della Associazione Nazionale per il Controllo della Combustione, aveva usufruito del regime pensionistico di cui al Regolamento approvato con decreto interministeriale del 7 ottobre 1970, prevedente la corresponsione di una pensione integrativa di quella ordinaria a carico della Assicurazione Generale Obbligatoria; b) al momento della cessazione dal servizio aveva esercitato la opzione di cui all'articolo 26 del Regolamento, ricevendo quindi, in conto capitale, una quota della pensione complessiva con conseguente decurtazione del relativo trattamento; c) a decorrere dal 1° aprile 1991 l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, subentrato al Ministero del tesoro nella gestione dei fondi integrativi di previdenza della disciolta Associazione, aveva provveduto a porre in detrazione dal trattamento pensionistico, in luogo della somma fissa mensile come originariamente stabilita e come fino a tale data si era fatto, un importo pari a una quota percentuale sulla pensione complessiva, e ciò in violazione dell'articolo 30 del Regolamento.

Tanto premesso, il Cava convenne in giudizio l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e il Ministero del tesoro, chiedendo che fosse accertato il proprio diritto a che la ritenuta operata fosse effettuata nella misura fissa originaria e che l'ente previdenziale venisse condannato a restituirgli le somme indebitamente trattenute pari a lire 454.787 mensili.

Con pronuncia del 28 giugno 1996, il pretore rigettò la domanda.

L'appello proposto dal Cava è stato respinto dal tribunale di Napoli con la sentenza indicata in epigrafe.

Il giudice di secondo grado, dopo avere rilevato che l'impugnazione nei confronti del Ministero del tesoro era infondata per non essersi censurate in alcun modo le argomentazioni addotte dal pretore a sostegno della raggiunta conclusione di mancanza della legittimazione passiva dello stesso, ha osservato che all'accoglimento della domanda del Cava ostavano la formulazione letterale degli articoli 26 e 30 del Regolamento facendo, il primo, riferimento alla possibilità di una liquidazione anticipata di "un'aliquota, non superiore al 20%, del trattamento complessivo di pensione" e, prescrivendo il secondo che per il caso di modificazioni della misura del trattamento pensionistico, "la pensione diretta a carico del Fondo viene riliquidata prendendo a base la nuova pensione complessiva diminuita della medesima quota percentuale già liquidata in capitale".

D'altra parte, con l'esercizio della facoltà di opzione, il pensionato, avendo ricevuto la percentuale in conto capitale, vede necessariamente ridotto il rateo di pensione all'intero decurtato della misura già riscossa e, nella ipotesi di incremento della retribuzione pensionabile, l'ente previdenziale correttamente opera riliquidando l'importo totale della pensione in corrispondenza degli aumenti delle retribuzioni pensionabili dei dipendenti in servizio e detraendo quindi dalla nuova pensione l'aliquota pari all'acconto ricevuto a suo tempo dal pensionato.

Infondata era inoltre, per assenza di prova sui presupposti sulla quale era stata fondata, la domanda subordinata di annullamento per vizio della volontà a causa di errore essenziale e di falsa presupposizione. Della decisione viene chiesta la cassazione dal

Cava con ricorso sostenuto da tre motivi e illustrato con memoria. L'ente previdenziale e il Ministero del tesoro resistono con controricorsi.

DIRITTO — Deve in primo luogo rilevarsi la inammissibilità della impugnazione nei confronti del Ministero, e ciò in quanto il ricorrente non ha svolto alcuna censura avverso la parte della motivazione della sentenza con la quale si è dato conto delle ragioni che hanno indotto il tribunale a rigettare l'appello proposto contro la pronuncia di primo grado che aveva concluso per la assenza di legittimazione passiva dello stesso. Con il primo motivo — denunciando violazione e falsa applicazione degli articoli 26 e 30 del Regolamento sul trattamento pensionistico dei dipendenti della Associazione Nazionale per il Controllo della Combustione approvato con decreto interministeriale del 7 ottobre 1970, e 38 della Costituzione — il ricorrente deduce che la interpretazione adottata dal tribunale della disposizione dettata dall'articolo 30 del Regolamento, appare pregiudizievole per gli interessi dei pensionati.

Se è vero, infatti che la espressione “medesima quota percentuale già liquidata in conto capitale” potrebbe ipoteticamente fare riferimento al “mero rapporto o alla somma fissa”, considerazioni di carattere letterale, ma ancora di più logico debbono far propendere per la seconda soluzione, e ciò in quanto la immodificabilità della ritenuta, non incidendo sull'aspetto aleatorio del rapporto, consente di conoscere sin dall'inizio i termini di tale rapporto.

Dal punto di vista letterale, poi, l'uso dei termini “medesima” e “già” è indicativo del fatto che si intese avere riguardo alla quota originariamente determinata in adesione ai principi che regolano il sistema previdenziale. La diversa interpretazione appare del resto in contrasto con l'articolo 38 della costituzione consentendo modificazioni peggiorative del trattamento pensionistico.

Con il secondo motivo, il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione degli articoli 1321, 1322, 1324, 1362, 1366, 1368 e 1372 del codice civile, oltre che vizi della motivazione. A questo proposito rileva la erroneità e artificiosità della interpretazione adottata dal tribunale nella parte in cui lo stesso ha ritenuto che, con l'esercizio della facoltà di opzione, il diritto del pensionato si sarebbe ridotto al residuo 80% della pensione complessiva capitalizzata. Si è trascurato infatti di considerare che l'opzione era stata formulata sulla base della interpretazione della norma fornita a suo tempo dalla stessa Amministrazione. Il ricorrente sostiene che in una tale situazione il giudice avrebbe dovuto fare ricorso ai criteri interpretativi validi per i negozi giuridici piuttosto che a quelli vigenti per le leggi.

Con il terzo motivo, si denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 1428, 1429 e 1431 del codice civile in relazione alla domanda subordinata, aparendo evidente l'errore di diritto e cioè “la falsa rappresentazione del contenuto e della portata normativa della disposizione in parola, errore certamente essenziale e riconoscibile”.

I primi due motivi, che vanno esaminati congiuntamente in considerazione del loro comune oggetto, sono infondati, non ravvisandosi nella motivazione della sentenza impugnata alcuno dei vizi denunciati, aparendo corretta, sia sotto il profilo giuridico che logico, la interpretazione delle clausole regolamentari adottata dal giudice del merito.

E invero come già questa Corte ha avuto modo di osservare nel decidere su un ricorso vertente su analoga fattispecie (Cass., n. 310 del 2001), gli articoli 26 e 30 del Regolamento per i trattamenti pensionistici dei dipendenti della Associazione Nazionale per il Controllo della combustione nel concedere ai lavoratori la possibilità di ottenere, all'atto della cessazione dal servizio, una anticipazione della pensione complessiva loro dovuta, con conseguente decurtazione dei ratei della relativa prestazione nella misura della "medesima quota percentuale già liquidata in capitale", altro non fanno che prevedere una "capitalizzazione" di tale quota percentuale, per tale comunemente intendendosi la determinazione di una somma corrispondente a quella che dovrebbe essere invece pagata periodicamente, derivandone che il pagamento della somma capitalizzata estingue il debito per la parte corrispondente alla quota percentuale. Evidentemente, quindi, in una tale situazione, non può farsi richiamo, come pretende il ricorrente, ai concetti di "ritenuta" e di "alea", e ciò in quanto la pensione ancora spettante deve essere corrisposta nella misura ancora dovuta, senza, cioè, la quota percentuale corrispondente alla parte capitalizzata, in relazione alla quale il debito è stato già estinto a seguito del suo avvenuto versamento *una tantum*.

Del resto, una previsione specifica in tale senso sarebbe stata da considerarsi superflua, non apparendo contestabile che, nella ipotesi di avvenuta capitalizzazione di una quota percentuale della pensione, gli aumenti successivi che possono intervenire sull'ammontare di questa non potrebbero che riguardare la quota percentuale ancora spettante, dovendo cioè essi calcolarsi sul 100% della pensione detratta della stessa quota percentuale già capitalizzata. Né, in considerazione della inequivocabile formulazione letterale del testo della clausola — che consente di immediatamente individuare la comune intenzione delle parti — appare conferente il richiamo alla applicazione di essa fatta dai precedenti gestori del fondo previdenziale.

Inammissibile è il terzo motivo della impugnazione, riproponendosi con esso in questa sede, in maniera totalmente assertoria, la domanda subordinata che si era fondata su un presunto errore di diritto, respinta dal giudice di merito per la assenza di qualsiasi prova circa la pretesa incidenza della asserita e indimostrata prassi nella formazione della volontà del ricorrente, motivazione che, per questa parte, non viene in alcun modo censurata.

Del ricorso nei confronti dell'ente si impone pertanto il rigetto. In applicazione dell'articolo 152 delle disposizioni di attuazione del codice di rito, non deve emettersi statuizione sulle spese del giudizio.

(*Omissis*)

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Responsabilità civile - Risarcimento danni da errata comunicazione numero contribuiti - Estratto conto automatizzato - Sovrapposizione periodi contributivi - Esistenza avvertenze in calce all'estratto - Negligenza assicurato per omessa richiesta chiarimenti - Insussistenza responsabilità INPS.

Corte d'Appello di Brescia - 14.11/21.12.2002, n. 475 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - INPS (Avv.ti Gramuglia, Guerrera) - Pintossi (Avv. Mina).

L'INPS non risponde a titolo risarcitorio dei danni da erronea comunicazione dei dati contributivi dell'assicurato, contenuti in un estratto conto automatizzato in calce al quale sia annotata tra le avvertenze la possibilità di duplicazione di contribuzione, se l'assicurato, in luogo di attivare le opportune previe verifiche, come espressamente suggerito nel medesimo estratto, si sia dimesso dal posto di lavoro, fidando nella mera sommatoria dei periodi contributivi risultanti.

FATTO — Con ricorso depositato il 19.6.02 l'INPS proponeva appello contro la sentenza n. 154/02 del Tribunale di Brescia, con la quale l'Istituto, rimasto contumace in primo grado, era stato condannato al pagamento in favore di Aristide Pintossi a titolo di risarcimento del danno della somma di € 24.260,82, oltre interessi di legge, pari ai ratei di pensione di anzianità che l'assicurato avrebbe riscosso dall'aprile 1998 al marzo 1999 se le comunicazioni a lui inviate in ordine alla sua situazione contributiva fossero state corrette, avendo il Giudice di primo grado ritenuto ascrivibile alla responsabilità dell'Istituto l'erronea indicazione sui tabulati consegnati a Aristide Pintossi dei contributi settimanali accreditati, indicazione che aveva indotto quest'ultimo a dimettersi prima del perfezionamento del requisito contributivo per il trattamento di anzianità.

Invocava l'Istituto l'art. 54 L n. 88/89 e negava che l'estratto informale prodotto in giudizio avesse l'efficacia certificativa prevista da questa norma. Rilevava che sull'estratto dell'archivio prodotto in giudizio vi era una precisa indicazione manoscritta della duplicazione di periodi contributivi, ragione per la quale la comunicazione doveva ritenersi corretta e comunque idonea a consentire all'assicurato l'esatta valutazione della sua situazione contributiva. Negava il diritto al risarcimento *ex art.* 1227 cod. civ. non avendo l'assicurato usato l'ordinaria diligenza al fine di evitare il pregiudizio.

Si costituiva in giudizio l'appellato chiedendo la conferma della sentenza di primo grado e contestando la pertinenza della giurisprudenza richiamata dall'Istituto.

All'udienza del 14.11.02 la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo, del quale veniva data lettura.

DIRITTO — Le contestazioni sollevate dall'INPS *ex art.* 54 L. n. 88/89 non sono fondate.

La pretesa fatta valere nei confronti dell'Istituto si fonda infatti, come più volte ribadito in fattispecie analoghe o identiche dalla giurisprudenza di legittimità, sugli obblighi di correttezza e diligenza di cui agli artt. 1175 e 1776 cod. civ., a cui l'INPS è tenuto nei rapporti con gli assicurati. Deve pertanto essere valutata la condotta, complessivamente considerata, nel contesto in cui è stata posta in essere.

L'appellato ha prodotto due documenti quale prova della negligenza dell'Istituto e della idoneità di questa condotta negligente a trarlo in errore: una lettera prestampata a nome del direttore della sede di Brescia, a lui inviata, con allegato estratto conto assicurativo al marzo 1994 e un estratto informale riepilogativo di detto conto in data 10.10.97. Nessuna comunicazione sulla posizione contributiva è invece contenuta nella lettera del 15.3.97 invocata nella memoria di costituzione.

Nella lettera, senza data, si dice espressamente da un lato che la comunicazione è diretta a tutti gli assicurati ed è finalizzata alla verifica dei dati in possesso dell'Istituto, dall'altro che è possibile che i dati riportati nell'estratto conto siano errati ("Ci scusiamo per le eventuali inesattezze e incompletezze dell'estratto; tenga presente che uno degli scopi di questa operazione è proprio quello di sistemare ed aggiornare la sua posizione ..."). Non solo ma sul retro dell'estratto conto sotto la dicitura "Avvertenze per la lettura dell'estratto", graficamente ben evidenziata, è scritto "Quando nello stesso anno esistono più registrazioni, il numero dei contributi si somma solo se i periodi assicurativi non coincidono".

Nell'estratto conto "informale" — non sottoscritto da nessuno e non accompagnato né da una richiesta; né da una comunicazione — sono riportati in ordine cronologico i contributi accreditati nel corso degli anni con in calce l'avvertenza "Quando nello stesso anno esistono più registrazioni, il numero dei contributi si somma solo se i periodi assicurativi non coincidono ... Questo estratto conto automatizzato riporta i contributi che risultano attualmente registrati a suo favore nei nostri archivi. Le chiediamo di collaborare al miglioramento del servizio segnalando ai nostri uffici o agli enti di patronato qualsiasi inesattezza riscontrata ...").

Si impongono quindi immediatamente due osservazioni: in entrambi i documenti è specificato che non possono essere sommati i contributi relativi allo stesso periodo assicurativo e in entrambi i documenti l'Istituto specifica che quanto risulta dagli estratti automatizzati può non essere esatto. Con la prima indicazione l'assicurato viene avvertito della possibilità di un errore di conteggio ben precisa e immediatamente riscontrabile dall'interessato (errore dovuto evidentemente al modo di registrazione in archivio), con la seconda l'assicurato viene avvertito che la comunicazione può anche per altre cause essere inesatta.

A ciò va aggiunto che, come sopra rilevato, l'estratto conto informale non contiene alcuna indicazione sul chi, sul quando e sul motivo della stampa e consegna all'assicurato e non è accompagnato da richieste o comunicazioni che consentano di individuare gli scopi per i quali è stato rilasciato detto documento. E queste circostanze non sono

certo di poco momento atteso che si tratta di valutare l' idoneità della condotta dell' Istituto a indurre in errore l' assicurato attraverso una "dichiarazione" (contenuta nell' estratto conto informale) alla quale per forma e contenuto non possono essere sicuramente attribuite la natura e l' efficacia di una certificazione.

Ora, la consulenza tecnica disposta in primo grado ha consentito di accertare che il calcolo dei contributi accreditati operato dall' assicurato era errato in quanto vi erano sovrapposizioni di periodi contributivi (e la circostanza è assolutamente pacifica v. memoria di costituzione in appello). Quale fosse il calcolo esatto non ha in questa sede alcuna importanza. Ciò che rileva è che l' errore di computo che si è verificato è stato esattamente quello specificamente rappresentato nei due documenti prodotti. Ne deriva che l' errore di calcolo non può in nessun modo essere ricondotto a una condotta negligente dell' INPS, che aveva segnalato contestualmente alle comunicazioni contenute negli estratti contributivi la necessità di procedere a una verifica delle possibili sovrapposizioni. La negligenza va invece ascritta all' assicurato che benché avvertito (ripetutamente) della possibile non coincidenza fra la somma matematica dei contributi registrati in archivio e la somma dei contributi utili per il pensionamento ha proceduto ugualmente alla somma matematica senza chiedere chiarimenti o aiuto all' Istituto medesimo o ai patronati (come pure è scritto nei due documenti e in particolare nel secondo "Siamo comunque a disposizione per fornire ogni utile documento e verifica in caso lei debba assumere decisioni in base al presente estratto conto assicurativo").

Gli argomenti svolti dall' appellato per sostenere la sua incapacità di procedere a un calcolo corretto é quindi la responsabilità dell' INPS non possono essere condivisi. Innanzi tutto la diligenza che rileva è la diligenza che può avere un soggetto di medie capacità, in secondo luogo se non si può pretendere che l' assicurato sia in grado di effettuare il calcolo dei contributi si può invece pretendere che di ciò si renda conto (in particolare modo se non intende chiaramente il significato delle "Avvertenze") e che, come sollecitato, chieda l' aiuto necessario prima di prendere decisioni di notevole importanza per la sua vita.

Non essendo stata provata alcuna condotta colposa dell' Istituto, in violazione degli artt. 1175 e 1176 cod. civ., l' appello va accolto e la domanda di Aristide Pintossi va respinta.

(Omissis)

Contributi - Imprenditore agricolo - Condizioni sussistenza obbligo contributivo - Reddito da pensione - Ininfluenza.

Corte d' Appello di Brescia - 31.10/10.12.2002, n. 454 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - Marocchi (Avv.ti Scalia, Codognola) - INPS (Avv.ti Vernizzi, Moscariello, Guerrera).

È assoggettato all'obbligo contributivo in qualità di imprenditore agricolo il soggetto che dedichi all'attività agricola almeno 2/3 del proprio tempo di lavoro complessivo e ricavi dall'attività agricola almeno 2/3 del proprio reddito globale da lavoro risultante dalla propria posizione fiscale, senza che, in tale comparazione, la quale suppone l'esercizio di una pluralità di attività lavorative, assuma rilevanza il reddito da pensione che non è equiparabile, ai fini contributivi, al reddito da lavoro.

FATTO — Con ricorso depositato in data 22.5.01 Felice Marocchi proponeva opposizione *ex art.* 24 del D.L.vo n. 46/99 avverso la cartella esattoriale n. 064 2001 00366830 36, notificatagli il 19.4.01 dalla Cariverona S.p.A., Concessionario del Servizio Riscossione Tributi della Provincia di Mantova, e con la quale gli era stato ingiunto di versare all'INPS la somma di £ 27.734.580 a titolo di contributi obbligatori omessi e somme aggiuntive per il periodo dal 1994 al 1999.

L'opponente, premesso di essere stato iscritto d'ufficio il 1.7.1994 nella gestione previdenziale quale imprenditore agricolo a titolo principale, per quanto qui ancora rileva, sosteneva (infondatezza della pretesa contributiva per l'insussistenza dei presupposti richiesti dalla normativa vigente in quanto egli era in realtà solo un pensionato proprietario di un fondo agricolo.

Resisteva in giudizio l'INPS che sosteneva la piena regolarità del proprio operato; si costituiva in giudizio anche la Cariverona S.p.A., che evidenziava di essere estranea alla materia del contendere, che riguarda solo l'accertamento dell'obbligo contributivo.

Il primo giudice (sent. n. 33/2001) annullava la cartella esattoriale ritenendo che, al fine di attribuire la qualifica di imprenditore a titolo principale, si debba tener conto anche del reddito da pensione e che quindi, nel caso di specie, il reddito nettamente preponderante non era quello ricavato dal fondo agricolo.

Appellava l'Istituto sostenendo che la lettera della norma impediva la diversa interpretazione tentata dal primo giudice, interpretazione del resto contraria anche al sistema previdenziale che non prevede alcuna attività senza copertura contributiva.

Si costituiva il Marocchi chiedendo la conferma della decisione.

All'udienza odierna la causa veniva discussa e decisa con dispositivo pubblicamente letto.

DIRITTO — La questione controversa è dunque nuovamente quella della qualificazione di Marocchi Felice come imprenditore agricolo a titolo principale atteso che l'INPS lo ha iscritto d'ufficio nei relativi elenchi dal 1.7.94 e ha preteso il pagamento dei contributi arretrati.

Ritiene la Corte che le premesse dalle quali è partito il primo giudice siano ineccepibili.

Innanzitutto l'art. 13 della legge n. 233/90 ha esteso l'obbligo dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni di cui alla legge n. 1047/57 agli imprenditori agricoli principali (I.A.T.P.) e non può porsi in dubbio la circostanza che il Marocchi possenga lo *status* di imprenditore agricolo, come si evince dall'esistenza di un reddito agrario essendo del tutto indifferente la cir-

costanza, che ben può dirsi accertata, che il predetto non svolga manualmente il lavoro agricolo, essendo sufficiente l'attività di direzione.

Si considera imprenditore agricolo a titolo principale (art. 12 L. n. 153/75, cui rinvia l'art. 13 della legge n. 233/90) colui che “dedichi all'attività agricola almeno 2/3 del proprio tempo di lavoro complessivo e che ricavi dall'attività agricola almeno 2/3 del proprio reddito globale da lavoro risultante dalla propria posizione fiscale”.

Ritiene questa corte che nel caso del Marocchi il requisito di tempo si possa addirittura presumere: trattandosi di pensionato è infatti certo che il lavoro di direzione del fondo agricolo di sua proprietà, che altri conducono, è comunque l'unica attività di lavoro prestata.

Lo snodo principale riguarda infatti il requisito di reddito.

Sostiene il ricorrente che dalle denunce fiscali in atti (doc. n. 5 ricorrente) il reddito agrario — che è quello da considerare secondo le stesse indicazioni dell'INPS — è nettamente inferiore al reddito da lavoro se, utilizzando l'equiparazione che sempre viene fatta ai fini fiscali tra reddito da lavoro e pensione, tale si considera il provento dei ratei di pensione percepiti.

Nonostante si comprendano le ragioni per le quali il primo giudice ha optato per questa tesi (appare infatti stridente, nel caso di specie, che una persona molto anziana e che già gode di pensione per aver versato contributi per tutta la vita lavorativa, ne debba versare altri, a fondo perduto, solo perché proprietario di un terreno, quale che ne sia il reddito ricavabile) ritiene la Corte che la lettera della norma sia insuperabile.

È infatti chiaro che il legislatore, nel disegnare la figura dell'imprenditore agricolo a titolo principale (qualifica dalla quale dipendono tra l'altro una serie di benefici, ad esempio in materia edilizia e fiscale) ha avuto riguardo solo all'ipotesi in cui uno stesso soggetto svolga due lavori: dovendo decidere a quale delle gestioni deve essere assoggettato a fini contributivi occorre tener presenti i canoni indicati dalla norma e cioè quello temporale e quello reddituale.

Nel caso del Marocchi non occorre neppure ricorrere ai requisiti di prevalenza dell'art. 12 della legge n. 153/75, che infatti dovrebbero essere utilizzati solo nel caso in cui l'imprenditore svolga una ulteriore attività, sia essa agricola extraziendale che extragricola, essendo superflua l'indagine non svolgendo egli altra attività e non percependo egli altri redditi da lavoro, tale non essendo la pensione.

Che questa fosse l'intenzione del legislatore non è negabile in quanto per ben due volte, in entrambi i requisiti, si fa riferimento al lavoro per tale intendendosi quello effettivamente svolto e in atto.

Né a questo può replicarsi sostenendo che, a fini fiscali, il reddito da lavoro è equiparato al reddito da pensione e che lo stesso art. 12 facendo riferimento alle risultanze della posizione fiscale di fatto richiama proprio quel meccanismo di equiparazione.

Innanzitutto, il fatto che redditi da lavoro e da pensione abbiano lo stesso trattamento ai fini fiscali, non autorizza affatto a ritenere che questo valga anche ai fini contributivi, quando, come è noto, la pensione non è assoggettabile, a differenza della retribuzione, al prelievo contributivo.

Il richiamo alla posizione fiscale che fa l'art. 12 appare piuttosto fare riferimento ai parametri da comparare: serve piuttosto a ribadire che il reddito da lavoro deve essere

comparato con il reddito agrario come ricavato dalla dichiarazione fiscale, secondo i criteri ben noti del reddito dominicale.

La sentenza del primo giudice deve quindi essere riformata e la domanda del ricorrente conseguentemente respinta.

(Omissis)

Contributi - Sgravi (benefici, esenzioni, agevolazioni) - Assunzioni di lavoratori già licenziati a seguito di procedura di mobilità - Benefici contributivi all'impresa ex art. 8 legge n. 223 del 1991 - Variazione titolarità soggettiva impresa con qualsiasi strumento negoziale - Mantenimento unitarietà organizzativa o produttiva azienda - Esclusione sgravi.

Corte d'Appello di Brescia - 2.5/27.6.2002, n. 222- Pres. Nora - Rel. Nuovo - O.M.P. (Avv.ti Peritore, Calanducci) - INPS (Avv. Guerrera).

È esclusa dai benefici contributivi previsti dall'art. 8 L. n. 223/1991 l'impresa che abbia rilevato, con qualsivoglia strumento negoziale, un'azienda che ha mantenuto la propria unitarietà organizzativa o produttiva e che ha continuato o ripreso ad operare utilizzando lavoratori già dipendenti dall'impresa cedente, poiché, in tal caso, la riattivazione dei rapporti di lavoro presso il nuovo datore di lavoro non costituisce la manifestazione di una libera ed incentivata dalla legge, opzione del datore di lavoro, bensì l'effetto dell'obbligo sancito dall'art. 2112 c.c..

FATTO — Con ricorso depositato il 3.2.2000 la OMP S.r.l., in persona del legale rappresentante, adiva il Giudice del lavoro di Brescia al fine di sentir annullare, per inesistenza dei fatti, gli addebiti contestati con il verbale di accertamento del 14.2.1998 ed in ogni caso dichiarare il diritto della società agli sgravi contributivi di cui all'art. 8 commi 2 e 4 e art. 25 comma 9 L. 233/91 in relazione all'assunzione di tre lavoratori iscritti nelle liste di mobilità.

Sosteneva l'opponente che l'Istituto aveva errato negando alla società il diritto alle agevolazioni per le assunzioni dalla mobilità, atteso nessun collegamento vi era tra la sua ditta e quella preesistente; sugli altri fatti accertati sosteneva che non vi era mai stato alcun rapporto di lavoro subordinato con i lavoratori nel periodo tra il 31.7.1998 e il 31.8.1998 e che quello successivamente posto in essere era di associazione in partecipazione, e quindi autonomo.

Si costituiva l'INPS negando che esistesse il diritto alle agevolazioni in quanto tra le due ditte, come accertato dagli ispettori, vi era stata una cessione di azienda e quindi sussisteva un obbligo di legge alla riassunzione di quei lavoratori, insisteva inoltre sull'accertamento di un unico rapporto di lavoro subordinato con i lavoratori poi fittiziamente associati in partecipazione.

Il Tribunale accoglieva la domanda limitatamente ai mesi di settembre e ottobre 1998, nei quali accertava l'effettiva esistenza di un rapporto di associazione in partecipazione, mentre confermava nel resto l'accertamento ispettivo.

Avverso la sentenza, con ricorso depositato il 24.10.2001, ha interposto appello l'OMP censurando la decisione del primo giudice sia nella parte in cui aveva negato il beneficio degli sgravi contributivi, sia nella parte in cui accertava, per un mese, il rapporto di lavoro subordinato con i lavoratori.

Si costituiva l'INPS chiedendo la conferma della sentenza.

All'odierna udienza la causa, dopo la discussione delle parti, veniva decisa con sentenza del cui dispositivo si dava immediata lettura in udienza.

DIRITTO — La successione degli eventi non ha formato oggetto di accertamento alcuno perché non controversa.

Luigi Scotti, in qualità di socio amministratore della S.n.c. Immobiliare I.S. di Scotti Luigi & C., acquistava il 3 giugno 1996 sia il capannone artigianale di proprietà della S.n.c. F.S.P. sia i macchinari utilizzati da quest'ultima per lo svolgimento dell'attività produttiva e nella stessa data, sempre nella medesima qualità, stipulava due contratti di locazione con i quali concedeva in locazione sia il capannone sia i macchinari alla società ex proprietaria F.S.P. di Salvi Antonio; quest'ultima società proseguiva nel capannone e coi macchinari presi in locazione dallo Scotti la propria attività produttiva fino al successivo 20 marzo 1997, data in cui licenziava i dipendenti, per cessazione di attività.

Dopo pochi giorni però l'attività veniva continuata da OMP S.r.l., società che Luigi Scotti appositamente costituiva "per salvaguardare l'investimento a suo tempo operato" (come sostenuto dall'appellante) per cui i lavoratori licenziati dalla F.S.P. venivano riassunti in aprile dalla neo costituita O.M.P. S.r.l., dopo la loro iscrizione nelle liste di mobilità, per continuare a svolgere la medesima attività aziendale, negli stessi locali, con gli stessi macchinari e gli stessi strumenti di lavoro precedentemente utilizzati dalla F.S.P. Gli stessi lavoratori poi venivano licenziati alla fine di luglio 1998 per diventare, dal 1 settembre successivo, soci lavoratori, anche se nel corso del mese di agosto, come risulta dal testimoniale assunto, avevano proseguito nella prestazione di lavoro.

Occorre subito precisare che l'appello della società in ordine proprio all'omissione di contributi per il mese di agosto non può essere accolto.

Sul punto le deposizioni testimoniali sono chiarissime: l'azienda rimase aperta anche nel mese di agosto e i lavoratori proseguirono nella medesima prestazione del periodo precedente quando erano appunto dipendenti. Se è senz'altro vero che non è la natura della prestazione che distingue il lavoratore subordinato da quello autonomo, è pur vero che la prosecuzione, in modo invariato e senza mutazione della qualificazione giuridica del rapporto (che come detto si trasformerà in associazione in partecipazione

solo dal settembre successivo) depone in modo incontrovertibile per la natura subordinata e quindi per la obbligatorietà del versamento contributivo.

Sul punto del resto è illuminante la testimonianza del cognato dello Scotti, Enrico Salvi, che appunto afferma “nel mese di agosto l’azienda rimase aperta ... e sia io che i lavoratori di cui sopra eravamo presenti, svolgendo le stesse mansioni che avevamo svolto in precedenza ... io che ero addetto alla tenuta della contabilità ho registrato anche le loro ore di lavoro” con ciò confermando anche l’assoluta esattezza delle registrazioni sulla base delle quali l’INPS ha proceduto al recupero contributivo.

Sul punto pertanto la sentenza non può che essere confermata.

Quanto alla questione principale oggetto dell’appello, il giudice di primo grado ha ritenuto che, non essendovi stato un trapasso di beni dalla F.S.P. alla O.M.P., non potesse parlarsi di trasferimento d’azienda *ex art. 2112 c.c.*, ma che, essendo innegabile che i lavoratori fossero stati riassunti presso la “medesima azienda”, non ricorresse i presupposti perché il nuovo datore di lavoro, che era subentrato nella titolarità dell’azienda presso la quale i lavoratori erano già in forza, potesse godere dei benefici previsti dalla legge n. 223 del 1991.

Ritiene invece l’appellante che, non richiedendo la legge altri requisiti che quello della riassunzione dalle liste di mobilità, a nulla rilevino le circostanze evidenziate dagli ispettori dell’INPS: non quella dell’identità dei locali, o quella della identità dei macchinari, o dell’identità di lavorazione ripresa sostanzialmente senza soluzione di continuità, non trattandosi di elemento rilevante o comunque vietato dalla legge.

Va innanzitutto ricordato che il riconoscimento dell’indennità di mobilità è finalizzato, in una logica temporanea di intervento spiccatamente protettivo, a sopperire alle necessità immediate del lavoratore che, essendo stato irrevocabilmente scartato perché in esubero, non può contare sulla Cassa integrazione e sulla conservazione, che questa consente, del posto di lavoro. Poiché a tale indennità vengono sommate altre prestazioni accessorie (la contribuzione figurativa per il periodo corrispondente e l’assegno per il nucleo familiare) è evidente che, sia per alleviare le finanze pubbliche che per favorire la rioccupazione, siano stati previsti numerosi incentivi destinati alla ditte che riassorbono questa manodopera, sia sotto forma di sgravi contributivi che di incentivi economici (art. 8 commi 2 e 4, art. 25 comma 9 L. 223/91).

La normativa peraltro, destinata com’è ad avere un impatto sui costi di produzione e quindi potenzialmente sul prezzo finale del prodotto, deve essere interpretata in senso rigoristico per evitare alterazioni della libera concorrenza sul mercato e ingiustificate disparità di trattamento rispetto agli altri imprenditori del medesimo settore produttivo.

Quindi l’art. 4 della medesima legge articola dettagliatamente il complesso procedimento al fine di verificare se si tratti di vero esubero per la ditta che licenzia e che la successiva riassunzione corrisponda a reali esigenze economiche della impresa che assume, per evitare facili condotte elusive della fattispecie: nel controllo dei requisiti rientra certamente quello che l’impresa che assume sia diversa da quella che aveva licenziato e che comunque non fosse a ciò obbligata per legge, come nel caso dell’art. 2112 cod. civ..

Nel caso che qui occupa non ha rilievo tanto l’identità di impresa o la possibilità di configurare una cessione d’azienda quanto la circostanza evidente che la OMP sia di fatto subentrata alla precedente e pertanto avesse l’obbligo di riassumere il medesimo personale.

Non può infatti dimenticarsi che in materia di trasferimento d'azienda la più recente giurisprudenza di legittimità è orientata a ricomprendere non solo i casi classici di vendita, affitto e usufrutto, ma anche altre ipotesi in cui fermo restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si abbia la sostituzione del titolare del complesso aziendale, quale che sia lo strumento giuridico adottato (da ultimo Cass. 3.6.1998 n. 5466, Cass. 5.4.1995 n. 3974, Cass. 13.6.1990 n. 5739). Gli stessi giudici hanno ritenuto l'applicabilità dell'art. 2112 anche quando non ricorra un unico atto di cessione, ma vi siano vari contratti succedutisi in un certo arco di tempo (Cass. 9806/98; Cass. 1887/97; Cass. 3974/95; Cass. 3888/83) purché preordinati a tale scopo.

Nel caso qui in esame con vari contratti (prima di compravendita dei beni mobili e immobili da parte di altro soggetto, poi riaffitto al precedente titolare dei medesimi beni ed infine subentro del proprietario nella gestione diretta della medesima attività) si è attuata la piena successione nei locali, nei macchinari e nella manodopera già addestrata per compiere proprio la lavorazione precedente: i tempi sono stati certamente ravvicinati (né potrebbe essere diversamente atteso il veloce esaurimento della procedura di mobilità e dei relativi benefici) e hanno consentito di fatto di non interrompere la produzione e di mantenere l'avviamento.

Secondo l'art. 8, c. 4 della legge 23.7.1991, n. 223. "al datore di lavoro che, senza esservi tenuto ai sensi del comma primo, assuma a tempo pieno e indeterminato i lavoratori iscritti nella lista di mobilità, è concesso, per ogni mensilità di retribuzione corrisposta al lavoratore, un contributo mensile pari al 50% dell'indennità di mobilità che sarebbe stata corrisposta al lavoratore". Il primo comma dell'art. 8, richiamando l'art. 15, c. 6 della legge 29.4.1949, n. 264, estende ai lavoratori in mobilità, il diritto di precedenza (già riconosciuto da quest'ultima legge in favore dei lavoratori licenziati per riduzione di personale) nella riassunzione presso la medesima azienda entro un anno.

Il comma 4 *bis* del citato art. 8 — aggiunto dall'art. 2, c. 1 del D.L. 16.5.1994 n. 299, come modificato dalla legge di conversione 19.7.1994, n. 451 — esclude i suddetti benefici con riferimento "a quei lavoratori che siano stati collocati in mobilità, nei sei mesi precedenti, da parte di impresa dello stesso o di diverso settore di attività che, al momento del licenziamento, presenti assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli dell'impresa che assume, ovvero risulta con quest'ultima in rapporto: di collegamento o controllo ...".

Le richiamate norme, concernenti i benefici della c.d. "decontribuzione", presuppongono dunque, un licenziamento collettivo dei lavoratori, la loro iscrizione nelle liste di mobilità e il prelevamento dei medesimi da parte di un'altra azienda non tenuta ad assumerli.

È opportuno sottolineare che l'azienda cui fa riferimento la norma va intesa, anche alla stregua della complessiva evoluzione indotta dal diritto comunitario, quale entità economica complessiva che si connota per il suo dato oggettivo rappresentato dall'insieme non solo di mezzi (secondo la definizione codicistica dettata dall'art. 2555 c.c.) ma anche di lavoratori stabilmente organizzati al fine di svolgere un'attività economica, non rilevando invece il soggetto titolare, ovvero l'imprenditore datore di lavoro. La logica complessiva della disciplina nazionale, doverosamente coerente a quella comunitaria sul trasferimento di azienda, risiede, in sostanza, nella indifferenza delle vicen-

de attinenti alla proprietà, o, più latamente, alla titolarità dell'azienda rispetto ai rapporti di lavoro costituiti nell'ambito di essa, sicché qualunque sia l'atto da cui consegue il passaggio dell'azienda, nella sua unitarietà organizzativa o produttiva, da un titolare ad un altro, esso non potrà riflettersi negativamente sulle garanzie approntate dalla legge a favore dei lavoratori. Il che comporta che il diritto dei lavoratori in mobilità ad essere preferiti nell'assunzione disposta dallo stesso imprenditore entro un anno dal licenziamento collettivo dallo stesso adottato, deve essere affermato anche nei confronti del nuovo titolare della medesima azienda. In entrambi i casi, infatti, ricorrono la medesima *ratio* della norma che è quella, appunto, di favorire, per i quanto possibile, la ripresa della medesima attività aziendale considerata anche nelle sue componenti personali.

Considerato tale sistema dal lato dell'imprenditore, ne discende che ove questi sia o diventi titolare della medesima azienda cui appartenevano i lavoratori posti in mobilità nell'ultimo anno, la stessa resta esposta all'obbligo di riassumere gli stessi lavoratori con priorità rispetto ad altri aspiranti: il legislatore considera che in tal modo, nell'indicato periodo si realizza un rientro della forza lavoro nell'ambito del medesimo contesto produttivo, il che non si traduce in un incremento occupazionale netto e, per questo, non giustifica l'attribuzione dei benefici contributivi previsti dal citato art. 8, c. 4 della legge n. 223 del 1991.

Ne consegue che, ove l'azienda, così intesa, nel suo complesso, abbia continuato o riprenda ad operare, non importa se titolare sia lo stesso imprenditore o altro, comunque subentrante (prescindendo dallo strumento negoziale attraverso cui si sia verificata la cessione dell'azienda) la prosecuzione, o la riattivazione del rapporto di lavoro presso il nuovo datore di lavoro costituiscono non la manifestazione di una libera opzione del datore di lavoro, ma l'effetto di un preciso obbligo previsto dalla legge (art. 2112 c.c. come modificato, proprio in attuazione delle direttive comunitarie, sia dall'art. 47 della legge 29.12.1990, n. 428, sia da ultimo, dal D.Lgs 2 febbraio 2001, n. 18) come tale non meritevole dei benefici della decontribuzione (così da ultimo Cassazione civile sez. lav., 2 aprile 2001, n. 4825).

Anche su questo punto quindi la sentenza deve essere confermata.

(Omissis)

Prestazioni - Fondo di garanzia - TFR - Incremento ai sensi dell'art. 2120 c.c. - Obbligo di corresponsione - Esclusione.

Corte d'Appello di Caltanissetta - 10.10/20.11.2001, n. 106 - Pres. D'Orazi - Rel. Vullo - Rizzo ed altri (Avv. Cutrera) - INPS (Avv.ti Russo, Tomaselli).

La legge n° 297/1982, che ha soppresso il fondo per le indennità di anzianità degli impiegati, previsto dal R.D.L. n° 5/1942 conv. in legge 2.10.1942, n° 1251, ne ha fatto venir meno tutti i meccanismi sostitutivi e, pertanto, le polizze assicurative stipulate successivamente sono necessariamente regolate in ogni loro aspetto dal testo novellato dell'art. 2120 cod. civ.

Le polizze assicurative che il datore di lavoro stipuli al fine di garantire comunque ai dipendenti il pagamento del trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 cod. civ. — testo novellato — non possono garantire ai dipendenti medesimi un trattamento di miglior favore rispetto ai minimi di legge, e ciò anche qualora i sistemi di capitalizzazione e riscatto concretamente adottati siano affini, nella loro impostazione, ai criteri corrispondentemente previsti per il soppresso fondo dal R.D.L. n° 5/1942.

Il fondo di garanzia del TFR costituito presso l'INPS è tenuto ad erogare l'importo di TFR secondo i criteri previsti dall'art. 2120 cod. civ., al netto di tutto quanto pagato dall'assicuratore privato in ottemperanza alla polizza di garanzia del pagamento del trattamento medesimo.

FATTO — Con separati ricorsi, Rizzo Santo, Rizzo Francesco, Campione Michele, Puglisi Calogero, Spalletta Rosario e Quattrocchi Nicolò adivano il giudice del lavoro di Nicosia, esponendo di aver richiesto all'INPS di Enna, ex art. 2 L. 297/82, il pagamento delle spettanze TFR non pagate dal datore di lavoro E.N.A.P. di Nicosia, ma che l'INPS aveva pagato una somma minore del dovuto; che precedentemente aveva richiesto ed ottenuto dal pretore di Nicosia decreto, non opposto, con il quale si ingiungeva al predetto E.N.A.P. il pagamento delle somme, specificatamente indicate, maturate a titolo di TFR e che, a seguito di pignoramento presso la Schweiz Assicurazioni, depositaria del TFR, ottenevano l'assegnazione di somme comprensive di quanto versato a titolo di TFR e dei benefici di polizza maturati per ogni singolo lavoratore: che, dovendo essere scorporato l'importo dei benefici di polizza, agivano esecutivamente nei confronti dell'ENAP, per ottenere la differenza tra quanto dovuto dal datore per TFR e la minor somma pignorata alla Schweiz Assicurazioni ed assegnata a tale titolo; che, stante l'esito negativo di tale procedura esecutiva, avevano richiesto al Fondo di garanzia per il TFR presso l'INPS, la corresponsione, in luogo del datore di lavoro, della differenza dovuta per TFR, ma che il predetto Istituto riconosceva una somma minore di quella richiesta e ciò perché, erroneamente, conteggiava l'intera somma assegnata (con il pignoramento presso la Schweiz Assicurazioni) ad ogni singolo lavoratore, calcolando, quindi, anche la quota parte delle somme relative ai benefici di polizza maturati.

Ciò premesso, chiedevano la condanna dell'INPS delle maggiori somme dovute a titolo di TFR e non pagate, oltre interessi e rivalutazione.

Si costituiva l'INPS, resistendo alla domanda e deducendo che quanto corrisposto, ivi compresa la differenza corrisposta dall'INPS, costituiva l'intera somma dovuta per TFR, come confermato dalla circostanza che gli stessi lavoratori nel precedente ricorso per decreto ingiuntivo avevano espressamente formulato riserva di agire autonomamente per l'ottenimento dei benefici di polizza.

Il giudice del lavoro di Nicosia, con sentenza del 14.3/13.4.2000, rigettava la domanda.

Avverso tale sentenza, notificata il 13.06.2000, hanno proposto appello Rizzo Santo, Rizzo Francesco, Campione Michele, Puglisi Calogero, Spalletta Rosario e Quattrocchi Nicolò, con ricorso depositato in data 1.7.2000.

Ha resistito l'INPS, che si è costituito con memoria depositata l'1.3.01.

Indi, all'udienza di discussione, la causa, sulle conclusioni delle parti precisate in epigrafe, è stata decisa con lettura del dispositivo.

DIRITTO — Il primo giudice ha così argomentato la statuizione di rigetto:

— il rapporto contrattuale intercorso tra il datore di lavoro ENAP e la società Schweiz si configura come contratto a favore di terzi, in base al quale la società assicuratrice assume l'obbligo di corrispondere al lavoratore il TFR, indipendentemente dall'ammontare della somma versata a tale titolo dal datore di lavoro; — per "benefici di polizza" deve intendersi la quota TFR non coperta dai versamenti, ma da cui è, comunque, garantito il pagamento da parte della società assicuratrice, che diventa, quindi, debitrice del TFR, ma senza che il datore di lavoro (debitore originario) sia sollevato dall'obbligo di corrispondere il TFR, derivando dal titolo negoziale un accollo di tipo cumulativo; le somme assegnate ai lavoratori, nella loro interezza, devono considerarsi come TFR e, pertanto, correttamente l'INPS ha corrisposto solo la differenza tra l'importo complessivo delle somme complessivamente assegnate ai lavoratori e l'importo residuo dovuto per TFR, non corrisposto né all'assicurazione, né dall'ENAP.

Gli appellanti, con l'ampio ed articolato atto d'appello propongono le seguenti censure che, sinteticamente, possono così riassumersi: — il contratto di assicurazione di cui trattasi, da intendersi stipulato ai sensi del R.D.L. n. 5 del 1942, è volto a garantire un trattamento di miglior favore superiore al minimo legale dell'indennità, rappresentato dal rendimento del capitale versato, che va corrisposto, quindi, al lavoratore in aggiunta al pagamento del TFR, come appare dimostrato dal contenuto della polizza, che espressamente prevede la capitalizzazione del capitale versato da effettuarsi a beneficio dei dipendenti del contraente; — l'accettazione dell'intero importo assegnato ai lavoratori, implica rinuncia ai rendimenti di capitale da parte del datore di lavoro; — poiché il rendimento del capitale costituisce trattamento di miglior favore rispetto massimo legale del TFR, i "benefici di polizza" non fanno parte di quest'ultimo, ma costituiscono un'entità economica ulteriore distinta dal TFR; — se veramente, come sostenuto dal primo giudice, si fosse realizzato, tra il datore di lavoro e la società assicuratrice, un accollo cumulativo non potrebbero sussistere differenze per TFR a carico dell'INPS, in quanto la società assicuratrice sarebbe tenuta, in forza del titolo negoziale al pagamento dell'intero TFR; — sotto altro profilo, ritenere i benefici di polizza parte integrante del TFR determinando la possibilità per il datore di eludere, mediante il contratto assicurativi, l'obbligo inderogabile di versare l'intero TFR, il vero interesse al contratto stipulato con la società assicuratrice andrebbe individuato nella possibilità per il datore di lavoro, attraverso il sistema del pagamento del premio unico per tutti i lavoratori assicurarsi pronta liquidità nel caso che un lavoratore sciolga il contratto prima della scadenza stabilita nella polizza assicurativa.

Si chiede, infine, la corresponsione di interessi e rivalutazione monetaria sulle differenze per TFR dovute dall'INPS.

Così sintetizzati i termini delle questioni, osserva il Collegio che le doglianze non possono essere condivise, tuttavia il *decisum* va confermato per argomentazioni diverse da quelle svolte dal primo giudice.

Giova rilevare, così come correttamente sottolineato dalla difesa dell'Istituto appellato, che tutte le censure muovono da una comune premessa: che la polizza assicurativa sia stata stipulata dall'ENAP, in base alle disposizioni del R.D.L. n. 5 del 1942, conv. in L. 2.10.42 n. 1251, che consentiva ai datori di lavoro, mediante stipula di contratti di assicurazione, di non versare gli accantonamenti dovuti al Fondo per le indennità di anzianità degli impiegati.

Muovendo da tale premessa, gli appellanti assumono che mediante la polizza assicurativa stipulata dall'ENAP si sia inteso garantire, in base alla su citata disposizione trattamenti di miglior favore ai lavoratori dipendenti rispetto a quelli previsti per legge, con la conseguenza che i benefici di polizza del capitale, distinto dal TFR, ma spettante al lavoratore: sostanziosamente, così, la condizione di miglior favore cui è finalizzata la polizza.

Tale impostazione, però, non può essere condivisa.

Come è noto, la legge n. 297 del 1982 (disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica), ha espressamente soppresso il Fondo previsto dal R.D.L. n. 5 del 1942 e, conseguentemente, sono venuti meno i meccanismi sostitutivi ivi previsti.

La polizza di cui si discute è stata stipulata dall'ENAP in data successiva alla legge n. 297 del 1982 e, pertanto, al novellato art. 2120 cod. civ., sulla disciplina di fine rapporto, occorre necessariamente far riferimento per la soluzione della questione centrale della presente controversia (se, cioè, i benefici di polizza siano, o meno, emolumenti distinti dal TFR).

Appare necessaria una brevissima puntualizzazione sull'evoluzione dell'Istituto.

L'indennità di anzianità, disciplinata dal vecchio testo dell'art. 2120 c.c., aveva connotazione e struttura di "retribuzione differita", non solo perché esigibile solo alla fine del rapporto di lavoro, ma, principalmente, perché emolumento (con natura di credito contributivo) soggetto a rideterminazione nel suo intero ammontare, in conseguenza della normale variazione dei suoi fattori determinativi (secondo il principio del c.d. automatismo salariale).

Tale caratteristica (di automatismo salariale) non è più rinvenibile nel trattamento di fine rapporto previsto dal nuovo testo, né l'inserimento dell'indennità di contingenza può assolvere tale finalità, in quanto l'ultimo importo maturato al momento della cessazione del rapporto non viene proiettato all'indietro per tutti gli anni di servizio.

Un meccanismo di indicizzazione viene, comunque, garantito dalla L. n. 297 del 1982, (in ossequio alla natura retributiva, in senso lato del trattamento di fine rapporto): gli accantonamenti vengono, a fine di ogni anno, rivalutati in misura pari al 75% della crescita dell'indice ISTAT, più un 1,5% fisso (art. 2120, 4° co., c.c.).

E ciò, al fine di evitare le conseguenze del fenomeno inflattivo e di garantire il valore reale delle quote annuali di accantonamento.

L'accantonamento è obbligo a carico del datore di lavoro, che, a tal fine, può stipulare polizze assicurative (c.d. assicurazioni di legge), il cui scopo è quello di consentire

gli adempimenti previsti dalle norme sul trattamento di fine rapporto, garantendo al lavoratore i fondi necessari per pagare il TFR spettante ai lavoratori dipendenti.

Ciò premesso, nella specie, dall'esame della polizza assicurativa stipulata dall'ENAP, si evince che le parti contraenti hanno inteso garantire il trattamento di fine rapporto del personale dipendente, nei limiti delle condizioni di polizza relativa alla tariffa di capitalizzazione per il pagamento certo ad un'epoca prestabilita di un capitale rivalutabile annualmente contro versamento di un premio unico.

Deve ritenersi non condivisibile, pertanto, l'assunto degli appellanti secondo cui con la cennata polizza si sia voluto ai lavoratori un trattamento di miglior favore rispetto ai minimi di legge e che, pertanto, i benefici di polizza costituiscono rendimento del capitale versato, distinto dal TFR.

Lo schema contrattuale non autorizza tale prospettazione, perché nessuna clausola prevede un raffronto tra il sistema di rivalutazione degli accantonamenti (secondo il sistema previsto dal novellato art. 2120 c.c.) e la tariffa di capitalizzazione del capitale assicurato.

Inoltre, ammettendo che il rendimento del capitale sia ad esclusivo beneficio dei lavoratori, rimanendo a carico del datore di lavoro il TFR (indicizzato secondo il sistema previsto dall'art. 2120 c.c.), non sussisterebbe, come anche rilevato dalla difesa dell'Istituto appellato, un interesse contrattuale da parte del datore di lavoro e la polizza avrebbe il contenuto di una manovra speculativa a vantaggio esclusivo dei lavoratori.

Ritiene invece, il Collegio che, analogamente alla disciplina contenuta nell'art. 2123 c.c., che prevede forme volontarie di previdenza (e che devono ritenersi compatibili con il sistema dettato dalla L. n. 297 del 1982, a patto, però, che non vi sia trattamento deteriore tra capitalizzazione delle prestazioni e TFR), le parti contraenti abbiano previsto, come oggetto del contratto, gli adempimenti previsti dalle norme sul trattamento di fine rapporto, con la finalità di garantire al datore di lavoro i fondi necessari per pagare il TFR spettanti ai lavoratori dipendenti.

Ciò secondo lo schema delle assicurazioni collettive di legge, sopra ricordato, ferma restando la responsabilità del datore di lavoro in ordine alla corrispondenza del premio unico versato alla sommatoria delle singole quote di accantonamento previste per legge e ferma restando l'obbligazione della società assicurativa nei limiti e in proporzione dei premi versati (ma ciò è conforme ai principi generali sul rapporto assicurativo).

Quanto alla quota di riscatto, da cui gli appellanti hanno tratto argomentazione a favore della tesi prospettata a sostegno delle censure, è sufficiente dire che non essendo più previsto un sistema sostitutivo quale quello disciplinato dal R.D.L. n. 5 del 1942 la polizza contrattuale collettiva stipulata dall'ENAP si inserisce nell'ampio *genus* assicurazioni sulla vita che contemplano, in via generale, una riduzione del capitale assicurato in caso pagamento anticipato rispetto alla scadenza, così come è avvenuto nel caso di specie.

Per le esposte argomentazioni, le differenze corrisposte dal Fondo di garanzia, gestito dall'INPS, devono ritenersi soddisfattive di quanto dovuto per TFR.

L'appello, pertanto, deve essere rigettato.

(*Omissis*)

Contributi - Socio amministratore di S.r.l. - Iscrizione gestione commercianti - Presunzione di ricorrenza requisiti - Necessità prova contraria - Esercizio attività commerciale - Fattispecie.

Corte d'Appello di Milano - 4/23.11.2002, n. 693 - Pres. Mannacio - Rel. Accardo - INPS (Avv.ti Mogavero, Saia) - Cappelletti (Avv. Pomentale).

L'iscrizione del socio amministratore di una S.r.l. alla gestione assicurativa dei commercianti induce una situazione di presunzione di ricorrenza dei relativi requisiti, che può, a posteriori, essere superata solo dalla prova che il soggetto non svolgesse attività commerciale; tale attività deve ritenersi svolta ove l'amministratore sia il vertice organizzativo della struttura commerciale della società.

FATTO — Cappelletti Mario si duole che il Giudice Unico del Tribunale di Como non abbia accolto la sua domanda diretta all'annullamento dell'accertamento contributivo di cui alla cartella esattoriale RILENO per £. 10.193.057 relativa a contributi per attività commerciale.

Il ricorrente, che aveva presentato domanda di cancellazione in data 17.5.99, dopo la presentazione di una domanda di iscrizione con riserva nell'aprile 97, si duole che il primo giudice abbia attribuito rilevanza decisiva alla domanda del 97, pur non ricorrendo nella fattispecie i presupposti di legge per l'iscrizione nella gestione commercianti.

Resiste l'INPS.

DIRITTO — Lamenta l'appellante che il primo giudice abbia considerato rilevante il fatto che lo stesso Cappelletti avesse presentato domanda di iscrizione alla gestione commercianti ed abbia quindi considerato la sussistenza di un'ulteriore attività rispetto a quella di amministratore pure regolarmente assicurata.

In proposito è da osservare che, se è vero che l'iscrizione nella gestione INPS Commercianti induceva una situazione di presunzione di ricorrenza dei requisiti per l'iscrizione a tale fondo previdenziale speciale gestito dall'INPS, non poteva però ritenersi preclusa la possibilità di fornire la prova che l'appellante era sfornito dei requisiti che danno luogo al diritto - obbligo di iscrizione.

Nella fattispecie però, anche ad avviso della Corte, il Cappelletti non ha fornito la prova di non avere svolto attività commerciale.

Il solo fatto che egli fosse iscritto alla assicurazione obbligatoria in relazione all'attività di amministratore della società, non può valere ad escutere l'ulteriore iscrizione con relativa contribuzione per l'attività commerciale ai sensi dell'art. 1 comma 203 della L. 662/96.

In effetti, è risultato che il Cappelletti, oltre ad essere Presidente del Consiglio di amministrazione della MEC AUTO S.p.A., si occupava non solo della amministrazione della società avente ad oggetto il commercio di auto, ma svolgeva attività di coordinamento del personale intervenendo pure talvolta personalmente per i contatti più importanti con clienti.

Lo stesso interrogatorio libero offre spunti in tal senso e le dichiarazioni dei testi escussi (si veda in part. il Polito) danno un quadro d'insieme nel quale il Cappelletti risulta il vertice organizzativo dell'attività commerciale della società.

La sentenza va pertanto confermata.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Licenziamento disciplinare - Irrogazione - Violazione di obblighi o divieti sanzionati anche penalmente - Codice disciplinare - Affissione - Irrilevanza.

Lavoro (Rapporto di) - Licenziamento disciplinare - Codice disciplinare - Pubblicità mediante affissione - Necessità - Comportamenti in violazione del "minimo etico" - Sanzionabilità - Presupposti.

Corte di Appello di Napoli - 17.10/28.11.2001, n. 1522 - Pres. Rel. Vitiello - Poste Italiane S.p.A. (Avv. Librera) - Raho (Avv. Sciaudone).

L'illecito disciplinare commesso dal lavoratore per violazione di un obbligo o di un divieto, sanzionati anche penalmente, non richiede la previa affissione del codice disciplinare, quando l'illiceità della violazione, per il contrasto con la coscienza comune, possa essere conosciuta ed apprezzata dal lavoratore senza bisogno di preventivo avviso da parte del datore di lavoro, ovvero sia quando il licenziamento disciplinare sia intimato per comportamenti del lavoratore che la coscienza sociale considera lesivi delle regole fondamentali del vivere civile, anche se detti comportamenti siano espressamente previsti come causa giustificatrice del licenziamento.

L'esigenza di pubblicità del codice disciplinare, mediante affissione nel luogo di lavoro in un posto accessibile a tutti, si applica al licenziamento disciplinare solo quando questo sia intimato per specifiche ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo introdotte dalla normativa collettiva o validamente poste dal datore di lavoro, e non anche quando si basi su situazioni giustificative del recesso previste direttamente dalla legge, trattandosi di infrazioni il cui divieto risiede nella coscienza comune quale minimo etico.

FATTO — Con ricorso presentato il 16.2.98 al Pretore di S. Maria Capua Vetere, in funzione di giudice del lavoro, Raho Eugenio impugnò il licenziamento intimatogli il

3.2.98 dall'Ente Poste Italiane, di cui era dipendente, con l'accusa di aver sottratto e distrutto della corrispondenza. Il ricorrente sostenne la illegittimità del recesso sia per omessa affissione del codice disciplinare nel luogo di lavoro, sia per mancanza di contestazione immediata degli addebiti, sia per inesistenza degli stessi, per cui chiese la revoca del licenziamento con la reintegrazione nel posto di lavoro, il pagamento delle retribuzioni non corrisposte fino alla reintegra e il risarcimento del danno anche morale.

Si costituì in giudizio la S.p.A. Poste Italiane, subentrata all'Ente Poste, sostenendo che il codice disciplinare era stato regolarmente affisso e che gli accertamenti ispettivi compiuti avevano confermato la responsabilità del dipendente, per cui il licenziamento doveva ritenersi legittimo e la domanda del ricorrente infondata.

Nel corso del giudizio furono espletati il libero interrogatorio delle parti e la prova per testi richiesta.

Quindi il giudice unico presso il Tribunale di S. Maria Capua Vetere, con sentenza del 29.9.2000, dichiarò che il licenziamento era illegittimo a causa dell'omessa affissione del codice disciplinare e della mancanza di prova adeguata dei fatti addebitati; ordinò alla società convenuta di reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e la condannò a pagare tutte le retribuzioni dalla data del licenziamento fino alla reintegra, oltre interessi legali e spese di lite.

Contro la sentenza ha proposto appello la società Poste Italiane con ricorso depositato presso questa Corte il 20.12.2000, ribadendo le argomentazioni difensive di primo grado. Ha precisato inoltre che l'affissione del codice disciplinare non è indispensabile quando il comportamento del lavoratore rivesta carattere palesemente antiggiuridico, indipendentemente dalla sua gravità o rilevanza penale, e che nel caso di specie l'addebito — consistente nell'apertura e distruzione di corrispondenza — era emerso inconfutabilmente dall'inchiesta ispettiva e dalle testimonianze raccolte. Per cui ha chiesto la riforma della sentenza impugnata, con declaratoria di legittimità del licenziamento e vittoria di spese.

Si è costituito in giudizio l'appellato contrastando le argomentazioni poste a base dell'appello, di cui ha chiesto il rigetto, con conferma della sentenza impugnata e condanna dell'appellante alle spese ed al risarcimento dei danni *ex art. 96 c.p.c.* stante la temerarietà dell'impugnazione.

All'udienza odierna, dopo la discussione orale, la Corte ha deciso la causa come da dispositivo.

DIRITTO — 1. — Con il primo motivo di appello la società Poste Italiane sostiene che erroneamente il giudice di primo grado ha ritenuto illegittimo il licenziamento per mancanza della preventiva affissione del codice disciplinare, prescritta dall'art. 7, 1° comma, della legge 20.5.70 n. 300. Precisa l'appellante che, secondo l'orientamento della Cassazione, tale affissione non è necessaria ai fini della validità del recesso, qualora il comportamento del lavoratore abbia carattere indiscutibilmente antiggiuridico — come nel caso del Raho — ed il relativo divieto è presente nella coscienza sociale quale *minimum etico*.

Il motivo è fondato.

Con orientamento ormai consolidato la Suprema Corte ha affermato che l'esigenza

di pubblicità del cosiddetto codice disciplinare, mediante affissione nel luogo di lavoro in un posto accessibile a tutti, si applica al licenziamento disciplinare solo quando questo sia intimato per specifiche ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo introdotte dalla normativa collettiva o validamente poste dal datore di lavoro, e non anche quando si basi su situazioni giustificative del recesso previste direttamente dalla legge, trattandosi di infrazioni il cui divieto risiede nella coscienza comune quale minimo etico (cfr. Cass., sez. lav., 27.3.99 n. 2954; id., 21.3.96 n. 2453; id., 23.2.96 nn. 1434 e 1422; id., 16.1.96 n. 307).

Ancora più aderenti alla fattispecie in esame sono alcune pronunce in cui la Corte ha chiarito che l'illecito disciplinare commesso dal lavoratore per violazione di un obbligo o di un divieto, sanzionati anche penalmente, non richiede la previa affissione del codice disciplinare, quando l'illiceità della violazione, per il contrasto con la coscienza comune, possa essere conosciuta ed apprezzata dal lavoratore senza bisogno di preventivo avviso da parte del datore di lavoro (Cass., sez. lav., 9.3.95 n. 2762); ovverossia, quando il licenziamento disciplinare sia intimato per comportamenti del lavoratore che la coscienza sociale considera lesivi delle regole fondamentali del vivere civile, anche se detti comportamenti siano espressamente previsti come causa giustificatrice del licenziamento (Cass., sez. lav., 17.11.94 n. 9719).

È innegabile che gli addebiti contestati al Raho (sottrazione e distruzione di corrispondenza, pervenuta nella sua momentanea disponibilità in qualità di addetto al servizio postale) rispondono a tutti i requisiti individuati dalla giurisprudenza ora richiamata, in quanto essi non traggono la loro origine da norme della contrattazione collettiva o da disposizioni legittimamente dettate dal datore di lavoro, ma costituiscono violazione di regole fondamentali della civile convivenza (la libertà e la segretezza della corrispondenza sono tutelate dall'art. 15 della Costituzione) e sono, al tempo stesso, espressamente previsti dalla legge come illecito penale.

Quindi deve concludersi che la validità del licenziamento irrogato al Raho non presupponeva la previa affissione del codice disciplinare nel luogo di lavoro, in quanto il lavoratore era in grado di riconoscere, indipendentemente da tale adempimento, l'anti-giuridicità della condotta che gli è stata addebitata. Una simile conclusione rende del tutto ininfluente l'accertamento istruttorio compiuto in primo grado in ordine alla circostanza della affissione del codice ed assorbe ogni esigenza di riesame sul punto.

2. — Può quindi passarsi all'esame del secondo motivo di impugnazione che riguarda più propriamente il merito della vicenda disciplinare, avendo il primo giudice ritenuto non sufficientemente raggiunta la prova degli addebiti contestati al lavoratore.

Sotto tale profilo ritiene la Corte che la sentenza impugnata non meriti censure.

Esattamente, infatti, il giudice di S. Maria Capua Vetere ha evidenziato che le deposizioni dei testi su cui si fonda l'accusa delle Poste non sono univoche né convincenti; che le stesse risultano in parziale contrasto con altre deposizioni; che, in particolare, il principale teste di accusa (Curzio) aveva motivi di inimicizia con il ricorrente.

Una simile conclusione trova riscontro anche nella sentenza resa dallo stesso Tribunale in sede penale in data 27.9.2000, con la quale, sulla base di elementi probatori in parte simili ma più numerosi (sono stati escussi gli stessi testi sentiti nella causa di lavoro, più altri due) e di valutazioni concordanti con quelle del giudice del lavoro,

il Raho è stato assolto dal reato di sottrazione e distruzione di corrispondenza per non aver commesso il fatto.

Esaminando più specificamente le risultanze istruttorie di primo grado, osserva la Corte che il teste Villano (sordomuto, collega di lavoro) riferì all'altro collega Curzio di aver visto il Raho strappare della corrispondenza il 25.9.97. È emerso che egli non aveva motivi di personale inimicizia nei confronti di quest'ultimo, ma era molto legato al Curzio e quindi influenzabile dalle valutazioni dello stesso. Mancano, tuttavia, sicuri riscontri probatori per affermare che la corrispondenza che il teste vide strappare fosse quella poi rinvenuta e individuata — solo la mattina dopo — nel cestino delle carte sito accanto alla scrivania (occasionalmente e non abitualmente) adoperata quel giorno dal Raho. La sentenza impugnata ha evidenziato, inoltre, qualche divergenza fra le dichiarazioni rese il 10.10.97 dal Villano agli ispettori della società e la sua deposizione del 28.1.2000.

Il teste Curzio Michele è — come si accennato — il principale accusatore del Raho, avendo egli riferito non solo quanto appreso dal Villano in ordine all'episodio del 25-9, ma anche di aver visto personalmente l'appellato strappare di nuovo della corrispondenza il 17.10.97 (mentre era in corso una visita ispettiva presso l'agenzia postale di S. Maria Capua Vetere, ove essi prestavano servizio). Anche in relazione a questo secondo episodio mancano elementi certi di identificazione della corrispondenza poi rinvenuta nel cestino delle carte con quella che sarebbe stata strappata dal Raho.

Dalle deposizioni dei testi Guarino e Sangiovanni è emerso che il Curzio aveva rapporti molto tesi con il Raho, con il quale aveva avuto pochi giorni prima un alterco culminato con il lancio di una pizza sul viso del Curzio. Questi, invece, nel corso della propria deposizione non ha fatto alcun cenno ai rapporti di inimicizia che aveva con il collega di lavoro. Come ha ben evidenziato il primo giudice, le sue dichiarazioni relative alla circostanza dell'affissione del codice disciplinare risultano contraddittorie e contrastanti con la deposizione del teste Mastellone, direttore dell'agenzia. Tutto ciò vale a sminuire fortemente la credibilità della deposizione del Curzio e dell'intero impianto accusatorio su cui si fonda il licenziamento.

I testimoni Guarino e Sangiovanni nulla hanno potuto dire, per conoscenza diretta, circa la dinamica degli episodi oggetto di contestazione disciplinare.

A tal proposito, il teste Mastellone è stato in grado di riferire solo in ordine a quanto gli fu detto dal Curcio e alle modalità di recupero delle corrispondenza dal cestino delle carte.

Nessun elemento nuovo di accertamento dei fatti o di valutazione è stato proposto dalla difesa delle Poste in grado di appello. Sicchè deve concludersi — conformemente a quanto già ritenuto dai giudici penale e del lavoro di S. Maria Capua Vetere — che gli elementi di prova raccolti non sono sufficienti ad affermare che i frammenti di corrispondenza rinvenuti nell'agenzia postale il 25-9 e il 17.10.97 erano stati sottratti e strappati dal Raho.

Da ciò consegue la conferma della sentenza appellata, sia pure limitatamente al profilo della mancanza di accertamento della responsabilità del Raho in ordine ai fatti addebitatigli, profilo che è da solo idoneo a determinare la illegittimità del licenziamento con le conseguenze già sancite dal giudice di primo grado.

Dal rigetto dell'appello consegue la condanna dell'appellante alla rifusione delle ulteriori spese di lite, in virtù del principio della soccombenza.

Va invece respinta la richiesta dell'appellato di risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c., non sussistendo il presupposto della temerarietà dell'appello proposto dalla S.p.A. Poste Italiane. L'impugnazione, infatti, è risultata fondata in relazione al punto dell'omessa affissione del codice disciplinare e viene respinta nel merito solo per la insufficienza ed univocità delle prove esistenti a carico del Raho.

(Omissis)

Contributi - Prescrizione - Atto interruttivo - Presunzione di conoscenza - Illeggibilità della firma del ricevente - Irrilevanza.

Contributi - Prescrizione - Jus superveniens - Atto interruttivo - Effetti.

Corte di Appello di Palermo - 19.4/10.7.2001, n. 349 - Pres. Ardito - Rel. Rizzo - INPS (Avv.ti Russello, Tomaselli) - Ente Minerario Siciliano (Avv.ti Pellitteri).

L'atto stragiudiziale di costituzione in mora del debitore, inviato al debitore per raccomandata con avviso di ricevimento, si presume giunto a conoscenza di questo allorché risulti pervenuto all'indirizzo del destinatario, non potendosi desumere la mancata ricezione dalla illeggibilità della firma del ricevente.

Il mutamento del termine prescrizione dei contributi previdenziali introdotto dall'art. 3 della legge n. 335/95 non si applica nei confronti dei contributi dovuti antecedentemente all'entrata in vigore della menzionata legge e per i quali vi è stato un atto interruttivo. In tali casi, pertanto, il termine prescrizione operante è quello decennale cui si aggiunge il termine triennale di sospensione prevista dall'art. 2, comma 19, D.L. n. 463/83 convertito, con modificazioni, in L. n. 638/83.

FATTO — Con ricorso depositato in data 11.7.2000, l'INPS proponeva appello avverso la sentenza n. 2190; emessa il 22.6.2000 dal Giudice del Lavoro del Tribunale di Agrigento, che aveva revocato il decreto ingiuntivo emesso il 15.6.1999 dal Giudice del Lavoro del Tribunale di Agrigento, con il quale veniva intimato all'E.M.S. di corrispondere all'Istituto Previdenziale la somma di €. 19.832.307 a titolo contributi previdenziali ed assistenziali omessi nel periodo 1.7.1978-28.2.1980.

Deduceva l'erroneità, della statuizione adottata dal primo giudice che, ritenuti prescritti i caduti azionati con l'azione monitoria, aveva revocato l'opposto decreto.

Allegava che, ai sensi dell'art. 3, comma 9° della legge n. 335 del 1995, nella specie, operasse il termine di prescrizione decennale cui dovevano sommarsi i tre anni di sospensione dei termini prescrizionali di cui all'art. 2, comma 19°, del D.L. n. 463/1983, convertito in Legge n. 638/1983 ed, inoltre gli otto mesi trascorsi dal 10.1.1983 al 12.9.1983, avendo la legge 638/1983, di conversione del D.L. 463/1983, fatto salvi "gli atti ed i provvedimenti" e mantenuto "efficacia ai rapporti giuridici derivanti" dall'applicazione dei precedenti decreti - legge (nn. 3, 59, 176, 314 e 317 del 1983) non convertiti in legge.

Precisava, pertanto, che, alla data del 27.1.1992, di notifica dell'atto di diffida di pagamento dei crediti ingiunti — da valutarsi come atto interruttivo della prescrizione — il suddetto termine prescrizionale non era ancora decorso.

Chiedeva, così, in riforma della sentenza appellata, il rigetto dell'opposizione promossa dall'E.M.S., avverso il decreto ingiuntivo sopra menzionato.

Si costituiva l'E.M.S. che, preliminarmente deduceva che nessuna valida interruzione della prescrizione potesse collegarsi alla diffida di pagamento datata 20.1.192 e pervenuta il 27.1.1992, allegando, sul punto, che l'avviso di ricevimento dell'atto di diffida portava "... una firma di sottoscrizione illeggibile di soggetto certamente estraneo all'Ente ...".

Deduceva, in ogni caso, che al termine di prescrizione decennale dovesse aggiungersi soltanto la sospensione triennale e non anche gli ulteriori otto mesi, come allegato dall'INPS.

La causa, acquisiti analitico conteggio delle somme azionate con la procedura monitoria, all'udienza del 19.4.2001, sulle conclusioni dei procuratori delle parti, veniva decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — Con l'unico motivo di appello l'INPS deduce l'erroneità della statuizione adottata dal primo giudice che, ritenuti prescritti i contributi previdenziali ed assistenziali rivendicati per il periodo 1.7.1978 - 28.2.1980, aveva revocato l'opposto decreto ingiuntivo.

L'appello è fondato nei limiti di seguito spiegati.

È pregiudiziale alla risoluzione della questione che concerne la dedotta estinzione del credito azionato dall'INPS, l'esame dell'eccezione sollevata dall'E.M.S. che allega non essergli mai pervenuto l'atto di diffida di pagamento dei crediti ingiunti (prodotto dall'INPS).

L'E.M.S. ancora tale eccezione alla circostanza che l'avviso di ricevimento — relativo a tale atto — porta una firma (per ricezione) illeggibile, appartenente a soggetto "certamente estraneo all'Ente".

L'assunto non è condivisibile.

Ed, invero, deve escludersi che, a fronte della indicazione, in detto avviso di ricevimento, di un destinatario ben determinato (E.M.S. - Miniera Lucia, Viale Regione Siciliana, 90146 Palermo) e di una attestazione di consegna dell'atto al destinatario, la mancata ricezione da parte dell'Ente possa desumersi dalla illeggibilità della firma del ricevente.

Deve, così affermarsi, per gli importanti effetti che ne derivano, che il suddetto atto, notificato all'E.M.S. il 27.1.1992, ha piena efficacia di atto interruttivo della prescrizione.

Ed, infatti, nella individuazione del termine prescrizionale operante nella specie, deve tenersi conto delle disposizioni contenute nella legge 8 agosto 1995, n. 335 di "Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare".

L'art. 3, comma 9°, della citata legge recita:

"Le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini di seguito indicati:

a) dieci anni per le contribuzioni di pertinenza del fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie, compreso il contributo di solidarietà previsto dall'articolo 9 *bis*, comma 2, del decreto - legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 giugno 1991, n. 166, ed esclusa ogni aliquota di contribuzioni aggiuntiva non devoluta alle gestioni pensionistiche, a decorrere dal 1 gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti;

b) cinque anni per tutte le altre contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria".

Il successivo comma 10° prevede, poi, che:

"I termini di prescrizione di cui al comma 9 si applicano anche alle contribuzioni relative a periodo 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".

La seconda parte del menzionato art. 10 statuisce, inoltre, che:

"Agli effetti del computo dei termini prescrizionali non si tiene conto della sospensione prevista dall'articolo 2, comma 19, del decreto - legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, fatti salvi gli atti interruttivi compiuti e le procedure in corso".

Ciò premesso, nel caso che occupa, tenuto conto della efficacia interruttiva dell'atto di diffida pervenuto all'E.M.S. il 27.1.1992, il termine prescrizionale operante è quello decennale (in ragione del regime antecedente l'emanazione della L. n. 335/1995) cui si aggiunge il termine triennale di sospensione, prevista dall'articolo 2, comma 19, del decreto - legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 141 novembre 1983, n. 638.

Deve disattendersi, al riguardo, la tesi difensiva portata avanti dall'INPS secondo cui, al termine di sospensione triennale anzidetto, debbono aggiungersi ulteriori otto mesi in virtù della previsione di cui alla legge n. 638 del 1983 che, convertendo il D.L. n. 463 del 1983, aveva anche statuito.

"Restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati ed hanno efficacia i rapporti giuridici derivanti dall'applicazione dei decreti legge 10 Gennaio 1983, numeri 1 e 2, degli art. 3 e 4 comma terzo del decreto - legge 10 gennaio 1983, n. 3, e dei decreti - legge 11 marzo 1983, n. 59, 11 maggio 1983, n. 176, 4 luglio 1983, n. 314 e 11 luglio 1983, n. 317 ...".

Ha dedotto, in particolare, l'INPS che avendo gli anzidetti decreti - legge "disposto la sospensione triennale del termine prescrizionale senza soluzione di continuità sin dalla data di entrata in vigore del primo dei DD.LL.", "al termine triennale definitivamente consacrato nel D.L. 463/1983 convertito il L. 638/1983 deve essere sommato il tempo trascorso dal 10.1.1983 al 12.9.1983, durante il quale il termine è rimasto pure sospeso".

Ritiene la Corte, invero, che l'unico effetto riconducibile alla norma, di c.d. "salvataggio", contenuta nell'ultimo dei decreti legge (463/183) convertito in legge (638/1983) sia quello della retroattività della sospensione triennale del termine prescrizione alla data del 10.1.1983 (di emanazione del primo decreto legge non convertito e poi reiterato).

In tal senso, peraltro, si è pronunciato il Supremo Collegio che con sentenza n. 2740 del 6.3.1992, ha affermato che:

"L'art. 1 della legge 11 novembre 1983 n. 638 — di conversione del D.L. 12 settembre 1983 n. 463 — avendo conservato validità non soltanto ad atti e provvedimenti emessi in forza dell'antecedente D.L. 10 gennaio 1983 n. 3, non convertito, ma altresì efficacia ai rapporti giuridici derivanti, fra gli altri, dall'art. 3 di questo ultimo decreto, ha retroattivamente dettato una disciplina del decorso della prescrizione del credito per contributi previdenziali riprodotta dalle disposizioni non convertite, con la conseguenza che la prevista sospensione del termine prescrizione decorre non dall'entrata in vigore del D.L. n. 463 del 1983 — come previsto dall'art. 2, diciannovesimo comma di tale decreto — bensì dal 10 gennaio 1983, giorno di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del non convertito decreto n. 3 del 1983".

Conclusivamente, pertanto, calcolando il suddetto termine di prescrizione decennale, cui si aggiunge quello triennale di sospensione, a ritroso dal 27.1.1992 (data di notifica della diffida - atto interruttivo), devono ritenersi dovuti dall'E.M.S. all'INPS, i contributi maturati dal 27.1.1979 al 28.2.1980.

L'E.M.S., pertanto, secondo i non contestati conteggi prodotti in corso di causa dall'INPS, dovrà versare all'Istituto Previdenziale la somma di £. 14.284.100 comprensiva di contributi insoluti relativi al mese di gennaio 1980 (£. 3.290.057), degli interessi legali (£. 2.839.364) e delle sanzioni civili (£. 6.580.114) ed, infine, delle sanzioni civili maturate sui contributi tardivamente pagati per il mese di febbraio 1980 (£. 1.574.565).

(Omissis)

Pensioni - Decadenza dall'azione giudiziaria - Termine triennale ex art. 4 D.L. 384/1992 - Applicabilità anche ai procedimenti amministrativi iniziati anteriormente alla normativa novellata - Condizione - Diniego ricorso o inutile decorso termini collocati nella vigenza della nuova normativa.

Corte d'Appello di Trento - 23.10/4.11.2002, n. 264 - Pres. Zanon - Rel. Caracciolo - INPS (Avv.ti Bauer, Orsingher) - Schraffl (Avv. De Guelmi).

Il termine triennale di decadenza dall'azione giudiziale introdotto dall'art. 4 D.L. 384/1992 conv. in L. 438/92 si applica anche alle fattispecie in cui il ricorso amministrativo sia stato proposto nel vigore della disciplina antecedente, ma l'evento decisione o inutile decorso del termine — da cui prende a decorrere il termine di decadenza per l'esercizio della domanda giudiziale — si sia verificato dopo l'entrata in vigore della normativa novellata.

FATTO e DIRITTO — Con atto di ricorso d'appello, depositato in cancelleria il 22.4.2002, l'INPS conveniva dinanzi all'intestata Sezione distaccata in Bolzano della Corte di Appello di Trento, in qualità di giudice del lavoro, Schraffl Elisabeth, esponendo che quest'ultima aveva adito il giudice del lavoro in primo grado al fine di ottenere la corresponsione della maggiorazione prevista per gli *ex* combattenti sulla pensione SO in godimento a far tempo dal 1.1.1985, sul presupposto che il suo defunto marito aveva prestato servizio nell'esercito germanico durante l'ultimo conflitto mondiale, del che la ricorrente assumeva di avere vanamente offerto prova in sede amministrativa, e che il giudice adito, nonostante la contestazione e le eccezioni proposte da esso Istituto appellante, aveva accolto la domanda, facendo retroagire la domanda sino dal 1.1.1985.

Di siffatta pronuncia si doleva, in questa sede d'appello, l'INPS osservando che il giudice di *prime cure* aveva dato erronea soluzione all'eccezione di intervenuta decadenza dall'azione per il decorso del termine triennale *ex* art. 4 del D.L. 19.9.1992 n. 384, sulla scorta dell'irrelevante presupposto che la pensionata avesse presentato la domanda amministrativa antecedentemente all'entrata in vigore dell'anzidetta normativa e senza considerare che detta domanda aveva avuto un esito (con lo spirare dei 90 giorni di silenzio dal momento di presentazione della domanda) dopo l'entrata in vigore della normativa medesima, sicché il *dies a quo* del periodo decadenziale era situato in epoca di vigenza della normativa stessa.

Osservando ancora che la documentazione prodotta dalla ricorrente non sarebbe stata comunque sufficiente a dimostrare la qualifica di *ex* combattente in capo al coniuge defunto della pensionata (poiché un atto di autocertificazione non può considerarsi idoneo a comprovare situazioni proprie di un soggetto estraneo a chi rende la dichiarazione oggetto dell'autocertificazione), sicché la pronuncia di *prime cure* doveva ritenersi erronea anche nel merito della domanda, l'Istituto appellante chiedeva a questa Corte di dichiarare inammissibile la domanda proposta dalla Schraffl e, comunque, di respingerla.

Radicatosi il contraddittorio, l'appellata contestava le doglianze di appello ed invocava il rigetto del gravame nonché la conferma della sentenza, il tutto con la condanna all'INPS alla rifusione delle ulteriori spese.

All'udienza del 12.6.2002 le parti formularono le conclusioni riportate in epigrafe.

Fu fissata altra udienza per la decisione, con concessione alle parti di termine per la presentazione di note difensive.

Quindi, all'odierna nuova udienza, la causa fu dalla Corte decisa come da dispositivo, del quale fu data lettura alle parti.

L'appello proposto dall'INPS risulta fondato sotto il profilo del primo motivo di gravame sviluppato ed impone la riforma dell'appellata sentenza come invocata con detto motivo.

Va, infatti, ritenuto — diversamente da quanto statuito dal primo giudice ed a conferma delle argomentazioni portate sul punto dall'INPS — che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 4 del D.L. 19.9.1992 n. 384 convertito, con modificazioni, nella legge 14.11.1992 n. 438 e delle modifiche apportate da tale norma all'art. 47 del DPR 30.4.1970 n. 639 e specificatamente al comma 2 di detto articolo, in materia di trattamenti pensionistici l'azione giudiziaria per il conseguimento della pensione a seguito dell'esaurimento dei ricorsi in via amministrativa debba essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di 3 anni dalla data di comunicazione della decisione definitiva sul ricorso pronunciata dai competenti organi dell'istituto ovvero dalla data di scadenza del termine utile per la pronuncia di tale decisione, vale a dire che, a tal fine, non spetti ulteriormente il più ampio termine decennale previsto, dall'originaria formulazione del comma 2 del citato art. 47 ogniqualvolta i considerati presupposti per l'instaurazione del contenzioso in sede giudiziaria (comunicazione della decisione negativa sul ricorso oppure decorso del termine di 90 giorni concesso agli organi dell'istituto per la pronuncia sul ricorso proposto in via amministrativa) siano venuti a concretarsi successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa (ossia della pubblicazione del D.L. 19.9.1992 n. 384, avvenuta con la Gazzetta Ufficiale del 19.9.1992 numero 221).

Non trascura la Corte che il Tribunale, per sostenere la perdurante applicabilità alla fattispecie del termine decennale previsto dal citato art. 47 nell'originario testo, oltre a fare leva sulla presentazione della domanda di concessione della pensione e sulla proposizione del ricorso in via amministrativa, sempre ad opera della ricorrente, in epoca pacificamente antecedente al 19.9.1992 e sul tenore del comma 3 dell'art. 4 del D.L. 19.9.1992 n. 384 convertito, con modificazioni, nella legge 14.11.1992 n. 438 (il quale comma 3, appunto, stabilisce che le modifiche apportate all'art. 47 del DPR 30.4.1970 n. 639 “non si applicano ai procedimenti instaurati anteriormente all'entrata in vigore del presente decreto ancora in corso alla medesima data”), ha voluto richiamarsi alla sentenza 24.1./3.2.1994 numero 20 emessa dalla Corte Costituzionale, la quale sarebbe venuta ad interpretare la norma in esame nel senso che per “procedimenti” sono da intendere i procedimenti amministrativi non ancora esauriti.

A ben guardare, tuttavia, la Consulta, con la specificata pronuncia (pur venuta ad assumere la veste di sentenza cd. interpretativa di rigetto), non sembrerebbe avere saputo o voluto fornire una chiara ed inequivocabile interpretazione della norma censurata che ora consentirebbe di attribuire al comma 3 dell'art. 47 il significato enucleato dal Tribunale, essendosi invece limitata, in apertura, ad intendere l'espressione “procedimenti ancora in corso” alla data di entrata in vigore del D.L. 384/92 come più immediatamente riferibile ai “procedimenti (amministrativi) non ancora esauriti a tale data” e passare in rassegna le incongruenze che deriverebbero dalla più restrittiva tesi, ma quindi, in prosecuzione e senza pervenire ad alcuna pronuncia di rigetto della sollevata questione di legittimità costituzionale (quale sarebbe dovuta scattare per consequenziale logica), a precisare (tanto *sub* 5 che *sub* 6, nella parte motiva e con richiamo al generale principio dell'irretroattività della legge) che il nuovo regime decadenziale instaurato dalle modifiche apportate ai primi due commi dell'art. 47 del DPR 639/70 non sarebbe dovuto affatto applicarsi allorquando, in relazione al ricorso amministrativo proposto anteriormente alla data di entrata in vigore del D.L. 384/92; si siano già

venuti a verificare i presupposti di decorrenza del termine previsto dalla legge precedente per la proposizione della domanda giudiziale.

Se, poi, la tesi sostenuta dal primo giudice (sulla generale ed indiscriminata applicabilità del termine decadenziale decennale ai procedimenti in materia pensionistica purché comunque instaurati in sede amministrativa in epoca anteriore al 19.9.1992) trova effettivamente conforto in Cass. Sez. Lav. 9.1.1999 n. 152, Scarselli c. INPS (puntuale invocata e fatta valere dalla odierna appellata nella propria comparsa di costituzione), non corrisponde affatto a verità che la statuizione corrisponderebbe ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale, essendo, invece, la medesima Sezione del lavoro della Suprema Corte, con due successive pronunce (ossia con la sentenza 5.5.1999 n. 4517, Vanzi c. INPS, e con la sentenza 14.6.1999 n. 5913, Paolino c. INPS), pervenuta a decisioni di contenuto diametralmente opposto, ossia a stabilire (la prima addirittura rifacendosi alla poc' anzi citata sentenza numero 20/94 della Corte Costituzionale) che la richiesta di prestazione previdenziale presentata all'INPS prima del 19.9.1992 è sufficiente a sottrarre la relativa azione giudiziaria al regime decadenziale previsto dall'art. 4 del D.L. 19.9.1992 n. 384 convertito, con modificazioni, nella legge 14.11.1992 n. 438, salvo il caso in cui l'assicurato, di fronte al rigetto tacito o espresso della richiesta, abbia presentato il ricorso amministrativo ed il conseguente procedimento contenzioso sia finito dopo la data suddetta, in una di quelle forme (decisione o inutile scadenza dei termini) previste dal comma 1 dello stesso art. 4.

Ancor più recentemente, poi, la Suprema Corte ha confermato il proprio orientamento con due chiare pronunce le cui massime conviene richiamare qui per esteso.

Infatti, Cass. sez. lav. 25/03/2002 n. 4247 ha ritenuto che “ai fini della decorrenza del termine di scadenza previsto per le prestazioni previdenziali dall'art. 47, commi secondo e terzo, del DPR n. 639 del 1970 (nel testo modificato dall'art. 4 del D.L. n. 384 del 1992, convertito dalla legge n. 438 del 1992), occorre fare riferimento alla scadenza dei termini stabiliti dalla legge per la conclusione del procedimento amministrativo, senza che rilevi, a tali fini, la proposizione di un secondo ricorso amministrativo in relazione alla medesima prestazione”.

Del pari, Cass. sez. lav. 18/12/2001 n. 15994 ha ritenuto che “il termine di scadenza di un anno per la proposizione dell'azione giudiziaria è applicabile, sotto il profilo temporale, solo quando il procedimento amministrativo contenzioso, iniziato a seguito di ricorso presentato dall'assicurato ai competenti organi dell'istituto previdenziale, sia terminato dopo il 19 settembre 1992 (data di entrata in vigore del D.L. n. 384 del 1992), ovvero quando, in caso di mancata proposizione del ricorso amministrativo, tutti gli elementi della fattispecie procedimentale, compresa anche la domanda amministrativa della prestazione, siano venuti in essere dopo l'entrata in vigore del citato decreto legge, in conformità dei principi enunciati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 20 del 1994 (1) e n. 128 del 1996 (2)”.

Non vi sono ragioni per discostarsi da tale persuasivo orientamento emerso dalle rievocate più recenti pronunce della Suprema Corte, essendo difficilmente contestabile che, alle fattispecie in cui il ricorso amministrativo sia stato proposto sotto la vigenza della vecchia disciplina, ma l'evento (decisione o inutile decorso dei termini) da cui prende a decorrere il termine di scadenza per l'esercizio della domanda giudiziale si sia verificato dopo l'entrata in vigore della normativa novellata, debbano essere appli-

cati i nuovi termini, in quanto diversamente l'operazione ermeneutica verrebbe ad urtare contro il generale principio per cui il termine di decadenza è disciplinato esclusivamente dalla legge vigente al momento dell'inizio della sua decorrenza.

Se, a tal punto, si considera che, nel caso in esame, l'esaurimento della fase amministrativa (coincidente con il decorrere del termine di giorni 90 per il verificarsi del tacito rigetto del ricorso proposto in sede amministrativa) è pacificamente intervenuto in epoca comunque successiva all'entrata in vigore della nuova normativa, la domanda giudiziale, appunto perché azionata appena il 27.11.2000 con la presentazione del ricorso al giudice di primo grado e, quindi, quando il termine utile dei 3 anni — previsto dalla normativa in vigore da data antecedente l'esaurimento della fase amministrativa — era interamente decorso, risulta essere stata proposta quando l'esercizio della relativa azione era da considerarsi precluso per maturata decadenza.

Va pertanto dichiarata, in riforma della impugnata sentenza, l'inammissibilità della domanda proposta dalla Schraffl.

L'obiettivo controvertibilità della pregiudiziale questione di diritto trattata nella presente controversia (soprattutto se valutata alla luce della richiamata poco illuminante sentenza della Corte Costituzionale e del contrasto giurisprudenziale venuto ad emergere sul punto all'interno della Sezione del lavoro della Suprema Corte per effetto delle citate pronunce succedutesi a ravvicinati intervalli) fa apparire equa e doverosa (anche alla luce della natura della controversia) una pronuncia di integrale compensazione fra le parti delle spese processuali sorte nei due gradi del giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 198

(2) *Idem*, 1996, p. 505

**TRIBUNALI
Sezioni Civili**

Contributi - Sgravi contributivi - Imprese industriali - Attività di vendita autovetture e autofficina - Doppio inquadramento - Condizioni - Autonomia o strumentalità dell'attività industriale - Verifica - Necessità.

Tribunale di Agrigento - 20.2.2001, n. 1011 - Dott. Mimmo - AKRACAR S.r.l. (Avv. Di Miceli) - INPS (Avv. Russello).

Ai fini del diritto alla fruizione degli sgravi contributivi per le imprese industriali, il riconoscimento del diritto al doppio inquadramento, ai fini previdenziali, nel settore industria ed in quello del commercio per quelle imprese che esercitano, contemporaneamente, attività di concessionario di vendita autovetture e di autofficina (anche se le due attività siano esercitate in locali sostanzialmente indipendenti), è sottoposto ad un giudizio comparativo mirato ad evidenziare se l'attività industriale abbia una propria autonomia gestionale di fatto, derivante dalla sua autonoma remuneratività, ovvero non sia, al contrario, meramente strumentale all'attività di vendita degli automezzi e conseguente assistenza.

FATTO — Con ricorso depositato il 27 giugno 1996 la AKRACAR S.r.l., premesso che con decreto ingiuntivo n. 497/96 emesso dal Pretore di Agrigento su istanza dell'INPS e notificato il 22 maggio 1996 le veniva ingiunto il pagamento in favore dell'Ente Previdenziale della somma di lire 47.476.109 a titolo di contributo ai sensi dell'art. 9 legge 1115 del 1968 e somme aggiuntive, affermava di non essere incorsa in alcuna omissione contributiva, in quanto avrebbe dovuto usufruire degli sgravi previsti per l'industria, avendo fatto richiesta in data 21 aprile 1992 all'INPS del riconoscimento della posizione contributiva per questo settore per lo svolgimento di attività di officina meccanica. Conveniva, pertanto, davanti al giudice del lavoro di Agrigento l'INPS chiedendo la revoca del decreto ingiuntivo.

Si costituiva l'INPS contestando le affermazioni dell'opponente e chiedendo il rigetto dell'opposizione: affermava in particolare che dall'accertamento ispettivo effettuato si doveva escludere il carattere industriale di assistenza dell'AKRACAR, avendo questa piuttosto il carattere complementare rispetto alla principale attività di vendita.

Nel corso dell'istruttoria venivano sentiti i testi Giuseppe La Mantia e Pietro D'Angelo. Sulle conclusioni indicate la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo letto in udienza.

DIRITTO — L'opposizione non è fondata e deve essere rigettata. La presente controversia trova origine nell'accertamento effettuato dall'INPS presso la società opponente che ha portato ad escludere che all'attività di officina svolta dalla stessa potessero essere riconosciuti i caratteri di attività industriale, ai fini della concessione degli sgravi contributivi previsti per quest'ultimo settore.

L'INPS non aveva riconosciuto la doppia posizione contributiva (commerciale ed industriale) ritenendo con il verbale del 5 settembre 1994 che l'officina meccanica fosse mero supporto alla vendita di autoveicoli, estrinsecandosi in interventi meccanici strettamente collegati alla vendita, quali la preconsegna, effettuazioni di tagliandi, riparazioni in garanzia; gli interventi fuori dalla garanzia venivano effettuati esclusivamente su vetture appartenenti alla marca di cui l'AKRACAR è concessionaria (ROVER); le due attività si presentavano come una sola, svolgendosi in locali sostanzialmente a quella di vendita e priva di una propria autonomia.

Le risultanze istruttorie hanno confermato quanto accertato con il verbale sopra indicato. In particolare il teste D'Angelo, ispettore dell'INPS ed autore dell'accertamento di cui sopra, ha dichiarato che l'officina non aveva alcuna autonomia di gestione in quanto dall'esame dei bilanci della società era risultato che i costi gestionali erano inferiori ai ricavi; che gli interventi meccanici venivano effettuati solo su autovetture ROVER coperte da garanzia; che l'istituzione di una autofficina era obbligatoriamente prevista dal contratto stipulato con la ROVER; che il personale addetto all'autofficina era tenuto a partecipare obbligatoriamente a corsi di specializzazione su autovetture della stessa casa.

Al contrario dalle dichiarazioni del teste La Mantia non sono emersi elementi idonei a disattendere questa ricostruzione: egli, dipendente della società opponente, ha dichiarato che gli interventi meccanici venivano effettuati anche su autovetture di marca diversa e che gli interventi a pagamento era superiori rispetto a quelli effettuati su autovetture in garanzia. L'opponente ha depositato n.12 ricevute fiscali relative agli anni dal 1992 al 1994 dalle quali si evince che effettivamente sono stati effettuati interventi su autovetture di marca diversa rispetto a quella delle autovetture vendute dalla AKRACAR. Osserva il giudice che l'esiguità degli interventi effettuati (12 in tre anni, alcuni dei quali comportanti interventi assolutamente marginali quali il cambio dell'olio) conferma il quadro descritto dagli ispettori dell'INPS, non essendo verosimile che con essi una autofficina possa godere di una autonomia rispetto a quella della vendita, anche alla luce delle risultanze contabili dalle quali sono emersi costi gestionali superiori rispetto ai ricavi, indice questo che i maggiori costi venivano compensati dai maggiori ricavi della vendita degli autoveicoli.

Appare, pertanto, corretto l'inquadramento fornito dall'Istituto Previdenziale che non ha ritenuto che l'attività svolta dall'opponente potesse essere considerata di carattere industriale.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Comportamento antisindacale - Trasferimento ad altra sede di rappresentante sindacale vincitore di concorso interno per l'attribuzione di diverso profilo professionale - Insussistenza.

Tribunale di Cagliari - 3.5.2002, n. 1738 - Dott. Lampis - C.G.I.L. Funzione Pubblica (Avv. Muggiano) - INPS (Avv. Salvatori).

Il trasferimento effettuato dal datore di lavoro, nella specie l'INPS, di un lavoratore rappresentante sindacale ad altra sede a seguito del superamento dello stesso di un concorso interno, a cui lo stesso aveva volontariamente partecipato, per l'assegnazione di altro profilo professionale, non costituisce comportamento antisindacale.

FATTO — Con ricorso dell'11.2.2000, la CGIL Funzione Pubblica — Federazione Comprensoriale di Cagliari — ha proposto opposizione avverso il decreto del Tribunale del lavoro di Cagliari che, decidendo sul ricorso *ex art. 28 Stat. Lav.* proposto dalla medesima Organizzazione Sindacale nei confronti dell'INPS, aveva escluso l'antisindacalità dei comportamenti assunti dall'Istituto previdenziale con riferimento all'assegnazione di sede del dipendente Dessì Sandro, rappresentante sindacale unitario, vincitore di concorso interno per l'attribuzione del profilo di "ispettore di vigilanza".

Segnatamente, il giudice del procedimento speciale, nell'esaminare i comportamenti datoriali fatti oggetto di censura dalla organizzazione ricorrente, ha ritenuto:

1) che la destinazione del Dessì alla sede di Iglesias, nel nuovo profilo di Ispettore di vigilanza, integrava non tanto la fattispecie del trasferimento in senso tecnico, quanto quella di "prima assegnazione", tenuto conto della circostanza che la medesima scaturiva dal superamento di procedura selettiva, per l'acquisizione di profilo professionale diverso e di progressione in carriera;

2) che in ragione di tale qualificazione, il richiamo della ricorrente alla previsione dell'art. 22 della L. n. 300/1970 (che subordina il trasferimento del dirigente sindacale dall'unità produttiva ad altra al previo nulla osta dell'organizzazione sindacale di appartenenza) non era pertinente, dovendosi la stessa ritenere applicabile, giusta l'eccezionalità della disposizione normativa richiamata, alle sole ipotesi di trasferimento in senso tecnico (nel quale assume rilievo anche l'atteggiamento di volontà del lavoratore interessato, passivo per il fatto di doverne subire gli effetti), e non estensibile a tutti gli eventi, comunque qualificabili, che possano di fatto comportare uno spostamento del luogo di svolgimento della prestazione lavorativa";

3) che l'aver, in seguito, l'INPS provveduto a richiedere il nulla-osta (peraltro negato dall'organizzazione sindacale di appartenenza) non valeva a qualificare come antisindacale il precedente atteggiamento dell'Ente che non ne aveva, in origine, fatto richiesta. Nella sostanza, poiché l'INPS, per le considerazioni sviluppate, non era tenuto a richiedere l'atto autorizzativo, l'averlo fatto successivamente non acquistava valenza ai fini del riconoscimento dell'esistenza del diritto, potendo, del resto, tale iniziativa aver avuto uno scopo meramente cautelativo;

4) che neppure poteva qualificarsi come antisindacale il comportamento assunto dall'Ente datoriale a seguito del diniego del nulla-osta, sospendendo l'assegnazione del Dessì alla sede di Iglesias e mantenendolo nella sede di origine (Cagliari) per garantirgli l'esercizio dell'attività sindacale, nella qualifica originaria.

Lungi dal cogliere in tale situazione un tentativo datoriale di coartare la volontà del dipendente per ottenerne il consenso allo spostamento di sede, il Giudice di prime cure evidenziava che l'interessato aveva espresso una indicazione di gradimento delle sedi di destinazione limitata alla sola sede di Cagliari, con ciò intendendola come condizionante, senza peraltro, poterne fare derivare l'obbligo dell'INPS di assegnare comunque il Dessì alla sede di Cagliari, la cui copertura non era prevista oltre il numero già indicato (un posto).

Deduceva, quindi, l'organizzazione sindacale opponente che l'interpretazione restrittiva della nozione di trasferimento, adottata dal Giudice nel procedimento speciale, si porrebbe in contrasto con altri precedenti giurisprudenziali che fanno propria una concezione estensiva del termine, ricomprendendovi altresì la previsione del trasferimento del dirigente sindacale connesso a promozione a seguito di concorso interno (fra le altre, Pret. Cosenza 13.5.1992; TAR Puglia, sez. III, 10.2.97 n. 509).

In secondo luogo, rilevava l'irrazionalità dell'invito della Direzione Regionale dell'istituto opposto a far esprimere, a ciascun candidato, tre preferenze di sede e, in ogni caso, censurava il comportamento dell'INPS sotto il profilo della correttezza e buona-fede per aver concesso ad altro concorrente, Tocco Giuseppe, di mutare l'ordine delle preferenze di sede espresse, così destinandolo alla sede di Cagliari indicata dal Dessì.

Concludeva quindi per l'assegnazione di quest'ultimo al posto di Ispettore di vigilanza nella sede di Cagliari, con adozione dei provvedimenti inibitori della condotta sindacale.

Ritualmente costituitosi, l'INPS ha resistito alle avverse richieste, deducendo:

— che essendo la norma dell'art. 22 citato di stretta interpretazione, non risultava applicabile al caso di specie in primo luogo, per il difetto in capo al Dessì della qualifica di dirigente Sindacale; in secondo luogo, perché, conformemente a quanto ritenuto dal primo giudice si rinvenivano precedenti in tema precedenti di diverso tenore rispetto a quelli citati da controparte (TAR Marche 23.12.1997 n. 934), che intendevano in senso restrittivo il concetto di trasferimento "allorché sia disposto ad iniziativa dell'Amministrazione e non quando riconducibile alla volontà del dipendente interessato il quale partecipando ad una procedura concorsuale si impegna, al pari di tutti i candidati, a raggiungere qualsiasi destinazione";

— che sul mancato rispetto della normativa dettata dalla Direzione Generale per l'espletamento del concorso vi era carenza di legittimazione attiva del sindacato opponente che può agire in proprio a tutela dei diritti sindacali dei propri rappresentanti ma non sostituirsi a questi ultimi nella richiesta di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi.

La causa, istruita con produzione di documenti, è stata quindi decisa all'udienza del 3 maggio 2002 sulle conclusioni sovrascritte.

DIRITTO — L'opposizione è infondata e deve essere integralmente rigettata. Primo motivo di contestazione sollevato al decreto impugnato dall'organizzazione sindacale

opponente è costituito dall'interpretazione fatta propria dal giudice di prime cure riguardo la nozione di trasferimento contenuta all'art. 22 Stat. Lav..

L'opponente argomenta in proposito richiamando alcuni precedenti (del giudice ordinario e di quello amministrativo) che, decidendo su casi analoghi a quello in commento, hanno ritenuto implicitamente qualificabile come trasferimento, agli effetti dell'applicabilità dell'art. 22 citato, lo spostamento di sede del dirigente sindacale vincitore di concorso interno.

Non ci si può esimere dall'osservare che è evidente la sussistenza di divergenti orientamenti giurisprudenziali, come del resto si ricava dall'indicazione, da parte dell'INPS, di precedenti di segno opposto, conformi all'interpretazione censurata. Ad ogni modo, prima di aderire all'una od all'altra tesi interpretativa, pare opportuno fare alcune considerazioni.

Costituisce orientamento consolidato della Suprema Corte ritenere sussistente l'interesse ad agire dell'organizzazione sindacale di appartenenza *ex art. 28 L. 20.5.1970 n. 300* contro il trasferimento del dirigente sindacale disciplinato dall'art. 22, in quanto comportamento oggettivamente lesivo dell'interesse del sindacato all'esercizio della libertà ed attività sindacale. Con pronuncia del 4 luglio 1991 n. 7386, la Cassazione ha peraltro dato alcuni precisi indirizzi riguardo il concetto di trasferimento nell'unità produttiva, specificando, a delimitare ulteriormente l'ambito di operatività della norma in richiamo, che "dirigenti di rappresentanza sindacale aziendale agli effetti dell'art. 22 L. 20.5.1970 n. 300 sono da considerare unicamente coloro che fruiscono dei permessi sindacali retribuiti di cui al successivo art. 23".

Le predette indicazioni, se da un lato sono servite, in via generale, per appianare il conflitto riguardo la stessa costruzione astratta di unità produttiva (e ciò rilevava, in special modo nei casi dei trasferimenti cosiddetti "interni"), concentrando il problema attorno all'effettiva lesione dell'interesse sindacale, da non risolversi in via meramente deduttiva, ma attraverso la compiuta dimostrazione della concreta pregiudizialità dello spostamento, si dimostrano non particolarmente rilevanti nel caso che qui interessa.

È evidente, infatti che lo spostamento spaziale da una sede ad altra, geograficamente distanti, reca *in re ipsa* la possibilità di costituire concreto ostacolo allo svolgimento dell'attività sindacale.

Tuttavia, nel caso di specie, il problema è costituito sia dalla mancanza di prova riguardo la titolarità in capo al Dessì della qualifica di dirigente sindacale (precisa contestazione dell'istituto opposto), sia dalla qualificabilità, in termini di trasferimento, della destinazione di sede del medesimo a seguito dell'utile collocamento nella graduatoria concorsuale per l'attribuzione del profilo professionale superiore di ispettore di vigilanza.

Riguardo il primo punto, l'indicazione di Cass. n. 7386/91 non trova alcuna specifica allegazione da parte opponente (né conseguente offerta di prova); né la semplice indicazione della carica di R.S.U. ed R.S.A., peraltro pacifica, appare esaustiva.

Già questo rilievo sarebbe assorbente; ma anche a volerne prescindere (ritenendo per ipotesi scontata la posizione dirigenziale del Dessì all'interno dell'organizzazione opponente), non ci si potrebbe esimere dall'osservare che gli unici precedenti convincenti, ad avviso del giudicante, sono quelli che ritengono che lo spostamento di sede conseguente a promozione non integra gli estremi del trasferimento per il quale é

necessaria l'autorizzazione del sindacato (cfr. Pret. Roma 21.3.1988; Trib. Sassari 19.9.91 e Trib. Cagliari n. 1100 del 24.1.2000).

In primo luogo, conformemente a quanto ritenuto dal primo giudice, la nozione del termine "trasferimento" utilizzato dal legislatore all'art. 22 citato, non può che essere interpretata in senso restrittivo, come ipotesi di mutamento del luogo di lavoro *ex art.* 2103 c.c., disposta unilateralmente dal datore di lavoro, contro la volontà del dipendente ovvero senza sua richiesta e non già in caso di promozione del lavoratore; argomentare diversamente nel caso specifico significherebbe creare un'ingiustificata inamovibilità del sindacalista, ovvero attribuirgli, per il solo fatto dell'incarico ricoperto, una posizione di privilegio rispetto agli altri partecipanti alla procedura concorsuale, con manifesta ed violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Del resto, che la previsione dell'art. 22 integri fattispecie eccezionale (e dunque sia di stretta interpretazione), si ricava dallo stesso indirizzo giurisprudenziale maggioritario che, come si è detto, esclude il ricorso all'art. 22 come regola autonoma a garanzia dei cd. trasferimenti "interni" (richiedendosi, in tal caso, la dimostrazione concreta della pregiudizialità dello spostamento del lavoratore per l'esercizio dell'attività sindacale); ma se ne trova traccia, altresì, in una pronuncia citata da parte opponente a difesa della correttezza della interpretazione propugnata (Pret. Cosenza, 13 maggio 1992).

La decisione in richiamo, pur pervenendo effettivamente a riconoscere la necessità della preventiva autorizzazione del sindacato al trasferimento del proprio dirigente, destinatario di provvedimento di promozione a seguito di espletamento di concorso interno, pone un principio che appare a questo giudice estremamente significativo, giacché viene a valorizzare la natura sindacale dell'interesse protetto dall'art. 22, indisponibile a livello individuale, ed al contempo a circoscriverne i limiti, individuandoli nell'aspettativa del lavoratore alla promozione e trovando la soluzione nella rinuncia al mandato da parte del lavoratore ("né è da ritenere, ad avviso del giudicante, che una tale ampia visione del concetto di trasferimento determini... — la compressione delle legittime aspettative di carriera del singolo lavoratore che sia anche dirigente sindacale e ciò sol che si consideri che è nella piena facoltà di questo rimuovere la circostanza che rende più pesante la procedura da utilizzare per la modifica della sua sede di lavoro e ciò semplicemente rimettendo il mandato sindacale ricevano").

Se per tutte le argomentazioni sopra esposte, interpretative e non, il comportamento dell'INPS non appare sin qui censurabile, a maggior ragione lo si deve ritenere corretto posto che, seppure in via cautelativa, il nulla osta venne richiesto (nota 12.10.99 n. 2227) all'organizzazione sindacale opponente e da questo negato (1.12.99).

L'opponente censura allora il provvedimento dell'Istituto (12.10.99 n. 2226) che ha sospeso l'efficacia del provvedimento di assegnazione del Dessì alla nuova sede di Iglesias, mantenendolo nella sede originaria, senza l'attribuzione delle nuove mansioni, individuando in ciò un'antisindacalità, e ricostruendo il fatto nei termini di un tentativo del datore di lavoro di coartare la volontà del lavoratore per indurlo ad accettare la nuova destinazione.

Non pare al giudicante che ci sia molto da commentare su queste asserzioni; basta solo richiamare la pronuncia indicata dalla stessa opponente (Pret. Cosenza cit.), che forse non ha ben chiari i limiti della fattispecie; infatti, delle due l'una: o

si ritiene superiore l'interesse della rappresentatività sindacale ed in tal caso il lavoratore deve rinunciare all'avanzamento in carriera allorché questo compori, al contempo, il suo allontanamento dalla base di rappresentanza, oppure il lavoratore, ritenendo prevalenti le sue aspirazioni di progressione in carriera, rinuncia al mandato ed all'attività sindacale.

Non vi è alcuna possibilità di configurare e salvaguardare l'interesse del sindacato e, contemporaneamente l'interesse del lavoratore che, nel singolo caso, sono assolutamente confliggenti. Ma, del resto, statuire diversamente, significherebbe, come si è già rilevato, creando pericolose discriminazioni, attribuire posizioni di privilegio del tutto ingiustificate a chi ricopre incarichi sindacali, principio che non si ricava da alcuna norma dell'ordinamento vigente.

Nessun comportamento antisindacale si trae, dunque, dal provvedimento sospensivo dell'INPS; al contrario, questo giudice non si esime dal rilevare che probabilmente più che in tale comportamento, il tentativo di esercitare pressioni si coglie nel diniego dell'autorizzazione da parte dell'organizzazione opponente.

Infine, relativamente alle doglianze espresse dalla CGIL in tema di violazione delle norme di correttezza nella procedura concorsuale, non pare che questo sia campo nel quale possano riconoscersi all'organizzazione sindacale prerogative di tutela dei diritti dei propri iscritti. Premesso che il motivo di doglianza neppure ha costituito oggetto del contendere in sede di procedimento *ex art. 28* (e già il rilievo pone seri dubbi sulla sua ammissibilità come motivo autonomo di impugnazione), si osserva, comunque, che l'organizzazione sindacale può agire in giudizio a tutela dei diritti sindacali dei propri iscritti, escludendosi, per converso, la sua legittimazione attiva ogni qual volta venga in considerazione la lesione dei diritti soggettivi dei singoli lavoratori, situazioni nelle quali le è riservata la prerogativa di interventi *ad adiuvandum* nei giudizi promossi dai lavoratori, ma non il potere ad agire in proprio.

Il decreto opposto deve, in definitiva, essere confermato.

(Omissis)

Processo civile - Contributi - Domanda di condanna al pagamento in favore dell'INPS proposta dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro - Domanda riconvenzionale dell'INPS - Esclusione.

Tribunale di Catania - 14.5.2002, n. 1806 - Pres. e Rel. Branciforti - INPS (Avv. Giglio) - Boncompagno, Reina.

Con riguardo alla domanda di condanna al pagamento di contributi assicurativi in favore dell'INPS che venga proposta dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro e notificata all'INPS, l'ente previdenziale che nel costituirsi in giudizio si associ a tale domanda non deve agire in via riconvenzionale.

FATTO — Con ricorso al Pretore, Giudice del Lavoro, di Catania del 18.8.1997 Reina Rosa Agata premesso di avere già ottenuto in un precedente giudizio, concluso con sentenza ormai definitiva del 31.10.96, il riconoscimento del proprio rapporto di lavoro alle dipendenze di Boncompagno Francesco, in qualità di operaia sarta, dal 4.5.1992 al 3.2.1995, chiedeva la condanna del Boncompagno al versamento dei contributi di legge afferenti al rapporto di lavoro come già giudizialmente riconosciuto.

Si costituiva l'INPS, cui era stato notificato l'atto introduttivo, dichiarando la propria disponibilità a ricevere i contributi dovuti nei modi e termini di legge, con sanzioni ed interessi e chiedendo, pertanto, la condanna dell'ex datore di lavoro al relativo versamento qualora il rapporto di lavoro *de quo* fosse risultato effettivamente accertato.

Si costituiva il Boncompagno il quale esponeva di avere proposto appello tardivo avverso la sentenza emessa nel precedente giudizio, con la quale era stato riconosciuto il rapporto di lavoro subordinato dedotto da controparte.

Con sentenza del 23 marzo 1999 il Pretore, preso atto che nelle more era stato rigettato l'appello tardivo proposto dal Boncompagno, dichiarava l'obbligo del medesimo alla regolarizzazione contributiva, presso l'INPS, del rapporto di lavoro subordinato intercorso con la Reina dal 4.5.1992 al 3.2.1995. Dichiarava improponibile la domanda — di condanna — dell'INPS perché non formulata in via riconvenzionale. Condannava il Boncompagno al rimborso delle spese del giudizio in favore della ricorrente, dichiarando la compensazione fra le altre parti.

Avverso la predetta sentenza ha proposto appello l'INPS censurando la decisione sotto diversi profili.

Non si sono costituiti in questo grado né il Boncompagno né l'ex lavoratrice.

All'udienza del 14 maggio 2002 questo Collegio ha deciso come da dispositivo di cui è stata data rituale lettura.

DIRITTO — L'istituto appellante censura l'impugnata sentenza sotto tre profili strettamente connessi.

Si duole, anzitutto, l'istituto per avere il primo giudice ritenuto che la domanda da esso proposta in sede di memoria di costituzione in primo grado, volta ad ottenere la condanna del Boncompagno al versamento dei contributi di legge, avrebbe dovuto essere formulata in via riconvenzionale nei modi di legge e che, non essendo stato fatto ciò, la pronuncia avrebbe potuto essere solo dichiarativa dell'obbligo contributivo, con conseguente declaratoria di improponibilità della domanda dell'istituto previdenziale.

In secondo luogo si duole l'appellante per non avere il primo giudice fatto riferimento alcuno all'obbligo di versare, unitamente ai contributi, anche gli accessori di legge.

Infine, l'INPS lamenta la mancata condanna del Boncompagno al rimborso delle spese di primo grado anche in proprio favore.

A parere del Collegio appare condivisibile la censura di cui al primo motivo di appello.

Non è ipotizzabile la proposizione di domanda riconvenzionale da parte dell'istituto previdenziale nei cui confronti parte ricorrente non ha avanzato alcuna pretesa. La ricorrente ha proposto domanda esclusivamente nei confronti dell'ex datore di lavoro ed ha notificato il ricorso all'INPS non solo affinché l'emittenda sentenza potesse fare stato anche nei suoi confronti, ma anche per dargli modo di costituirsi per precisare la propria posizione. L'istituto, costituendosi, avrebbe potuto dedurre un qualche ostacolo giuridico alla possibilità di ricevere i contributi e, pertanto, al versamento degli stessi da parte del datore di lavoro (solo a titolo di esempio ed in ipotesi, l'intervenuta prescrizione), oppure avrebbe potuto — come nella specie — dichiararsi pronto a ricevere i contributi associandosi alla domanda di condanna proposta dalla lavoratrice nei confronti dell'ex datore di lavoro. In questo secondo caso l'istituto non propone una domanda nuova né avanza una contropretesa, ma si limita a prendere atto di una domanda che è già in processo ed a dichiarare che non sussiste, per quanto lo riguarda, ostacolo alcuno all'accoglimento della stessa, facendola quindi anche propria.

Diversa sarebbe stata l'ipotesi in cui l'istituto, non avendo ricevuto notifica di alcun ricorso, ed avendo avuto contezza dell'esistenza del giudizio fra altre parti, avesse spiegato intervento volontario depositando memoria. Ma in tal caso non si sarebbe neppure posto il problema della riconvenzionale bensì della necessità di applicare il disposto dell'art. 419 c.p.c. come integrato e modificato dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 193 del 23.6.1983. Solo per mera completezza di trattazione, esorbitando la questione dal *thema* del presente appello, basti osservare che comunque anche a considerare la memoria dell'INPS come un atto di intervento volontario (sollecitato dalla ricezione della notifica del ricorso) si tratterebbe di un intervento adesivo dipendente, con la conseguenza che, come sempre ribadito dal Supremo Collegio, la parte contro la quale il terzo interveniente non abbia proposto domande di sorta, avendo spiegato l'intervento solo per associarsi alle ragioni e alle domande dell'altra parte (nella specie la ricorrente), non è legittimata a dolersi della violazione dell'art. 419 c.p.c. (vedi: Cass. 10.4.90 n. 3021 e successive).

Né si potrebbe obiettare che la lavoratrice avesse chiesto la condanna al versamento dei "contributi" di legge mentre l'istituto avrebbe aggiunto anche la pretesa al versamento delle "sanzioni e degli interessi", di guisa che, almeno sotto quest'ultimo aspetto, si imponeva la proposizione di una apposita riconvenzionale. Invero, come già ritenuto da questo Ufficio in precedenti giudicati, l'obbligo per il datore di lavoro al versamento, oltre che dei contributi, anche delle sanzioni accessorie e degli interessi scaturisce direttamente dalla legge e prescinde persino dall'espressa statuizione da parte del giudice. La mancata menzione in sentenza di tale obbligo non inficia l'attualità dello stesso, così come la espressa statuizione costituisce solo un motivo di completezza della pronuncia, salva ovviamente l'ipotesi in cui la sussistenza o meno dell'obbligo in parola od i limiti del medesimo avessero a loro volta costituito oggetto del contendere. Sotto questo aspetto non appare giustificata la censura di cui al secondo punto del ricorso di appello, in cui l'istituto lamenta la mancata espressa pronuncia da parte del primo giudice sull'obbligo di versare, unitamente ai contributi, anche gli accessori di legge.

Da quanto sopra discende l'accoglimento del terzo motivo, inerente alla regolazione delle spese del giudizio di primo grado, spese che andavano poste, secondo la regola generale, a carico della parte soccombente.

Anche le spese di questo secondo grado di giudizio seguono il principio della soccombenza.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di mobilità - Astensione obbligatoria per maternità lavoratrice - Alternatività prestazioni.

Tribunale di Como - 27.9/12.10.2002, n. 271 - Dott.Fargnoli - Cerri (Avv. Castronovo) - INPS (Avv. Mogavero).

La maternità della lavoratrice che si trovi in mobilità e percepisca la relativa indennità sospende il periodo di mobilità al solo fine del diritto a permanere nelle liste per la relativa durata, ma non anche al fine di consentire la fruizione di entrambe le provvidenze.

FATTO — Con ricorso, depositato in data 8.7.2002, Cerri Donatella lamentava che l'INPS avesse omesso di corrisponderle l'indennità di maternità, mentre si trovava in stato di mobilità, conseguente al recesso 8/8199.

Ne chiedeva la corresponsione ai sensi del combinato disposto degli artt. 17 L. 30.1.71 n. 1204; art. 7 L. 23.7.91 n. 223; art. 6 comma 3 L. 19.7.93 n. 236.

Si costituiva l'INPS, e contestava la domanda. Le norme invocate dalla ricorrente erano state mal interpretate.

Infatti, la percezione dell'indennità di mobilità escludeva la contemporanea erogazione dell'indennità di maternità. Instava per il rigetto del ricorso.

All'udienza del 17.9.2002, espletata l'istruttoria dibattimentale, i difensori concludevano come da verbale in atti.

DIRITTO — La tesi attrice procede dall'interpretazione dell'art. 6 D.L. 20.5.93 n. 148: "Le disposizioni di cui all'art. 17 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, si applicano anche ai casi di fruizione dell'indennità di mobilità di cui all'art. 7 della legge 23 luglio 1991, n. 223".

L'art. 17 L. 1204/71, al 2° comma recita: "Le lavoratrici gestanti che si trovino, all'inizio del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, sospese, assenti dal lavoro senza retribuzione, ovvero disoccupate, sono ammesse al godimento dell'indennità giornaliera di maternità di cui al primo comma dell'art. 15 purché tra l'inizio della

sospensione, dell'assenza o della disoccupazione e quello di detto periodo non siano decorsi più di 60 giorni".

Parte ricorrente sostiene che il richiamo dell'art. 6 comma 3 nei confronti dell'art. 17 concerna tutti i benefici ivi previsti, anche l'indennità di maternità.

Pertanto, la norma che ha modificato la L. 223/91, in tema di mobilità consente il cumulo tra indennità di mobilità e indennità di maternità. Da qui, la doglianza nei confronti dell'INPS. Infatti, a Cerri, che percepiva l'indennità di mobilità (8.7.99 - 7.7.2000), l'INPS non ha versato l'indennità di maternità, relativa al parto del 18.6.2000.

Pare al decidente che la tesi dell'INPS, escludente il cumulo tra le due indennità, sia preferibile.

Invero, sia l'interpretazione letterale, che quella teleologica suggeriscono di ritenere tuttora vigente il divieto di cumulo tra indennità previdenziali diverse, salvo specifiche e tassative eccezioni.

Invero, l'art. 6 comma 3 D.L. 148/93 convertito in L. 236/93, nel richiamare i benefici delle lavoratrici madri, non fa espressa menzione della deroga al divieto di cumulo di indennità.

Per contro, la L. 23.7.91 n. 223, art. 7 comma 8 fissa il seguente principio: "L'indennità di mobilità sostituisce ogni altra prestazione di disoccupazione nonché le indennità di malattia e di maternità eventualmente spettanti".

Questo precetto di carattere generale non è stato modificato dalla novella del 1993, che, anzi con l'art. 6 comma 8, ribadisce: "Sono incompatibili con i trattamenti di disoccupazione e con l'indennità di mobilità, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge 23 luglio 1991, n. 223, i trattamenti di pensionamento anticipato, compresi quelli concessi ai sensi degli articoli 27 e 29 della legge 23 luglio 1991, n. 223".

La novella del 1993, modificando la precedente normativa in proposito, aveva come fine di mantenere nelle liste di mobilità delle lavoratrici madri che rifiutassero l'offerta di nuovi lavori (art. 6 cit. comma 5°).

In tal senso, la novella richiama l'art. 17, sulla tutela delle lavoratrici madri. D'altro canto, l'alternatività tra l'indennità di maternità e mobilità deriva proprio dall'art. 17 invocato, il cui comma 3° recita: "Qualora l'astensione obbligatoria dal lavoro abbia inizio trascorsi sessanta giorni dalla risoluzione del rapporto di lavoro e la lavoratrice si trovi, all'inizio della astensione obbligatoria, disoccupata e in godimento dell'indennità di disoccupazione, essa ha diritto all'indennità giornaliera di maternità anziché all'indennità ordinaria di disoccupazione".

L'"anziché", indica la contrapposizione tra indennità di maternità e gli ammortizzatori sociali. In questo caso, indennità di disoccupazione ha la medesima finalità previdenziale dell'indennità di mobilità.

In tal senso, anche l'interpretazione teleologica si affianca all'esame ermeneutico letterale, escludente il cumulo.

Altra norma che contrappone alternativamente ammortizzatori sociali all'indennità di maternità è contenuta nel comma 6° dell'art. 17 L. 1204/71 che stabilisce: "La lavoratrice che, nel caso di astensione obbligatoria dal lavoro iniziata dopo 60 giorni dalla data di sospensione dal lavoro, si trovi, all'inizio dell'astensione obbligatoria, sospesa e in godimento del trattamento di integrazione salariale a carico

della Cassa integrazione guadagni, ha diritto, in luogo di tale trattamento, all'indennità giornaliera di maternità".

Infine, si osserva che, la ricezione della tesi attrice com'è, porterebbe ad un iato giuridico.

Se la lavoratrice madre potesse percepire, insieme, indennità di mobilità e maternità, essa dovrebbe poter ricevere allo stesso tempo anche indennità di maternità e malattia; laddove siffatta confluenza è pacificamente vietata.

Ne consegue che la domanda va rigettata.

(Omissis)

Pensioni - Pensione di anzianità - Contributi - Totalizzazione multipla - Territori comunitari ed extracomunitari - Cumulabilità della contribuzione - Equiparazione alla contribuzione italiana - Regolamento CEE 1408/1971 - Convenzione bilaterale Italia-Regno Unito.

Tribunale di Milano - 26/31.3.2003, n. 959 - Dott. Gargiulo - Calicchia (Avv. Garlatti) - INPS (Avv. Cama).

Sia il regolamento CEE 1408/1971 che la convenzione italo-britannica sottoscritta il 28.11.1951, ratificata con L. 12.3.1953 n. 228, prevedono che i periodi di contribuzione di uno Stato CEE o di uno Stato in cui si applica la predetta convenzione bilaterale siano considerati come periodi di contribuzione italiana, e dunque tutti ugualmente cumulabili con la contribuzione accreditata in Italia.

FATTO — Con ricorso depositato il 21.9.02 il ricorrente evocava in giudizio l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, al fine di ottenere la liquidazione della pensione italiana di anzianità, previa la cd. totalizzazione multipla dei contributi previdenziali complessivamente versati in Italia (1701 settimanali), in Francia (52 settimanali), in Gran Bretagna (29 settimanali) e nelle isole Jersey (58 settimanali). Prodotti documenti, concludeva nei termini di cui in epigrafe.

Si costituiva ritualmente in giudizio l'INPS il quale contestava la pretesa attorea eccependo l'estinzione del preteso diritto per intervenuta rinuncia e comunque deducendo l'inesistenza di apposita normativa legittimante le totalizzazione dei contributi. Concludeva per il rigetto del ricorso.

All'udienza del 17.1.2001 il giudice autorizzava il deposito di memorie.

Successivamente all'udienza del 26.3.2003 avveniva la discussione orale ad opera delle parti, all'esito della quale il giudice pronunciava sentenza con lettura del dispositivo.

DIRITTO — 1. — In primo luogo va disattesa l'eccezione dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale relativa all'estinzione del diritto fatto valere da Calicchia Eugenio per intervenuta rinuncia dello stesso.

Vero è che il ricorrente, a seguito del rigetto della domanda da parte dell'Istituto, ha effettuato la contribuzione volontaria; altrettanto vero è però che lo stesso ricorrente ha proposto ricorso amministrativo, il che vale di per sé ad escludere la rinuncia che implica quanto meno un comportamento inequivoco.

2. — Passando al merito, rilevasi che oggetto della presente controversia è la possibilità o meno di effettuare, ai fini della liquidazione della pensione di anzianità, una totalizzazione "multipla" tra i contributi maturati dal ricorrente in diversi Stati.

In particolare, quanto a quelli maturati in Francia, è pacifico che — ai sensi dell'art. 45, comma 1 del regolamento CEE 1408/71 — la contribuzione del suddetto Stato membro possa essere totalizzata con quella italiana.

Quanto a quelli maturati nel periodo 10.1965/5.1966 in Gran Bretagna (Stato successivamente entrato a far parte della CEE) e nel periodo 5.1965/9.1967 nel Jersey, trova applicazione *ratione temporis* la convenzione bilaterale tra Italia e Regno Unito, sottoscritta il 28.11.1951, ratificata con L. 12.3.1953 n. 228 ed estesa, per ricomprendere anche le suddette isole, a seguito di uno scambio di note tra gli stati contraenti del 1/9 maggio 1958.

L'INPS nega la possibilità di accreditare contemporaneamente tutti questi contributi, sommandoli a quelli maturati in Italia.

In particolare, quanto a quelli maturati nel Jersey, la non cumulatività contemporanea deriverebbe, secondo la tesi del convenuto, in quanto sarebbe la stessa convenzione italo-britannica "che limita la totalizzazione soltanto ai periodi contributivi effettivamente maturati in base alle legislazioni nazionali dei rispettivi Stati". Quanto invece ai contributi maturati in Francia e Gran Bretagna, essi "possono essere considerati congiuntamente solo con il periodo di assicurazione in Italia (...), ma non anche con i periodi contributivi maturati in Jersey, che non è stato membro della Comunità Europea". Tali ultimi periodi, sempre secondo l'impostazione del convenuto, "non sono compiuti sotto la legislazione italiana, e non rileva in contrario che l'Italia, nei confronti di tale Stato, ed in base ad analoghi accordi stipulati però esclusivamente con quest'ultimo, sia tenuta a prenderla in considerazione, perché tale possibilità è a propria volta circoscritta alla valutazione congiunta esclusivamente di tali stessi periodi con quelli italiani, ma non con altri periodi".

Secondo questo Giudice tali rilievi non sono fondati e conseguentemente il ricorso deve essere accolto.

Il ricorrente chiede la totalizzazione di contributi, maturati in altri Stati, sulla base di due norme (Regolamento CEE e convenzione italo-britannica) entrambe efficaci in Italia.

In adesione alla giurisprudenza richiamata da parte ricorrente (cfr. sentenza n. 3452/2000, Tribunale Torino), deve ritenersi sussistente — quale regola generale — la possibilità di operare una "totalizzazione multipla" dei contributi previdenziali, in assenza di espressi divieti, anche se questi siano stati maturati in molteplici stati esteri.

A riprova di ciò sia il citato regolamento CEE (art. 45-1) sia la convenzione italo-britannica (art. 12) prevedono che la contribuzione di uno Stato CEE, della Gran

Bretagna o del Jersey siano considerati come periodi di contribuzione italiana, e dunque tutti ugualmente cumulabili con la contribuzione accreditata in Italia. E questo senza che gli enti previdenziali esteri ricevano alcuna conseguenza pregiudizievole da tale ultimo riconoscimento, in quanto (e ciò conformemente a Corte di Giustizia n. 21/87, citata dal ricorrente) non si tratta di riconoscere a carico dello Stato inglese o francese il periodo lavorativo svolto in uno Stato terzo bensì di riconoscere — a carico dello Stato Italiano — il periodo lavorativo svolto nel Jersey, in forza di un accordo concluso con tale Stato non comunitario e reso esecutivo con legge dello Stato italiano.

E dunque il ricorrente ha diritto a vedersi riconosciuti in via cumulativa, ai fini della liquidazione della pensione di anzianità, sia i contributi maturati in Francia (sulla base del citato Regolamento CEE), sia quelli in Gran Bretagna (giusta la interpretazione che la Corte di Giustizia — sentenza n. C-227/89, richiamata dal ricorrente — fornisce all'art. 6 del Regolamento 1408/71, nel senso di far comunque salva, quanto ai vantaggi previdenziali, maturati dal lavoratore, la convenzione italo-britannica precedentemente in vigore) sia quella dei Jersey (alla luce delle norme convenzionali tra gli Stati contraenti che dispongono in tal senso).

Le spese di liti seguono la soccombenza *ex art.* 91 cod. proc. civ. e vanno pertanto poste a carico del convenuto. Tenuto conto del valore della controversia, dell'importanza delle questioni trattate e dell'attività processuale svolta, si liquidano le spese sostenute dal ricorrente in € 1.250,00 di cui € 50,00 per esborsi, € 550,00 per diritti e € 650,00 per i onorari. Si dispone altresì la distrazione di tali spese *ex art.* 93 cod. proc. civ. in favore dell'avv. Alessandro Garlatti, ricorrendo i requisiti previsti in detta norma.

(Omissis)

Contributi - Omissione di pagamento - Emissione bollettini ante settembre 2000 - Regime sanzionatorio - L. 662/96.

Tribunale di Milano - 6/30.11.2002, n. 3417 - Dott. Mascarello - Calore (Avv. Belloli) - INPS (Avv. Cama) - Esatri (cont.).

Tra i crediti "in essere ed accertati al 30 settembre 2000", assoggettati alla disciplina sanzionatoria di cui alla legge 662/96, salvo il meccanismo di conguaglio a mezzo compensazione del maggior importo versato ai sensi dell'art. 116 legge 388/00, vanno ricompresi anche quei crediti per cui l'INPS avesse, prima della citata data, provveduto unicamente all'invio dei bollettini di pagamento, come desumibile dall'annotazione delle relative "emissioni" riportata negli estratti contabili.

FATTO e DIRITTO — Con ricorso depositato in data 6.7.2001 Maria Calore ha proposto opposizione avverso la cartella esattoriale n. 068 2001 03156867 89000, emessa a suo carico per il pagamento di complessive Lit. 35.078.848, per contributi ed accessori asseritamente dovuti per gli anni dal 1994 al 1999 alla Gestione Speciale Commercianti/INPS.

Nel ricorso è stata eccepita: a) la prescrizione dei crediti riferiti al periodo 1994/1996 e b) l'insussistenza del credito contributivo dell'anno 1999, per cessazione di attività.

Con riferimento ai contributi del biennio 1998/1999 è stata, invece, chiesta la riduzione delle sanzioni (calcolate in cartella sulla base delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 217, della legge n. 662/1996) in applicazione delle più favorevoli disposizioni introdotte in materia dall'art. 116, comma 8, della legge n. 388/2000.

Già nella memoria di costituzione depositata in data 17.11.2001 l'INPS ha dato atto della fondatezza del rilievo *sub b*), preannunciando lo sgravio degli importi richiesti dal 1°.1.1999 in poi.

Ha, invece, contraddetto sia l'eccezione di prescrizione, sia la richiesta di applicazione delle minori sanzioni di cui alla legge n. 388/2000.

Per la prima ha, in particolare, richiamato la domanda di condono presentata dall'opponente in data 29.5.1997, ravvisando in tale iniziativa un riconoscimento di debito (poi solo parzialmente soddisfatto) idoneo ad interrompere la prescrizione.

Su tale questione è, comunque, inutile soffermarsi, essendo nelle more intervenuto un provvedimento di sgravio — oltre che per gli importi successivi al 31.12.1998 — anche per gli importi richiesti per gli anni 1994/1996, benché giustificato da ragioni diverse dalla prescrizione ed, in particolare, dalla constatazione a seguito degli incrociati controlli effettuati dalle parti in corso di causa di una duplicazione del debito imputato dall'INPS al predetto triennio.

Ne consegue la dichiarazione della cessazione della materia del contendere con riferimento ai due periodi interessati dal provvedimento di sgravio.

Per quanto riguarda il biennio (1997/1998) intermedio la controversia è limitata — non essendo in discussione il debito strettamente contributivo — all'applicabilità, per il calcolo delle sanzioni, della più favorevole disciplina introdotta dall'art. 116, comma 8, della legge n. 388/2000 rispetto ai criteri già dettati dall'art. 1, comma 217, della legge n. 662/1996 ed utilizzati dall'INPS.

Va premesso che il risultato dell'applicazione di quest'ultima legge non è definitivo, posto che il comma 18 dell'art. 116 della n. 388/2000, mantiene ferma solo in via transitoria — “per i crediti in essere ed accertati al 30 settembre 2000” — i criteri di calcolo delle sanzioni già fissati dall'art. 1 (commi 217; 218; 119; 220; 221; 222; 223 e 224) della legge n. 662/1996, stabilendo che la differenza risultante rispetto ai più contenuti importi derivanti dall'applicazione dei nuovi criteri fissati ai precedenti commi da 8 a 17 “costituisce un credito contributivo nei confronti dell'ente previdenziale che potrà essere posto a conguaglio ratealmente nell'arco di un anno...”.

Tale meccanismo, apparentemente bizzarro, è ad evidenza finalizzato ad evitare l'aggravio di un ricalcolo delle sanzioni già conteggiate con il precedente sistema e già “cartolarizzate” al momento dell'entrata in vigore della legge n. 338/2000; ed anche tale scopo conferma la correttezza dell'interpretazione data dall'INPS alla condizione

del preventivo accertamento, ricomprendendovi anche i casi in cui, pur non essendo stata ancora avviata entro il 30.9.2000 la procedura volta al suo recupero coattivo (iscrizione a ruolo), la misura del debito sia già stata a tale data determinata dall'istituto. Ciò è, appunto, avvenuto nel caso di specie, come risulta dalla documentazione prodotta dall'istituto (c.d. "emissioni"), da cui si ricava l'antecedente invio dei bollettini di pagamento riferiti — appunto — al biennio in esame.

Ne consegue il rigetto — per la parte di debito già non cancellata dallo sgravio — dell'opposizione.

L'opponente va condannata — come da dispositivo — alle spese di lite sostenute dall'INPS, tenuto conto, oltre che della parte di cartella confermata, sia del fatto che la Calore non ha provveduto a tempo debito a comunicare all'istituto la cessazione di attività che sta alla base dello sgravio riferito all'anno 1999, sia del fatto che lo sgravio riferito agli anni 1994/1996 è stato determinato da ragioni neppure allegate dall'interessata.

(Omissis)

Contributi - Sgravi (benefici, esenzioni, agevolazioni) - Classificazione imprese - Società finanziaria capogruppo - Natura manifatturiera imprese controllate - Diritto a sgravi impresa controllante - Insussistenza.

Tribunale di Milano - 8/10.10.2002, n. 2898 - Dott. Peragallo - Heinz Italia S.r.l. (Avv.ti Tranquillo, Albè) - INPS (Avv. Saia).

I benefici contributivi previsti per talune tipologie di imprese dalla legislazione agevolativa non sono estensibili ad una società finanziaria capogruppo di una serie di imprese manifatturiere, dovendosi escludere che la società controllante possa mutuare dalle società controllate il carattere distintivo della natura dell'attività esercitata, necessario ai fini agevolativi.

FATTO — Con ricorso proposto ai sensi dell'art. 442 c.p.c. , depositato il 7.9.2001 la società Heinz Italia S.r.l. chiedeva l'accertamento del diritto in capo alla società stessa di godere del beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali previa declaratoria dell'errore della classificazione adottata dall'INPS con comunicazione del 10.6.1988.

Si costituiva ritualmente l'INPS deducendo al correttezza dell'inquadramento operato rilevando come la società opponente non presenta le caratteristiche dell'impresa manifatturiera ai fini della fiscalizzazione.

All'udienza del 8.10.2002, esperito con esito negativo il tentativo di conciliazione, il Giudice ritenuta la causa matura per la decisione invitava i procuratori alla discussione e decideva la causa come da separato dispositivo.

DIRITTO — Il ricorso non può trovare accoglimento.

La società ricorrente riferiva infatti di che con delibera dell'assemblea straordinaria del 29.9.87 la Plata Finanziaria S.p.A. modificava la denominazione sociale in Heinz-Italia S.p.A. mantenendo la precedente posizione assicurativa con inquadramento nel settore industriale, senza tuttavia godere del beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali, poiché infatti l'INPS, con provvedimento del 10.6.1988 iscriveva la società fra le aziende che svolgono "attività ausiliaria dell'industria".

La società ricorrente riferiva di avere una funzione ed un ruolo operativo di capogruppo, dotandosi di strutture indispensabili a svolgere le attività di indirizzo di sviluppo strategico delle scelte imprenditoriali delle società produttive: Plata S.p.A., Sperlari S.p.A., Scaramellini S.p.A., e Dondi S.p.A..

Riferiva inoltre di essere presente non solo nel momento iniziale formativo dell'indirizzo strategico e gestionale, ma anche di intervenire nei successivi passaggi operativi e dunque nel processo produttivo più ampio.

La Corte di Cassazione ha già avuto modo di esprimersi in ipotesi analoga (Cass n. 11801/1992) rilevando come il beneficio dell'agevolazione fiscale, che l'art. 2 del 7 febbraio 1977 n. 15, convertito con legge 7 aprile 1977 n. 102, prevede in favore delle imprese (industriali) manifatturiere od estrattive (da individuarsi, ai sensi dell'art. 5 della legge 31 marzo 1979 n. 92, con riferimento alla classificazione delle attività economiche predisposta dall'ISTAT), non è estensibile ad una società finanziaria avente il controllo di società esercenti attività di carattere manifatturiero od estrattivo, dovendo escludersi — date la rilevanza essenzialmente economica del gruppo o collegamento di società e la necessità d'interpretare rigorosamente la disciplina agevolativa — che la società controllante possa mutuare dalle società controllate il suindicato carattere necessario ai fini agevolativi.

La società ricorrente è società che svolge attività di controllo azionario e finanziario sulle aziende del gruppo e non può mutuare da queste il carattere di società svolgente attività manifatturiera.

Ne consegue il corretto inquadramento operato dall'INPS.

(Omissis)

Pensioni - Ripetizione di indebito - Ratei pensione di reversibilità a inabile - Omessa dichiarazione redditi - Dolo - Sussiste - Ripetibilità importi - Sussiste - Prescrizione - Sospensione.

Tribunale di Milano - 11/23.7.2002, n. 2332 - Dott. Marasco - omissis (Avv. Garlatti) - INPS (Avv. Cama).

Sono interamente ripetibili, sussistendo un'illecita percezione determinata da dolo, gli importi indebitamente erogati dall'INPS a titolo di ratei di pensione di reversibilità a figlio inabile, laddove, in occasione della domanda di pensione, vi sia stata falsa dichiarazione in ordine al requisito della vivenza a carico (fattispecie relativa a omessa dichiarazione di redditi da lavoro dipendente); in tal caso, avendo il debitore occultato dolosamente l'esistenza del debito, la prescrizione dell'azione di ripetizione resta sospesa.

FATTO e DIRITTO — Con ricorso depositato in data 4.3.2002 *omissis*, premesso di essere divenuto titolare di pensione di reversibilità, al decesso del padre, essendo invalido a sensi di legge, con decorrenza 1.9.1977; che il ricorrente successivamente per le infermità denunciate, in particolare essendo emodializzato, era stato riconosciuto invalido al 90% e quindi aveva ottenuto l'assegno ordinario di invalidità a sensi dell'art. 1 della L. 222/84 dal 1.1.1987; che il ricorrente aveva svolto attività lavorativa dal 1.10.1976 al 29.10.1986, quando era stato licenziato per superamento del periodo di comporto, deduceva che in data 28.2.2001 l'INPS gli aveva contestato il diritto alla riconosciutagli pensione di reversibilità per la mancanza dei requisiti previsti dalla legge ed era stato invitato a documentare il reddito ai fini dell'applicazione della legge 23.12.1996 n. 662; che il ricorrente in data 15.4.2001 aveva comunicato all'INPS, con autocertificazione, di non aver conseguito redditi imponibili IRPEF, nell'anno 1995, oltre alle pensioni erogate dall'INPS per l'anno 1995 pari a lire 14.573.130; che l'INPS in data 25.7.01 aveva comunicato che non era applicabile, per la parte di indebito antecedente al 1.1.1996, quanto previsto dalla L. 662/96 art. 1 commi 260-261; che avverso tale provvedimento il ricorrente aveva proposto ricorso senza ottenere risposta.

Il ricorrente deduceva la applicazione della sanatoria prevista dall'art. 1 comma 260 della legge 23.12.1996 n. 662, per i soggetti che hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche per i periodi anteriori al 1.1.1996, qualora i soggetti medesimi siano percettori di un reddito personale, ai fini IRPEF per l'anno 1995 di importo pari o inferiore al lire 16.000.000.

Veniva, inoltre, dedotta la intervenuta prescrizione decennale trattandosi di somme percepite dal 1.9.1977.

Il ricorrente chiedeva che fosse accertata e dichiarata la irripetibilità delle somme indebitamente riscosse secondo le conclusioni riportate in epigrafe.

Instauratosi ritualmente il contraddittorio si costituiva l'INPS contestando la fondatezza della domanda e chiedendone il rigetto.

Nel corso del giudizio veniva interrogato liberamente il ricorrente ed all'udienza del 11.7.2002 la causa veniva discussa e decisa con lettura del dispositivo.

Il ricorso non è fondato.

La somma di € 57.700,84 (lire 111.724.400), oggetto della ripetizione da parte dell'INPS, a seguito di nota del 13.3.2001, si riferisce ai ratei di pensione di reversibilità percepiti dal ricorrente, quale figlio inabile di *omissis*, ed in assenza dei requisiti previsti dall'art. 22 legge 1969 n. 903, secondo il quale la pensione di reversibilità spetta ai figli maggiorenni superstiti del pensionato o dell'assicurato che, al momento del decesso, siano inabili al lavoro e permanentemente a carico del genitore.

Sulla ripetizione delle somme erogate dall'INPS, l'art. 1 commi 260-261 legge n. 662/96, prevede che nei confronti dei soggetti che hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia, nonché rendite anche se liquidate in forma di capitale a carico degli enti pubblici di previdenza obbligatoria per periodi anteriori al 1.1.1996, non si fa luogo al recupero dell'indebito qualora i soggetti medesimi siano percettori di un reddito personale, ai fini IRPEF per l'anno 1995 di importo pari o inferiore a L. 16.000.000.

Per la parte residua, non soggetta all'efficacia di tale disposizione, si applica il regime di cui all'art. 13 della legge n. 412/1991.

Assume l'INPS che l'indebito pensionistico sia stato causato dal comportamento doloso del pensionato, il quale aveva occultato il proprio reddito da lavoro dipendente.

Tale assunto va condiviso atteso che, come risulta dal questionario riportato nella domanda di pensione di reversibilità, *omissis*, alla domanda relativa alla eventuale prestazione di lavoro retribuito alle dipendenze di terzi o in proprio, aveva dato risposta negativa e non aveva segnalato la propria attività, come sarebbe stato doveroso fare.

Nella domanda di pensione, inoltre, il ricorrente si era espressamente impegnato a segnalare, non oltre 30 giorni dal suo verificarsi, ogni altro evento che modificasse il contenuto di quanto dichiarato.

Si rileva, inoltre, che l'INPS ha potuto accertare l'indebito soltanto a seguito della presentazione in data 17.10.2001, da parte del ricorrente, della domanda di pensione di inabilità, quando dall'esame dell'estratto contributivo era emerso il reddito del ricorrente da lavoro subordinato ed a far tempo dal 1.9.1976.

Il comportamento del ricorrente che ha dichiarato il falso in ordine al requisito, essenziale per il riconoscimento della pensione, della vivenza a carico, integra gli estremi del dolo, determinante ai fini della indebita erogazione, che esclude, in base alla normativa applicabile, la dedotta sanatoria.

Per le medesime ragioni va esclusa la dedotta prescrizione atteso che, ai sensi dell'art. 2941 n. 8 cod. civ. la prescrizione rimane sospesa tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito ed il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto.

Le somme ulteriori sono, inoltre, ripetibili, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 413/91 il quale prevede che l'omessa od incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite.

(Omissis)

Pensioni - Periodi assicurativi lavoro dipendente - Ricongiunzione presso gestioni lavoratori autonomi - Inammissibilità.

Tribunale di Milano - 28.2.2002, n. 603 - Dott. Di Ruocco - Negri, Castelli (Avv. Fatuzzo) - INPS (Avv.ti Cama, Marsico).

Non è ammissibile, per chi vanti periodi di contribuzione presso gestioni varie, la ricongiunzione presso la gestione dei lavoratori autonomi di contributi versati nella gestione dei lavoratori dipendenti, ostandovi l'interpretazione letterale, logico-sistematica dell'art. 2 Legge n. 29/79.

FATTO — Con distinti ricorsi depositati entrambi il 31/05/01, i ricorrenti in epigrafe indicati hanno chiesto al Giudice del Lavoro di Milano, di voler accertare il loro diritto alla ricongiunzione dei contributi versati all'INPS come dipendenti presso la Gestione speciale dei Commercianti INPS *ex art. 2 L. n. 29/79* e conseguentemente condannare l'INPS ad effettuare tale ricongiunzione nonché il ricalcolo della pensione se già liquidata.

Si é ritualmente costituito l'Ente convenuto, contestando le avversarie deduzioni ed ha chiesto il rigetto delle domande proposte.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, questo Giudice ha deciso la causa all'udienza del 28.02.02 come da dispositivo in atti.

DIRITTO — I ricorrenti, che vantavano periodi di contribuzione in gestioni varie, hanno chiesto all'INPS la ricongiunzione presso l'Assicurazione Obbligatoria Gestione Commercianti di tutti i contributi versati all'INPS nell'Assicurazione Generale Obbligatoria dei lavoratori dipendenti, *ex art. 1, comma 2° della legge n. 29/79*.

L'Ente ha negato la ricongiunzione così come richiesta e si difende in giudizio asserendo che la disposizione invocata dai ricorrenti non consente la ricongiunzione di vari periodi assicurativi presso Gestioni diverse da quelle proprie dei lavoratori dipendenti: Assicurazione Generale Obbligatoria dei lavoratori dipendenti gestita dall'INPS ovvero le altre Gestioni, sostitutive, esclusive ed esonerative di quella INPS.

Le domande proposte sono infondate.

Sulla base di un'interpretazione letterale, logico sistematica dell'art. 2, della legge n. 29/79, infatti, la conclusione cui perviene l'istituto è corretta.

L'art. 2 deve essere letto in stretta correlazione con l'art. 1 il quale prevede e disciplina la facoltà concessa dalla legge al lavoratore dipendente, pubblico o privato, al fine di fargli conseguire un unico trattamento pensionistico, di chiedere la ricongiunzione di vari periodi assicurativi presso la Gestione dell'Assicurazione Generale Obbligatoria gestita dall'INPS.

I periodi di contribuzione di cui si può chiedere la ricongiunzione, a date condizioni, pure specificamente stabilite dalla legge — in particolare, per i lavoratori autonomi —, sono quelli delle altre Gestioni per dipendenti (le Gestioni sostitutive, esclusive ed esonerative di quella generale gestita dall'INPS) e quelli delle Gestioni speciali dei lavoratori autonomi.

L'art. 2 della stessa legge concede al "lavoratore", in alternativa all'esercizio della facoltà di cui all'art. 1, comma 1, la facoltà di chiedere in qualsiasi momento la ricongiunzione presso la gestione in cui risulti iscritto all'atto della domanda, ovvero presso una gestione nella quale possa far valere almeno otto anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa, di tutti i periodi di contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa dei quali sia titolare; per i lavoratori autonomi è sempre necessaria la speciale condizione richiesta dall'art. 1.

Che l'alternativa di cui all'art. 2 riguardi la ricongiunzione non in qualsiasi gestione ma solo in una di quelle proprie dei lavoratori dipendenti é comprovato dalle seguenti considerazioni.

(1) La norma, nella sua formulazione letterale fa riferimento a quello stesso "lavoratore" al quale è concessa la facoltà della ricongiunzione di cui all'art. 1, lavoratore al quale si dà un'alternativa; il legislatore mostra, così, di voler considerare sempre il lavoratore dipendente di cui parla all'art. 1.

(2) La ricongiunzione, in alternativa a quella nella gestione INPS, può essere chiesta in altra gestione solo a condizione che il lavoratore vi sia iscritto all'atto della domanda ovvero possa far valere almeno otto anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa". Il riferimento alla contribuzione effettiva ha senso solo per i lavoratori dipendenti che, a differenza degli autonomi, possono godere anche di contribuzioni figurative.

(3) E se la condizione degli otto anni di contribuzione effettiva non può riguardare gli autonomi, non può riguardarli neppure la condizione dell'iscrizione attuale che è formulata in termini di ipotesi alternativa a quella degli otto anni e non può, quindi, da sola, fondare la tesi che il legislatore stia qui individuando una terza ipotesi di ricongiunzione: quella voluta dai ricorrenti che assume quale gestione accentratrice una delle Gestioni speciali dei lavoratori autonomi.

Le domande proposte sono, dunque, respinte, con integrale compensazione delle spese di causa, visti la complessità della questione e i diversi orientamenti giurisprudenziali.

(Omissis)

Pensioni - Pensionamento anticipato - Fondo previdenza pubblici servizi di trasporto - D.L. 501/1995 conv. in L. 11/1996 - Efficacia - Diritto alla pensione - Misura della pensione - Esclusione.

Tribunale di Novara - 25.2/12.3.2003, n. 58 - Dott.ssa Mariani - Aprile ed altri (Avv.ti Giuggioli, Moshi, Venanzi) - INPS (Avv. Pasut) - FNME (Avv.ti Zanetta, Catalano).

La maggiorazione prevista dall'art. 4, comma 1, del D.L. 501/1995 conv. in legge 11/1996, per l'ipotesi di pensionamento anticipato dei lavoratori iscritti al fondo per la previdenza del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto, è riconosciuta ai fini del conseguimento del diritto alla pensione ma non anche della misura della medesima. L'ultima parte dell'art. 4 ha la finalità di limitare gli oneri a carico dello Stato e delle aziende nei casi in cui il lavoratore potrebbe astrattamente avere diritto sia alla pensione di vecchiaia che di anzianità e non può essere interpretata come segno della volontà del legislatore di attribuire una maggiorazione incidente anche sulla misura della pensione non sussistendo alcun contrasto con la prima parte della medesima norma.

FATTO — Con ricorso diretto al Giudice del Lavoro del Tribunale di Novara depositato in data 15 gennaio 2001 Aprile Gustavo, Gandelli Giovanni e Marasco Augusto convenivano in giudizio l'INPS esponendo:

— di essere stati alle dipendenze delle Ferrovie Nord Milano Esercizio S.p.A. e di essere stati posti in pensionamento anticipato ai sensi del D.L. 501/95 convertito in legge n. 11/96;

— che tale legge, al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori privi dei requisiti per ottenere la pensione aveva previsto in loro favore non soltanto il riconoscimento dell'anzianità ai fini della maturazione del diritto ma anche il diritto all'accreditamento dei corrispondenti contributi ai fini della determinazione della misura della pensione;

— che tuttavia l'INPS al momento della liquidazione della pensione non aveva tenuto conto dell'anzianità contributiva prevista dalla legge in questione.

Ciò premesso i richiedenti chiedevano che fosse dichiarato il loro diritto alla maggiorazione dell'anzianità contributiva in modo tale che la pensione loro spettante fosse commisurata ad anni 35 di contribuzione e che l'INPS fosse condannato alla riliquidazione del trattamento pensionistico in godimento con la corresponsione delle differenze maturate dalla data del pensionamento.

Si costituiva in giudizio l'INPS e contestava le argomentazioni di parte attrice, sostenendo che la norma invocata dai ricorrenti prevedeva testualmente che la anzianità contributiva era riconosciuta soltanto ai fini del conseguimento del diritto alla prestazione.

L'INPS chiedeva pertanto il rigetto delle domande di parte attrice e per il caso di accoglimento delle stesse chiedeva la chiamata in causa della FNME Ferrovie Nord Milano Esercizio S.p.A. per sentirla condannare al pagamento a favore dell'INPS dei contributi corrispondenti al maggior onere derivante dall'eventuale accoglimento delle domande dei ricorrenti.

All'udienza del 3 aprile 2001 il Giudice autorizzava la chiamata in causa della FNME che si costituiva in giudizio contestando l'interpretazione dell'art. 4 D.L. 25.11.95 sostenuta dai ricorrenti. Chiedeva pertanto la reiezione delle domande proposte contro l'INPS e quella dell'Istituto derivata da quelle dei ricorrenti.

All'udienza in data 25 febbraio 2003, esaurita la discussione, la causa veniva decisa mediante pubblica lettura del dispositivo.

DIRITTO — Le domande dei ricorrenti non sono fondate e devono essere integralmente rigettate.

La norma di riferimento in relazione alla fattispecie oggetto del presente giudizio è l'art. 4 comma 1 del D.L. 501/95, convertito nella legge n.11 del 1996, che testualmente 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 dell'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”.

I ricorrenti si sono avvalsi della possibilità di pensionamento anticipato previsto dall'art. 4 del D.L. 501/95 conv. in legge 11/96, avendo maturato il requisito contributivo inferiore ai 35 anni previsti dalle norme vigenti.

I ricorrenti sostengono che il trattamento pensionistico loro erogato debba essere raggugliato, anche per quanto concerne la misura della prestazione, a 35 anni di contribuzione. Ad avviso dei medesimi infatti la norma prevedendo la possibilità per il lavoratore che non abbia ancora raggiunto il limite anagrafico (per la pensione di vecchiaia) ovvero di anni contributivi (per quella di anzianità), di ottenere una maggiorazione non superiore a 7 anni, intenderebbe tale maggiorazione incidente non solo sul requisito necessario per il diritto alla pensione ma anche sul calcolo della pensione stessa.

Si deve premettere, come ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. per tutte Cass. n. 3034 del 23.3.1998) che “non esiste nel nostro ordinamento un principio generale in base al quale tutte le volte in cui il legislatore conceda ad una determinata categoria di lavoratori di usufruire del trattamento di quiescenza prima della maturazione dell'anzianità minima prevista, ciò comporti automaticamente un accredito dei 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”.

La S.C. ha affermato che “in assenza di tale principio, una previsione di questo tipo dovrebbe essere sancita espressamente dalla legge, essendo contraria alla regola stabilita dalla legge 153 del 1969 secondo la quale la pensione di anzianità spetta a condizione che si possano far valere almeno 35 anni di contribuzione effettiva in costanza di lavoro”.

Il primo comma dell'art. 4 comma 1 del D.L. 501/95 cit. non solo non contiene un'espressa previsione in tal senso ma al contrario prevede espressamente che la maggiorazione (fino al massimo di sette anni) è riconosciuta “ai fini del conseguimento del diritto” alla pensione, sia essa, a seconda dei casi, di anzianità o di vecchiaia.

I programmi di pensionamento anticipato riguardano due trattamenti pensionistici: pensione di anzianità e pensione di vecchiaia. Secondo le norme all'epoca vigenti per aver diritto al primo occorre 35 anni di contributi mentre per aver diritto al secondo occorre aver raggiunto l'età anagrafica di 60 anni oltre ad un minimo di annualità contributive (15).

Quindi la norma in esame prevede due distinti tipi di maggiorazione. La prima riguarda l'anzianità contributiva (ai fini della pensione di anzianità) e la seconda invece riguarda l'età anagrafica (ai fini della pensione di vecchiaia).

In base alla prima parte del comma 1 del citato art. 4, qualora nessuno dei due principali requisiti sia già raggiunto, il lavoratore che opta per la pensione ottiene un certo numero di anni (contributivi o anagrafici), pari alla differenza mancante, purché non superiore a 7 anni: se un lavoratore ha 58 anni di età e 25 anni di contributi, non potrà

chiedere la pensione di anzianità ma potrà chiedere, ed ottenere, utilizzando la maggiorazione *de qua* nella misura di due anni figurativi, quella di vecchiaia; parimenti, il lavoratore con un'età anagrafica di 51 anni (dunque impossibilitato a raggiungere, neppure con il massimo della maggiorazione prevista dalla legge, la pensione di vecchiaia) ma con una anzianità contributiva di 28 anni, potrà accedere alla pensione di anzianità utilizzando tutti i sette anni previsti di maggiorazione.

I ricorrenti sostengono che la regola contenuta nell'ultima parte del comma primo dell'art. 4 avrebbe senso soltanto nel caso in cui il legislatore avesse previsto una maggiorazione dell'anzianità contributiva rilevante anche ai fini della misura della prestazione. Tale argomentazione non è condivisibile.

La disposizione ha infatti la finalità di limitare gli oneri a carico dello Stato e delle aziende nei casi in cui il medesimo lavoratore potrebbe astrattamente avere diritto, usufruendo delle maggiorazioni dell'anzianità contributiva ed anagrafica, sia alla pensione di vecchiaia che a quella di anzianità.

La norma in esame infatti prevede che “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 dell'età pensionabile”.

Ciò significa che, nel caso di lavoratore cui manchino meno di sette anni per raggiungere il requisito di ciascuno dei trattamenti pensionistici (ad esempio, perché ha 58 anni e 30 anni di contributi), questi non potrà “scegliere”, eventualmente, tra le due ma dovrà chiedere quella di vecchiaia. Poiché la maggiorazione non può essere comunque superiore agli anni intercorrenti tra la cessazione del rapporto di lavoro ed il raggiungimento dell'età pensionabile, essa, per quel lavoratore, non potrà essere superiore a due anni e dunque potrà essere utilizzata unicamente per integrare il requisito dell'età ai fini della pensione di vecchiaia.

Sulla base di tali considerazioni la seconda parte del primo comma non appare in contraddizione con la prima parte e non può essere interpretata necessariamente come segno inequivocabile della volontà del legislatore di attribuire una maggiorazione incidente sulla misura della pensione.

L'espressione “anzianità contributiva” è terminologia del tutto corretta e necessitata dall'oggetto della normativa, posto che il requisito della pensione di anzianità è proprio dato dal raggiungimento di 35 anni di anzianità contributiva effettiva (che a volte può non coincidere con la mera anzianità assicurativa).

Il richiamo al comma 3 dell'art. 4 del D.L. 501/95 non può portare alle conclusioni volute dai ricorrenti, non apparendo affatto, tale disposizione, contraddittoria o pleonastica alla luce del disposto del primo comma.

Il terzo comma, infatti, nell'estendere i programmi di prepensionamento anche ai lavoratori che raggiungono i requisiti di anzianità contributiva computando, oltre all'anzianità indicata dal primo comma, anche quella eventualmente maturata presso altre forme previdenziali, aggiunge che “la predetta anzianità rileva ai soli fini della maturazione del diritto al pensionamento anticipato”.

In difetto di tale disposizione, in effetti, i contributi maturati presso altre forme previdenziali non sarebbero stati comunque utilizzabili e si rendeva necessaria la precisazione del loro utilizzo ai soli fini della maturazione del diritto al pensionamento anticipato — con formulazione analoga a quella prevista nel comma 1 per i contributi matu-

rati nel Fondo — proprio per non creare disparità di trattamento rispetto a questi ultimi e per ribadire che l'unica anzianità contributiva rilevante sia ai fini della maturazione del diritto che ai fini della misura della pensione é quella effettivamente maturata nel Fondo, con esclusione sia della maggiorazione concessa dalla legge in esame sia di quella maturata extra Fondo, le quali saranno invece utilizzabili unicamente al fine del raggiungimento del limite (di anni contributivi) necessario per la maturazione del diritto a pensione.

La tesi sostenuta dai ricorrenti infine comporterebbe delle ingiustificate disparità di trattamento tra lavoratori relativamente giovani e muniti di un numero di contributi elevato e lavoratori prossimi all'età pensionabile ma in possesso di minore anzianità contributiva. I primi potrebbero fruire di una pensione di anzianità "irrobustita" dai contributi figurativamente accreditati in occasione del prepensionamento (in forza del riconoscimento di una maggiore "anzianità contributiva") mentre i secondi riceverebbero soltanto una maggiorazione dell'età anagrafica per raggiungere l'età pensionabile e il diritto alla pensione di vecchiaia. Non vi sono ragioni oggettive che possano giustificare in maniera razionale un così diverso trattamento.

Le domande dei ricorrenti devono essere pertanto respinte.

Ne consegue che anche le domande svolte dall'INPS nei confronti della terza chiamata FNME devono essere ugualmente rigettate.

(Omissis)

Pensioni - Pensione di invalidità - Trasformazione in pensione di vecchiaia - Prova dell'interesse ad agire - Necessità.

Tribunale di Palermo - 23.5/13.11.2002, n. 1577 - Dott. Cavallaro - Balsano (Avv. Collisani) - INPS (Avv. Cola).

Va rigettato il ricorso diretto ad ottenere la trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, ove non venga data la prova dell'interesse concreto ed attuale ad ottenere la detta trasformazione.

FATTO e DIRITTO — Premesso che, con ricorso depositato il 28.11.2000, la ricorrente in epigrafe conveniva in giudizio l'INPS, chiedendo dichiararsi il proprio diritto alla trasformazione della pensione d'invalidità in pensione di vecchiaia;

premesso, inoltre, che — ritualmente costituitosi in giudizio — l'Istituto convenuto chiedeva il rigetto del ricorso, del quale deduceva l'infondatezza;

premesso, infine, che la causa, senza alcuna istruzione, è stata decisa come da dispositivo in atti all'udienza del 23.5.2002;

ritenuto che preliminarmente all'esame della fondatezza della domanda è la verifica delle c.d. condizioni dell'azione, tra le quali l'interesse ad agire, inteso quale esigenza, manifestata da colui che domanda, di ottenere un risultato utile e giuridicamente apprezzabile, non altrimenti conseguibile che con l'intervento del giudice (cfr. Cass. nn. 2115 del 1975, 927 del 1967);

considerato che secondo l'insegnamento della Suprema Corte di legittimità l'interesse ad agire dev'essere concreto ed attuale, nel senso che in assenza dell'intervento dell'autorità giurisdizionale l'attore subirebbe un ingiusto danno, consistente nella privazione di un bene garantito dalla legge o nella mancata eliminazione di una situazione d'incertezza che renda insicuro il godimento di un bene (Cass. nn. 4232 del 1988, 4220 del 1983);

ritenuto che, nella specie, parte ricorrente non ha indicato e meno che mai provato quale pregiudizio concreto e attuale le deriverebbe dalla mancata trasformazione, omettendo così di indicare quali benefici economici potrebbe derivare dall'intervento giurisdizionale;

considerato che la carenza d'interesse ad agire conduce al rigetto del ricorso, nulla statuendosi sulle spese *ex art.* 152 att. c.p.c..

(Omissis)

Contributi - Mancato assoggettamento a contribuzione importi retributivi - Efficacia obbligatoria usi aziendali - Decadenza da beneficio fiscalizzazione oneri sociali - Fattispecie relativa a *tickets restaurant*.

Tribunale di Venezia - 30.1/3.2.2003, n. 104 - Dott. Ferretti - Bacinello Impianti S.n.c. (Avv.ti Pachì, Bacillari) - INPS (Avv. Attardi).

Decade dal beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali l'azienda che, in forza di un uso aziendale, fonte di obbligazione unilaterale, eroghi ai dipendenti importi retributivi sotto forma di tickets restaurant, ma non sottoponga il relativo corrispettivo a contribuzione.

FATTO — La società ricorrente ha proposto opposizione avverso la cartella esattoriale di cui all'oggetto notificatale dall'INPS per il pagamento della somma di L. 21.228.658 a titolo di contributi e somme aggiuntive maturate. L'addebito riguarda la indebita applicazione della fiscalizzazione degli oneri sociali per il periodo 6/1996-11/98 e consegue l'accertamento ispettivo nel corso del quale erano emersi inadempimenti contributivi di vario genere e tra questi l'omesso pagamento dei contributi sul costo dei *tickets restaurants* che la società opponente corrispondeva ai propri dipendenti per il

pasto di mezzogiorno. La Bacinello Impianti ha provveduto alla regolarizzazione di tale inadempienza versando i contributi sui *tickets restaurants* ma ha altresì contestato la legittimità dell'addebito della fiscalizzazione degli oneri sociali ritenendo insussistenti i presupposti di cui all'art. 6 comma 9 della L. 389/89 per tale addebito e, in specie, la obbligatorietà ai sensi leggi, regolamenti o contratti collettivi di settore della corresponsione del *ticket restaurant* che fu un di più corrisposto ai dipendenti.

Concludeva chiedendo dichiararsi priva di effetto la riscossione a mezzo ruolo notificata con la cartella esattoriale opposta con vittoria di spese.

Nel costituirsi ritualmente l'INPS si opponeva all'accoglimento della domanda rilevando che l'art. 6 comma 9 lettera b della L. 389/89 prevede la decadenza dal beneficio della fiscalizzazione quando i lavoratori siano denunciati con retribuzioni inferiori a quelle previste dall'art. 1 comma 1 ovvero inferiori a quelle stabilite da leggi, regolamenti, contratti collettivi o accordi collettivi o contratti individuali qualora ne derivi una retribuzione superiore a quella prevista dal CCNL; la norma richiamata ha ad oggetto la retribuzione da assumere come base imponibile e non i minimi contrattuali stabiliti da leggi o contratti e tale retribuzione imponibile non può essere inferiore a quei minimi ma, se è superiore, deve essere assoggettata a contribuzione. E che la corresponsione dei *tickets restaurants* sia stata fatta a titolo di retribuzione e non a titolo di liberalità risulta riconosciuto dallo stesso datore di lavoro che ha versato i contributi sull'equivalente dei buoni pasto.

Concludeva chiedendo il rigetto della domanda con condanna della società opponente al pagamento della somma portata dalla cartella esattoriale opposto con vittoria di spese.

Esaurita la istruttoria testimoniale, la causa era discussa e decisa come da dispositivo allegato alla udienza del 30.1.03.

DIRITTO — Come bene sottolineato dalle parti l'art. 6 comma 9 lettera b della L. 389/89 prevede la decadenza dal beneficio della fiscalizzazione per quel datore di lavoro per i dipendenti che egli denunci con retribuzioni inferiori a quelle previste dall'art. 1 comma 1; tale ultima norma dispone che “la retribuzione da assumere come base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente 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”.

Il senso delle norme richiamate è quello di accordare il beneficio della fiscalizzazione ai datori di lavoro che corrispondono ai propri dipendenti e denunciano all'Istituto previdenziale l'intero trattamento retributivo obbligatorio per legge, CCNL, accordo collettivo o contratto individuale. I contributi devono essere versati non solo sul minimo retributivo, dunque, ma sull'intera retribuzione dovuta in forza di qualunque titolo che acceda al rapporto di lavoro.

La istruttoria svolta ha evidenziato che la società opponente ha manifestato l'intento, poi attuato, di attribuire a tutti i propri dipendenti i buoni pasto. Tale intento negoziale, in quanto avente ad oggetto la regolamentazione per il futuro di un aspetto del rapporto di lavoro, ha natura di uso aziendale e, come tale, esso costituisce 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 conclusivo relativo alla stipulazione di un accordo collettivo aziendale (cfr. Cass. 13294/99, Trib. Milano 10/7/98). Ne consegue che la corresponsione dei *tickets restaurants* costituisce per la società Bacinello un obbligo fondato su di un accordo collettivo aziendale e, pertanto, essa deve essere denunciata e assoggettata all'obbligo contributivo (peraltro successivamente assolto dalla opponente), con conseguente perdita del beneficio della fiscalizzazione ove il valore dei buoni pasto non sia corrisposto ai dipendenti o non sia denunciato all'INPS ai sensi del citato art. 6 comma 9 lett. b della L. 389/89.

La opposizione va respinta confermandosi la debenza delle somme di cui alla cartella esattoriale impugnata.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di maternità - Coltivatrici dirette - Condizioni.

Tribunale di Venezia - 17/22.10.2002, n. 677 - Dott. Ferretti - Spolaor (Avv.ti Mel, Borile) - INPS (Avv. Attardi).

Il rapporto previdenziale, nell'ambito del lavoro autonomo e, in particolare, dei coltivatori diretti, anche in relazione all'assicurazione di maternità, si instaura in conseguenza dell'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa unitamente all'effettiva iscrizione negli elenchi e, di conseguenza, il diritto delle coltivatrici dirette alle indennità giornaliere previste dall'art. 1 della legge 29 dicembre 1987 n. 546 sussiste quando la richiesta di iscrizione sia antecedente all'evento indennizzabile.

FATTO — La ricorrente allega di essere stata iscritta nella Gestione CD come coadiuvante dell'azienda del marito Masiero Maurizio con decorrenza 1.5.99 (data del matrimonio) a seguito di domanda presentata in data 27.7.99. In data 3.8.99 la ricorrente chiedeva all'INPS la erogazione della indennità di maternità allegando certificato medico che indicava quale data presunta del parto il 16.8.99 ma tale domanda veniva respinta in quanto la data di iscrizione alla gestione CD era successiva all'inizio della maternità.

Il successivo ricorso amministrativo aveva esito negativo. Allegava la illegittimità del provvedimento dell'Istituto richiamando il costante orientamento della Corte di Cassazione secondo cui il diritto delle lavoratrici agricole alla indennità di maternità sussiste quando il periodo di astensione obbligatoria o facoltativa siano posteriori alla operatività della copertura assicurativa che decorre dalla iscrizione.

Concludeva chiedendo accertarsi e dichiararsi il proprio diritto alla indennità di maternità con condanna dell'INPS alla erogazione della prestazione oltre interessi di legge e con rifusione delle spese di causa.

Si costituiva l'INPS per opporsi allo accoglimento della domanda rilevando che la giurisprudenza di Cassazione citata da controparte riguarda controversie relative alla indennità di maternità spettante a lavoratrici agricole dipendenti *ex* L. 1204/71 mentre per le coltivatrici dirette e coadiutrici appartenenti al nucleo familiare del coltivatore diretto dispone la L. 546/87 senza possibilità di estensione analogica delle due discipline stante la diversità delle situazioni disciplinate.

Rilevava, inoltre, che il requisito di una minima attività lavorativa deve sussistere (anche se non necessariamente nell'anno) secondo quanto emerge dalle sentenze citate da controparte e dalla recente Cass. 7093/00 con riferimento alla necessità che la lavoratrice agricola dimostri la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente e dello status di lavoratrice agricola. Allegava infine che, se anche la iscrizione retroagisce a data anteriore all'evento da indennizzare, occorre tuttavia che la domanda sia anteriore all'evento medesimo.

Concludeva chiedendo il rigetto della domanda con vittoria di spese.

Alla udienza del 17.10.02 la causa era discussa e decisa come da dispositivo letto alle parti.

DIRITTO — Occorre rilevare che di recente la Corte di Cassazione si è pronunciata, su di una fattispecie del tutto identica a quella in oggetto, negando il diritto della coltivatrice diretta (o coadiuvante) alla indennità di maternità nel caso in cui l'astensione obbligatoria — ovvero l'evento assicurato — si fosse verificata o fosse iniziata prima della domanda di iscrizione negli elenchi dei coltivatori diretti (cfr. Cass. 3192/2001). La Corte parte dal rilievo che il rapporto giuridico assicurativo nei confronti dell'ente previdenziale sorge talvolta non per il solo svolgimento della attività lavorativa ma in presenza di ulteriori presupposti, quale l'iscrizione dell'interessato in determinati albi o registri o il trovarsi un soggetto in un particolare rapporto familiare con colui che svolge l'attività, e prosegue rilevando che “In questi casi la nascita del rapporto giuridico previdenziale è subordinata all'esistenza, oltre che dell'indefettibile elemento costituito dallo svolgimento di una attività lavorativa, anche di altri elementi, anch'essi necessari”.

Ciò è quanto avviene per i coltivatori diretti, il cui rapporto previdenziale si costituisce nel momento in cui viene ad esistenza una posizione lavorativa astrattamente idonea a legittimare l'iscrizione nell'elenco professionale ed inoltre vi sia la effettiva iscrizione nello stesso. Dopo una approfondita disamina delle norme di settore la Corte arriva a concludere che la pubblicazione degli elenchi si pone come presupposto necessario per il godimento delle prestazioni previdenziali compresa la indennità di maternità di cui alla legge 29 dicembre 1987 n. 546, il cui art. 6 fa riferimento alle lavoratrici iscritte ai fini dell'assicurazione generale obbligatoria e, come tali, inserite negli appositi elenchi. Sottolinea la sentenza in commento che si deve avere riguardo al momento dell'iscrizione, “ovvero — secondo un criterio interpretativo costituzionalmente corretto (Corte cost. n. 483/95 (1) cit.) — al momento della richiesta di iscrizione”, per valutare la preesistenza o meno dell'evento tutelato, ai fini del riconoscimento delle prestazioni.

Nel caso in esame l'evento assicurato, cioè l'inizio del periodo indennizzabile, si è verificato il 17 giugno 1999, mentre la richiesta di iscrizione negli elenchi dei coltivatori diretti è stata presentata dalla Spolaor il 27 luglio 99. Ne deriva che alla predetta data del 17/6/99 non si era ancora instaurato il rapporto previdenziale tra la Spolaor e l'Istituto resistente, in quanto non era stata ancora presentata la domanda di iscrizione alla Gestione CD. La stessa non poteva quindi vantare alcun diritto alla prestazione di maternità, successivamente richiesta in data 3.8.99.

Rileva il Giudice di legittimità che tale conclusione non può ritenersi contraddittoria perché da una parte si negano le prestazioni e dall'altra si pretende il versamento dei contributi (nella fattispecie effettuato), tenuto conto della retroattività della iscrizione in quanto tale situazione è addebitabile esclusivamente all'inadempienza al dovere-onere di tempestiva denuncia da parte dei soggetti interessati circa l'insorgenza dei presupposti di legge per l'assicurazione obbligatoria.

In conclusione, deve affermarsi che il rapporto previdenziale, nell'ambito del lavoro autonomo e, in particolare, per i coltivatori diretti, anche in relazione all'assicurazione di maternità, si instaura in conseguenza dello svolgimento effettivo di attività lavorativa unitamente alla effettiva iscrizione negli elenchi e che, di conseguenza, il diritto delle coltivatrici dirette alle indennità giornaliere previste dall'art. 1 della legge 29 dicembre 1987 n. 546 sussiste quando la richiesta di iscrizione sia antecedente al verificarsi dell'evento indennizzabile. Tale iscrizione condiziona la possibilità di far valere il diritto stesso che può essere esercitato solo per il periodo successivo alla richiesta di iscrizione, ancorché quest'ultima avvenga con effetto retroattivo e con il conseguente obbligo del versamento dei contributi per il periodo precedente.

Ancora la Cassazione osserva anche in altre sentenze che le lavoratrici autonome hanno una loro propria e distinta disciplina, diversa da quella che regola la posizione delle lavoratrici agricole subordinate, e che tale diversità di disciplina trova idonea giustificazione nella diversità della posizione (cfr. Cass. 9733/97) delle lavoratrici agricole-lavoratrici dipendenti sottoposte all'autorità del proprio datore di lavoro anche nell'adempimento degli obblighi afferenti la costituzione del rapporto previdenziale — e delle lavoratrici autonome per le quali l'adempimento di detti obblighi è, in linea di principio, rimesso alla loro volontà e diligenza; dalla affermata diversità discende anche la impossibilità di applicare estensivamente o analogicamente la L. 1204/71.

Il percorso interpretativo e la conclusione cui è pervenuto il Giudice di legittimità è assolutamente condiviso dal giudicante che, per le ragioni esposte, rigetta la domanda con compensazione delle spese di causa tra le parti.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 328.

Prestazioni - Lavoratori parasubordinati - Assegno di invalidità - Requisito contributivo - Valutazione contributi pregressi - Condizioni - Facoltà di opzione - Totalizzazione - Riferimento - Inabilità.

Tribunale di Verbania - 4.12.2002/7.1.2003, n. 149/02 - Dott. Terzi - omissis (Avv. Ramella) - INPS (Avv.ti Gerratana, Pasut, Omodei Zorini).

Ai fini della valutazione del requisito contributivo per la concessione dell'assegno di invalidità ex art. 1 L. 222/1984 i lavoratori parasubordinati iscritti alla gestione separata introdotta dall'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995 n. 335 hanno facoltà di chiedere il computo dei periodi contributivi versati nell'assicurazione generale obbligatoria o nelle gestioni esclusive o integrative della medesima soltanto alla condizione prevista per la facoltà di opzione di cui all'art. 1, comma 23, della predetta legge 335/1995 ovvero in quanto possano far valere il requisito di quindici anni di contribuzione nell'arco della vita assicurativa di cui almeno cinque dal gennaio 1996. L'istituto della totalizzazione introdotto dall'art. 71 della L. 388 del 23 dicembre 2000 non si riferisce all'assegno di invalidità ma soltanto ai trattamenti di inabilità.

FATTO e DIRITTO — Con ricorso del 10.5.2002 il Sig. P. E. ha convenuto l'INPS presso il Tribunale di Verbania chiedendone la condanna al pagamento dell'assegno di invalidità ai sensi dell'art. 1 L. 222/1984 a decorrere dall'1.2.2001.

Il ricorso avverso è infondato; ed invero il ricorrente ha presentato domanda di pensione inabilità/assegno di invalidità in data 25.1.2001 come lavoratore parasubordinato.

L'accertamento sanitario ha escluso la presenza dei requisiti per la pensione di invalidità ma ha confermato quelli per l'assegno di invalidità.

La domanda relativa all'assegno di invalidità è stata, tuttavia, respinta dall'ufficio amministrativo in quanto non risultano perfezionati i requisiti contributivi richiesti dalla L. 222/1984 per tale prestazione, ossia la presenza di cinque anni di contribuzione di cui tre nel quinquennio precedente la domanda, nella gestione separata dei lavoratori parasubordinati.

Il ricorrente, infatti, ha sia contributi versati nella gestione separata che contributi versati all'INPDAP come lavoratore dipendente ma non è in condizioni di esercitare l'opzione di cui all'art. 1, co. 23, L. 335/1995, chiedendo il computo dei questi ultimi contributi a carico della nuova gestione, in quanto non può far valere il requisito di 15 anni di contribuzione nell'arco della vita assicurativa, di cui almeno cinque dal gennaio 1996.

La disciplina relativa alla gestione separata è stata istituita con l'art. 2, commi 26 e ss., della L. 335/1995 nonché con i provvedimenti ministeriali previsti dalla medesimo norma di legge.

In particolare nel supplemento ordinario n. 82 della Gazzetta Ufficiale del 23 maggio 1996 sono stati pubblicati i decreti interministeriali previsti dall'art. 2, commi 30 e 32, della legge 8 agosto 1995, n. 335.

Il decreto ministeriale n. 281 contiene il regolamento recante modalità e termini per il versamento del contributo previsto dall'art. 2, comma 26 della legge 8 agosto 1995, n. 335.

Il decreto ministeriale n. 282 contiene invece il regolamento recante la disciplina del rapporto organizzativo e funzionale della gestione assicurativa.

L'articolo 1 del decreto ministeriale emanato ai sensi del comma 32 del citato art. 2/335 dispone che gli iscritti alla nuova gestione hanno diritto alla pensione di vecchiaia, alla pensione di inabilità, all'assegno di invalidità e alla pensione ai superstiti, secondo le disposizioni previste per la gestione previdenziale degli esercenti attività commerciali, di cui alla legge 2 agosto 1990, n. 233, come modificata dalla legge 8 agosto 1995, n. 335.

In applicazione delle disposizioni innanzi richiamate, i soggetti nei cui confronti opera il nuovo obbligo contributivo e i loro superstiti avranno titolo: — alla pensione di vecchiaia contributiva istituita dall'articolo 1, comma 19, della legge n. 335, a condizione che risultino perfezionati i requisiti richiesti dal comma 20 dello stesso articolo 1 (età di almeno 57 anni, cinque anni di contribuzione e importo di pensione non inferiore a 1,2 volte l'importo dell'assegno sociale, ovvero 65 anni di età e cinque anni di contribuzione, indipendentemente dall'importo della pensione); — all'assegno di invalidità e alla pensione di inabilità, a condizione che risultino perfezionati i requisiti contributivi (cinque anni di contribuzione di cui almeno tre nel quinquennio precedente la domanda) e sanitari stabiliti dalla legge 12 giugno 1984, n. 222; — alla pensione ai superstiti, alle condizioni soggettive e oggettive stabilite dall'articolo 22 della legge 21 luglio 1965, n. 903 e successive modificazioni; — all'indennità *una tantum* in favore dei superstiti di assicurato, alle condizioni previste dall'ultima parte del comma 20 dell'articolo 1 della legge n. 335, qualora non sussistano i requisiti assicurativi e contributivi per la pensione ai superstiti.

L'articolo 3 del regolamento n. 282 dispone che gli iscritti alla gestione separata che possano far valere periodi contributivi nell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti, nelle forme esclusive e sostitutive della medesima, nelle gestioni previdenziali dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, degli artigiani e degli esercenti attività commerciali, hanno facoltà di chiedere il computo dei predetti contributi ai fini del diritto e della misura della pensione a carico della nuova gestione, alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'articolo 1, comma 23, della legge n. 335 del 1995 (15 anni di contribuzione, di cui almeno 5 dal 1 gennaio 1996).

L'attuale ricorrente non si trova, invece, nelle condizioni previste per l'esercizio della facoltà di opzione di cui sopra e, pertanto, neppure nella possibilità di chiedere il computo, ai fini della valutazione contributiva, dei periodi contributi versati nell'assicurazione generale obbligatoria o nelle gestioni esclusive o integrative della medesima, come nel caso della gestione INPDAP.

Nel proprio ricorso, inoltre, l'*omissis* menziona un diverso istituto, ossia la totalizzazione, per il quale, innanzitutto, non risulta essere mai stata presentata alcuna domanda amministrativa all'INPS.

In ogni caso il ricorrente confonde l'istituto della valutazione contributiva sopra illustrato con quello della totalizzazione, istituita con l'art. 71 della L. 388 del 23 dicembre 2000 secondo cui "Al lavoratore, che non abbia maturato il diritto a pensione

in alcuna delle forme pensionistiche a carico dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima, nonché delle forme pensionistiche né gestite dagli enti di cui al decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e successive modificazioni, è data facoltà di utilizzare, cumulandoli per il perfezionamento dei requisiti per il conseguimento della pensione di vecchiaia e dei trattamenti pensionistici per inabilità, i periodi assicurativi non coincidenti posseduti presso le predette gestioni, qualora tali periodi, separatamente considerati, non soddisfino i requisiti minimi stabiliti dagli ordinamenti delle singole gestioni. La predetta facoltà opera in favore dei superstiti di assicurato, ancorché quest'ultimo sia deceduto prima del compimento dell'età pensionabile”.

In primo luogo occorre considerare che la norma sopra menzionata non si riferisce all'assegno di invalidità ma soltanto ai trattamenti di inabilità: pertanto la totalizzazione non è normativamente utilizzabile per il conseguimento del diritto all'assegno di invalidità come richiesto.

L'applicazione di tale istituto per i lavoratori parasubordinati deve essere, inoltre, posta in riferimento ai limiti previsti dalla norma medesima.

Per quanto riguarda i lavoratori parasubordinati, iscritti alla gestione separata introdotta dall'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, che possono far valere contribuzione nell'AGO ovvero in un altro Fondo o in una gestione dei lavoratori autonomi al 31 dicembre 1995 e successivamente periodi di contribuzione nella relativa gestione separata il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha espresso l'avviso “che abbiano facoltà di chiedere nell'ambito della gestione separata il computo dei contributi versati ai fini del diritto e della misura della pensione, a norma dell'articolo 3 del decreto ministeriale n. 282/96, a condizione che abbiano maturato un'anzianità contributiva pari o superiore a 15 anni, di cui almeno 5 nel sistema contributivo, secondo il disposto dell'articolo 1, comma 23, della legge n. 335/95, così come interpretato dall'articolo 2 del decreto legge 28 settembre 2001, n. 355 il quale ha espunto dal corpo del testo il riferimento agli assicurati di cui all'articolo 1, comma 13, della citata legge di riforma del sistema pensionistico. Pertanto, i lavoratori che possono far valere un'anzianità contributiva di almeno 18 anni alla data del 31 dicembre 1995, a meno che non abbiano esercitato il diritto di opzione entro il 1° ottobre 2001, sono esclusi dalla facoltà di chiedere nell'ambito della gestione separata il computo dei predetti contributi”.

Anche in questo caso, quindi, ricorre la medesima condizione che era prevista dal sopra menzionato art. 3 del D.M. 282/1996 di cui il ricorrente non è in possesso.

(Omissis)

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Processo civile - Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Controversia promossa da ex daziere per riliquidazione prestazioni da capitale - Sussiste giurisdizione ordinaria.

T.A.R. VENETO - 14.11.2002, n. 393/03 - Pres. Baccarini - Rel. De Zotti - Carter (Avv. Patelmo) - INPS (Avv. Mascia) - INA Assitalia (non cost.) - CONSAP S.p.A. (Avv.ti Nicolò, Tonello).

Le controversie aventi ad oggetto domande proposte all'INA e all'INPS da personale ex daziere, per la riliquidazione di prestazioni di capitale maturate in occasione della risoluzione del rapporto di lavoro, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto fondate sul rapporto assicurativo previdenziale che, pur trovando nel rapporto di pubblico impiego la necessaria premessa, è autonomo e distinto da esso.

FATTO — Il sig. Enzo Carter espone di essere un ex daziere transitato nei ruoli dell'Amministrazione finanziaria, in forza del D.L. 105/1990 e di essere stato collocato con decorrenza dal 10 maggio 1990 nel ruolo unico del dipartimento delle dogane e delle imposte dirette; che al momento del passaggio nel ruolo unico gli venne liquidata l'indennità di fine rapporto sino a quel momento maturata presso il fondo dazieri, gestito dall'INA S.p.A.; che le somme relative al TFR gli sono state liquidate in data 4 agosto 1993 in ordine alla somma capitale, mentre nulla gli è stato corrisposto a titolo di interessi e rivalutazione monetaria nonostante la richiesta in tal senso avanzata in data 10 marzo 1994.

Ciò stante egli chiede l'accertamento giudiziale del relativo diritto deducendo: 1) violazione e falsa applicazione degli articoli 1282 e 1224 del codice civile; 2) falsa interpretazione dell'art. 4 della legge n. 312/1980 nonché il vizio di eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche, ed in particolare per difetto di motivazione, ingiustizia manifesta e disparità di trattamento.

L'amministrazione finanziaria si è costituita in giudizio deducendo il difetto di giurisdizione del giudice adito, trattandosi di questione di competenza dell'AGO e, nel merito, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Analoga posizione ha assunto l'INPS, deducendo anche il proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto la domanda avrebbe dovuto essere azionata nei confronti della CONSAP Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici che nel frattempo è subentrata come gestore del Fondo previdenza dazieri.

Quest'ultima è intervenuta in giudizio deducendo anch'essa il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e chiedendo la reiezione del ricorso con vittoria di spese.

All'udienza pubblica del 14 novembre 2002 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO — 1. — L'eccezione di difetto di giurisdizione, dedotta dalle parti resistenti è fondata.

2. — Nella specie si verte, infatti, in materia di pretese patrimoniali azionate nei confronti di una persona giuridica di diritto privato, convenuta in giudizio nella qualità di gestore di un fondo di previdenza disciplinato a sua volta da norme di diritto privato.

2.1. — Il Fondo di previdenza in questione, infatti, amministrato dall'INPS e da un comitato speciale ai sensi dell'art. 7 del R.D. n. 1827/1935 adempie i suoi scopi istituzionali mediante l'esazione di contributi versati dal datore di lavoro e assegnati, in parte all'assicurazione diretta di famiglia ed in parte all'assicurazione mista sulla vita, istituita per garantire un capitale comprensivo dell'indennità di anzianità.

2.2. — Le assicurazioni miste sulla vita vennero affidate, a suo tempo, a norma dell'art. 22 del regolamento, all'INA cui è subentrata la CONSAP S.p.A., alla quale è stata attribuita la gestione del fondo; questa ha corrisposto agli aventi diritto, quale indennità di anzianità (oggi trattamento di fine rapporto), il capitale o la riserva matematica garantiti dai rapporti di assicurazione posti in essere per i singoli prestatori di lavoro iscritti al fondo.

2.3. — Ne consegue, come chiarito dal giudice della giurisdizione, che le controversie aventi ad oggetto domande dirette all'INA e all'INPS, per la riliquidazione delle prestazioni di capitale maturate in occasione della risoluzione del rapporto di lavoro, rientrano nella giurisdizione dell'A.G.O., in quanto fondate sul rapporto assicurativo-previdenziale che, pur trovando nel rapporto di pubblico impiego la necessaria premessa, è autonomo e distinto da esso (Cass. Civ. Sez. un. 19 gennaio 1989 n. 112 (1)).

Il ricorso è perciò inammissibile.

3. — Le spese di causa possono essere nondimeno compensate per ragioni di equità.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1989, p. 645.

COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE

Tributi (in generale) - Ricorso avverso silenzio rifiuto su istanza rimborso IRPEF - Importi risarcitori erogati dall'INPS per erronee informazioni contributive - Legittimazione passiva Ente - Non sussiste - Natura di lucro cessante importi risarcitori - Assoggettabilità a tassazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Pavia - Sez. 1 - 12.7/30.09.2002, n. 182 - Pres. Mariani - Rel. Locatelli - Lossani (Avv. Orlandi) - Agenzia delle Entrate Pavia - INPS (Avv. De Maestri).

Nella causa promossa avanti la Commissione Tributaria avente ad oggetto il silenzio rifiuto sull'istanza di rimborso degli importi versati dall'INPS, quale sostituto d'imposta, a titolo di imposizione fiscale su somme risarcitorie erogate per erronee comunicazioni pensionistiche, l'Ente previdenziale è carente di legittimazione passiva; il risarcimento del danno per anticipata cessazione dell'attività lavorativa a seguito di erronee informazioni sulla posizione contributiva ha natura di lucro cessante ed è assoggettabile a tassazione.

FATTO e DIRITTO — Che il ricorrente presenta ricorso avverso il silenzio-rifiuto da parte della Direzione Regionale delle Entrate, Sezione Staccata di Pavia, relativa oggetto la richiesta di rimborso integrale della somma di L. 7.738.645, pagata a titolo di ritenuta diretta, oltre interessi legali, rivalutazione monetaria e spese di procedura;

— Che il ricorrente sulla base della sentenza n. 125/99 del Giudice del Lavoro, sentenza non appellata e passata in giudicato, ha diritto alla somma di L. 38.500.000. da parte dell'INPS quale risarcimento del danno dal medesimo subito per erronee informazioni fornitegli dal personale dell'INPS stesso. L'INPS, sulla somma corrisposta avrebbe poi trattenuto, in qualità di sostituto d'imposta, l'importo di L. 7.738.645 a titolo di ritenuta;

— Che il ricorrente sostiene che la somma riconosciutagli non costituirebbe reddito e quindi non sarebbe assoggettabile a qualsiasi forma di tassazione, in quanto trattasi di perdita patrimoniale (cal. danno emergente) e per questo chiede la condanna dell'INPS e dell'Ufficio Distrettuale delle Imposte Dirette in solido fra di loro alla restituzione di quanto indebitamente trattenuto;

— Che l'INPS con memoria difensiva contesta il ricorso presentato per 2 ragioni:

1. — Difetto di giurisdizione del Giudice Tributario in quanto l'INPS non può essere condannato al rimborso delle somme trattenute a titolo di conguaglio d'imposta in quanto il rapporto fiscale è pendente tra il contribuente e l'amministrazione

ne tributaria e non tra il contribuente e l'INPS che ha agito solo in qualità di sostituto d'imposta;

2. — La somma prevista dalla sentenza n. 125/99 a favore del ricorrente sarebbe dovuta a titolo di risarcimento del danno sofferto per la perdita delle retribuzioni (lucro cessante) e quindi sarebbe imponibile fiscalmente;

— Che l'Ufficio delle Imposte Dirette non si è costituito nel presente contenzioso.

La Commissione esaminati gli atti presentati dalle parti, dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'INPS in quanto esso ha operato esclusivamente in qualità di sostituto d'imposta a favore dell'Ufficio delle Imposte Dirette.

La Commissione, inoltre, alla luce della sentenza predetta, ove si legge che “il danno può essere quantificato nella mancata retribuzione di due anni”, ritiene legittima la ritenuta operata in quanto il risarcimento riconosciuto dal Giudice del Lavoro al ricorrente ha natura di lucro cessante e non di danno emergente e quindi come tale è assoggettabile a tassazione ai sensi dell'art. 16, 1° comma lett. i) del TUIR.

La Commissione dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'INPS e, per il resto, respinge il ricorso.

(Omissis)

CORTE DEI CONTI

Impiego pubblico - Ex dipendente FFSS - Richiesta di equo indennizzo per infermità dipendente da causa di servizio - Giurisdizione Corte dei Conti - Non sussiste - Sussiste giurisdizione amministrativa.

Corte dei Conti - Sezione giurisdizionale Veneto - 5/18.12.2002, n. 1241 - Dott. Tomassini - Sponchiado - Ferrovie dello Stato - INPS (Avv. Mascia).

Spetta al Giudice Amministrativo e non alla Corte dei Conti la giurisdizione relativamente a controversia promossa da ex dipendente delle Ferrovie dello Stato avente ad oggetto la pretesa di equo indennizzo per infermità dipendente da causa di servizio, che ha presupposti e finalità diverse rispetto al trattamento pensionistico.

FATTO — Con ricorso depositato in data 30 marzo 2001 il ricorrente, premesso di essere *ex* dipendente delle Ferrovie dello Stato, impugnava il provvedimento in epigrafe in quanto lo stesso, pur ammettendo la dipendenza da causa di servizio dell'infermità "laringectomia sovraglottica" da cui era affetto, gli aveva negato la corresponsione dell'equo indennizzo, richiesto a domanda del 4.2.1982, in quanto tardivamente presentata.

Allegava il ricorrente che, invece, il prefato beneficio avrebbe dovuto essere liquidato *ex officio* dall'Amministrazione.

Acquisiti i provvedimenti *de quibus*, all'udienza in data 5 dicembre 2002 la causa veniva rimessa in decisione.

DIRITTO — Il ricorso in esame va dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione di questo giudice.

Secondo quanto riconosciuto da consolidata giurisprudenza, infatti, l'equo indennizzo, disciplinato dall'art. 68 del DPR 10.1.1957 n. 3 ("Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato"), in caso di infermità del pubblico impiegato che abbia determinato una menomazione della sua integrità fisica e che dipenda da causa di servizio, ha presupposti e finalità diverse e, anzi, contrapposte rispetto a quelle del trattamento pensionistico.

Di conseguenza, poiché trae il proprio fondamento dalla disciplina del rapporto

di impiego, la cui continuazione è presupposto della liquidazione dell'indennizzo *de quo*, la giurisdizione delle controversie in detta materia pertiene al giudice amministrativo (cfr. per tutte sez. IV C.d.C., 22.12.1983, n. 64516, sez. III, 28.4.1994 n. 71142, C.d.C. sez. Lombardia 8.5.1995 n. 394; Corte Cost., sent. 428 del 3.12.1993;).

In conseguenza di quanto precede, va dichiarato il difetto di giurisdizione di questa Corte dei conti.

(Omissis)

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)
A cura di Elisabetta Bergamini
Professore a contratto di diritto dell'Unione europea
Facoltà di Scienze Politiche
Università di Bologna**

I

**SENTENZA DELLA CORTE
6 marzo 2003**

**“Libera circolazione dei lavoratori - Regolamento (CEE) n. 1612/68 -
Vantaggio sociale - Diritto per il coniuge di un lavoratore migrante di
ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel territorio
di uno Stato membro”**

Nel procedimento C-466/00, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dall'Immigration Adjudicator (Regno Unito) nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Arben Kaba* e *Secretary of State for the Home Department*, domanda vertente sull'interpretazione dei principi generali del diritto che informano il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia, nonché dell'art. 7, n. 2, 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),

(Omissis)

Sentenza

1. — Con ordinanza 19 dicembre 2000, pervenuta in cancelleria il 27 dicembre successivo, l'Immigration Adjudicator ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione dei principi generali del diritto che informano il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia, nonché dell'art. 7, n. 2, 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).

(1) I testi delle sentenze riportate nell'Osservatorio sono reperibili, in versione integrale, sul sito ufficiale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, www.curia.eu.int.

2. — Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra il sig. Kaba ed il Secretary of State for the Home Department a proposito del rifiuto di quest'ultimo di concedere al sig. Kaba un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel territorio del Regno Unito.

Contesto normativo

(Omissis)

Normativa nazionale

6. — Le pertinenti disposizioni del diritto nazionale sono l'Immigration Act 1971 (legge del 1971 sull'immigrazione), l'Immigration (European Economic Area) Order 1994 (decreto del 1994 sull'immigrazione proveniente dallo Spazio economico europeo; in prosieguo: l'"EEA Order") e le United Kingdom Immigration Rules (House of Commons Paper 395) (norme sull'immigrazione adottate dal Parlamento del Regno Unito nel 1994; in prosieguo: le "Immigration Rules"), nella versione vigente alla data dei fatti della causa principale. Queste disposizioni disciplinano l'ammissione e il soggiorno nel Regno Unito.

7. — L'EEA Order è stato abrogato dalle Immigration (European Economic Area) Regulations 2000 (regolamenti del 2000 relativi all'immigrazione proveniente dallo Spazio economico europeo). Queste ultime disposizioni non sono tuttavia applicabili alla causa principale.

8. — L'art. 255 delle Immigration Rules disponeva quanto segue:

“Un cittadino del SEE [Spazio economico europeo] (diverso da uno studente) o il componente della sua famiglia che abbia ottenuto un permesso di soggiorno o una carta di soggiorno valida per cinque anni e che sia rimasto per quattro anni nel Regno Unito conformemente alle disposizioni dell'EEA Order e continui a soggiornarvi può, presentando apposita domanda, ottenere che sul suo permesso di soggiorno o sulla sua carta di soggiorno (a seconda dei casi) sia apposta la menzione che egli gode di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito”.

9. — L'art. 287 delle Immigration Rules così recitava:

“Affinché il coniuge di una persona presente e stabilita nel Regno Unito possa ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato è necessario che:

i) il richiedente sia stato ammesso nel territorio del Regno Unito o abbia ricevuto una proroga del suo permesso per un periodo di dodici mesi ed abbia completato un periodo di dodici mesi in qualità di coniuge di una persona presente e stabilita nel Regno Unito; e

ii) il richiedente sia tuttora il coniuge della persona che era stato autorizzato a raggiungere o in relazione alla quale gli era stata concessa una proroga del permesso di soggiorno e il matrimonio sussista ancora; e

iii) ciascuna delle parti intenda vivere con l'altra in modo permanente in qualità di coniuge”.

10. — Ai sensi dell'art. 33, n. 2 A, dell'Immigration Act del 1971, "i riferimenti a una persona stabilita nel Regno Unito significano che tale persona vi è normalmente residente, senza essere sottoposta, in virtù delle leggi sull'immigrazione, ad alcuna restrizione per quanto riguarda il periodo di tempo durante il quale essa può soggiornarvi".

11. — Secondo la pertinente giurisprudenza nazionale, un lavoratore migrante cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea che risiede nel Regno Unito non è, per ciò solo, "stabilito" nel senso di detta disposizione.

12. — Secondo la formulazione dell'art. 2, n. 1, dell'EEA Order, un cittadino dello SEE è un cittadino di uno Stato che è parte contraente dell'accordo 2 maggio 1992 (GU 1994, L 1, pag. 3) sullo Spazio economico europeo, diverso dal Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

13. — Ai sensi dell'art. 4, n. 1, dell'EEA Order, una "persona qualificata" aveva il diritto di risiedere nel Regno Unito per tutto il tempo in cui conservava tale qualità; tale diritto era esteso ai familiari, compreso il coniuge, dall'art. 4, n. 2, dell'EEA Order. Ai sensi dell'art. 6 di quest'ultimo, era una "persona qualificata", in particolare, il cittadino di uno Stato membro dello Spazio economico europeo che svolgeva un'attività lavorativa nel Regno Unito.

(Omissis)

Fatti e causa principale

17. — Il sig. Kaba, cittadino iugoslavo, arrivava nel Regno Unito il 5 agosto 1991. La sua domanda di permesso d'ingresso nel territorio di tale Stato membro per un mese come turista veniva respinta, ma egli non lasciava il Regno Unito. Nel febbraio 1992 veniva presentata a suo nome una domanda di asilo.

18. — Il 4 maggio 1994 il sig. Kaba sposava la sig.ra Michonneau, cittadina francese conosciuta nel 1993 quando la stessa lavorava nel Regno Unito. La coppia ha convissuto fin dal matrimonio. Ritornata temporaneamente in Francia, la sig.ra Michonneau rientrava nel Regno Unito nel gennaio 1994 per cercare un impiego e lo trovava nell'aprile 1994. Nel novembre 1994 la stessa otteneva un permesso di soggiorno della durata di cinque anni, valido fino al 2 novembre 1999. Il sig. Kaba otteneva un permesso di soggiorno nel Regno Unito per lo stesso periodo, in quanto coniuge di una cittadina comunitaria che esercitava nel Regno Unito i diritti che le spettano in base al Trattato CE.

19. — Il 23 gennaio 1996 il sig. Kaba presentava una domanda di permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel territorio del Regno Unito.

20. — Tale domanda veniva respinta con decisione 9 settembre 1996 del Secretary of State for the Home Department. Con lettera 3 ottobre 1996, quest'ultimo spiegava che il sig. Kaba non soddisfaceva le condizioni poste dall'art. 255 delle Immigration Rules poiché sua moglie soggiornava nel Regno Unito, in conformità alle disposizioni dell'EEA Order, solamente da un anno e dieci mesi.

21. — Il 15 settembre 1996 il sig. Kaba presentava un ricorso contro tale decisione

dinanzi all'Immigration Adjudicator, affermando che le disposizioni delle Immigration Rules applicabili alle persone "presenti e stabilite" nel Regno Unito erano più favorevoli di quelle applicabili a sua moglie e a lui stesso.

22. — In tali circostanze l'Immigration Adjudicator ha deciso, con ordinanza 12 settembre 1998 (in prosieguo: la "prima ordinanza di rinvio"), di sospendere il procedimento una prima volta e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se il diritto di chiedere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito ed il diritto di ottenere che tale domanda sia esaminata costituisca un vantaggio sociale ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68.

2) Se il requisito imposto ai coniugi di cittadini comunitari di essere stati residenti nel Regno Unito per quattro anni prima che una domanda volta ad ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito possa essere presentata ed esaminata (v. art. 255 delle Immigration Rules, House of Commons Paper 395), confrontato con il requisito di dodici mesi di residenza prima che una tale domanda possa essere presentata, nel caso di coniugi di cittadini del Regno Unito e di coniugi di coloro che sono presenti e stabiliti nel Regno Unito (art. 287 delle Immigration Rules, House of Commons Paper 395), costituisca un'illecita discriminazione incompatibile con l'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68".

(Omissis)

Nella sentenza 11 aprile 2000, causa C-356/98, Kaba (Racc. pag. I-2623), come rettificata con ordinanza 4 maggio 2001 (non pubblicata nella Raccolta), la Corte ha dichiarato:

"Una normativa di uno Stato membro che impone ai coniugi di lavoratori migranti cittadini di altri Stati membri di aver risieduto per quattro anni nel territorio di detto Stato membro prima di poter richiedere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato e di ottenere l'esame di tale domanda, mentre impone solamente un obbligo di residenza di dodici mesi ai coniugi delle persone stabilite nel detto territorio che non sono soggette a restrizioni riguardo al periodo durante il quale possono soggiornarvi, non costituisce una discriminazione contraria all'art. 7, n. 2, del regolamento (...) n. 1612/68 (...)".

28. — In seguito a tale sentenza, il sig. Kaba ha sostenuto, dinanzi all'Immigration Adjudicator, che le prime conclusioni erano fondate su un'erronea comprensione dei fatti come accertati nella prima ordinanza di rinvio, nonché della relativa normativa nazionale.

29. — Infatti, in primo luogo, egli ritiene che la Corte abbia erroneamente considerato che il permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito fosse sostanzialmente più sicuro o più stabile rispetto allo status di cui beneficiano i cittadini comunitari nell'ambito di tale Stato membro. Secondo l'Immigration Adjudicator, tale qualificazione potrebbe essere stata influenzata dalle dette conclusioni dell'avvocato generale, il quale avrebbe interpretato le osservazioni del governo del Regno Unito nel senso che esse contengono una giustificazione della differenza di trattamento individuata tra una persona come il sig. Kaba ed il coniuge di una persona "presente e stabi-

lita” nel Regno Unito. Ora, tali osservazioni sarebbero in realtà basate sulla comparabilità delle situazioni. La questione della giustificazione non sarebbe stata sollevata nel corso del procedimento dinanzi alla Corte.

30. — In secondo luogo, il sig. Kaba sostiene che l’avvocato generale ha riqualficato i fatti sui quali si fonda la causa principale. L’Immigration Adjudicator condivide tale argomento, in quanto a suo avviso l’unico aspetto problematico che figurava nella prima decisione di rinvio era la differenza tra i periodi di soggiorno richiesti alle due categorie di persone.

31. — L’Immigration Adjudicator osserva che, se il permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito non può essere subordinato ad una condizione espressa quanto alla durata della sua validità, ciò vale anche per il diritto di soggiorno di un lavoratore cittadino di uno Stato membro. Esso ritiene inoltre che, quando una persona titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato lascia il Regno Unito, tale permesso decada, ai sensi dell’art. 3, n. 4, dell’Immigration Act 1971, ed essa debba ottenere un nuovo permesso di ingresso, subordinato alle condizioni fissate all’art. 18 delle Immigration Rules. Esso afferma parimenti che sia i titolari di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito che i lavoratori cittadini comunitari possono essere espulsi da tale Stato membro per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica.

32. — Il sig. Kaba si riferisce inoltre alla prassi costante della direzione della nazionalità dello Home Office (Ministero dell’Interno), che considererebbe i cittadini degli Stati membri come stabiliti nel Regno Unito, il che rappresenta un elemento ulteriore volto a dimostrare che i coniugi di cittadini comunitari si trovano in una situazione paragonabile a quella dei coniugi di cittadini britannici e di persone stabilite nel Regno Unito. Per quanto riguarda quest’ultimo punto, l’Immigration Adjudicator non si pronuncia ulteriormente in quanto non dispone di un’argomentazione completa al riguardo.

33. — In terzo luogo, l’Immigration Adjudicator osserva che l’avvocato generale ha dichiarato, al paragrafo 3 delle sue prime conclusioni, che l’EEA Order non si riferisce ai cittadini britannici né ai loro familiari. Ora, un’affermazione del genere sarebbe inesatta in quanto l’EEA Order, in conformità alla sentenza 7 luglio 1992, causa C-370/90, Singh (Racc. pag. I-4265), si applica a tutti i cittadini britannici e alla loro famiglia quando rientrano nel Regno Unito dopo aver esercitato in un altro Stato membro i diritti derivanti dal Trattato.

(*Omissis*)

35. — L’Immigration Adjudicator esprime inoltre alcune perplessità in merito alla soluzione data alle questioni pregiudiziali nella citata sentenza Kaba.

36. — Ciò premesso, l’Immigration Adjudicator ha deciso di sospendere il procedimento per la seconda volta e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) a) Quali siano gli strumenti di cui dispongono il giudice del rinvio o le parti del procedimento (dinanzi al giudice del rinvio e alla Corte di giustizia) per garantire la rispondenza dell’intero procedimento ai requisiti fissati dall’art. 6 della CEDU, in

modo che sia esclusa qualunque responsabilità per violazione dell'art. 6 della CEDU sia in base alla legislazione nazionale in materia di diritti dell'uomo sia dinanzi alla Corte europea per i diritti dell'uomo;

b) se lo svolgimento del procedimento nel caso in esame sia stato conforme ai requisiti di cui all'art. 6 della CEDU e, in caso contrario, in qual misura ciò possa incidere sulla validità della prima sentenza.

2) L'Immigration Adjudicator ha accertato che il ricorrente è (o sarebbe) soggetto a trattamento diverso rispetto al coniuge di una persona presente e stabilita nel Regno Unito in quanto:

a) il ricorrente — entrato nel Regno Unito in qualità di coniuge di un cittadino comunitario che esercitava il diritto alla libera circolazione — era tenuto a permanere nel territorio del Regno Unito per un periodo di quattro anni prima di poter richiedere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato, mentre

b) il coniuge di un soggetto presente e stabilito nel Regno Unito (indipendentemente dal fatto che si trattasse di una cittadina britannica o della titolare di un permesso di soggiorno nel Regno Unito a tempo indeterminato) avrebbe, dopo un anno, la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato.

Poiché nessun elemento probatorio (o argomento) relativo alla giustificazione del diverso trattamento del ricorrente rispetto ad un tal coniuge di persona presente e residente è stato mai dedotto dinanzi al giudice del rinvio né all'udienza dalla quale è scaturita l'ordinanza di rinvio 25 settembre 1998 né nelle osservazioni scritte o orali presentate dal resistente dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee né, infine, all'udienza da cui è scaturita la presente ordinanza di rinvio, malgrado l'invito da parte dell'Adjudicator a presentare un'argomentazione completa, l'Immigration Adjudicator chiede:

i) indipendentemente dalla soluzione della prima questione sopra indicata, se la sentenza della Corte 11 aprile 2000 nella causa in esame (causa C-356/98) debba essere interpretata nel senso che, alla luce delle circostanze della specie, vi è stata una discriminazione contraria all'art. 39 CE e/o all'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68.

ii) Se, in esito a un nuovo inquadramento dei fatti, sussista una discriminazione contraria all'art. 39 CE e/o all'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68".

Sulle questioni pregiudiziali

37. — Per poter dare al giudice del rinvio una risposta utile, occorre cominciare dalla seconda questione posta.

Sulla seconda questione

38. — Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se la soluzione data dalla Corte alle questioni pregiudiziali nella citata sentenza Kaba sarebbe stata differente ove la Corte avesse considerato, da una parte, il fatto che la situazione, nel diritto nazionale, del coniuge di un lavoratore migrante cittadino di uno Stato

membro diverso dal Regno Unito e quella del coniuge di una persona “presente e stabilita” nel Regno Unito sono paragonabili sotto tutti i punti di vista, salvo per quanto riguarda la durata del periodo di soggiorno, anteriore alla domanda, richiesto ai fini della concessione di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel territorio del Regno Unito e, dall'altra parte, che le autorità competenti del Regno Unito non hanno fatto valere alcun argomento per giustificare una tale differenza di trattamento.

(Omissis)

45. — Ne consegue che l'accertamento, da parte di un giudice nazionale, che due categorie di persone si trovano in una situazione paragonabile dal punto di vista del diritto nazionale non osta a che la Corte consideri, se del caso, che queste due categorie presentano differenze per quanto riguarda il diritto comunitario.

46. — Nel caso di specie la Corte ha dichiarato, al punto 30 della citata sentenza Kaba, che, allo stato attuale del diritto comunitario, il diritto di soggiorno dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro non è incondizionato. A tale riguardo essa si è riferita, da un lato, alle disposizioni in tema di libera circolazione delle persone contenute nel titolo III della terza parte del Trattato e alle disposizioni di diritto derivato adottate per la loro attuazione e, dall'altro, alle disposizioni della seconda parte del Trattato, più in particolare all'art. 8 A del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 18 CE), il quale, pur conferendo ai cittadini dell'Unione il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, rinvia espressamente alle limitazioni e alle condizioni previste dal Trattato e dalle disposizioni adottate per la sua attuazione.

47. — Occorre aggiungere che, per quanto riguarda più precisamente la situazione di un lavoratore migrante cittadino di Stato membro, il suo diritto di soggiorno non è incondizionato, in quanto è subordinato al mantenimento dello status di lavoratore o, se del caso, di persona in cerca di occupazione (v., a tale riguardo, sentenza 26 febbraio 1991, causa C-292/89, Antonissen, Racc. pag. I-745), salvo che tale diritto gli spetti in virtù di altre disposizioni del diritto comunitario.

48. — Per contro, dalle informazioni fornite alla Corte sulla normativa nazionale in questione nella causa principale, emerge che una persona “presente e stabilita” nel Regno Unito non è assoggettata ad alcuna restrizione per quanto riguarda la durata del periodo in cui essa può soggiornare nel territorio di tale Stato membro, e che essa, nel corso del suo soggiorno, non deve soddisfare alcuna condizione paragonabile a quelle previste dalle disposizioni del diritto comunitario menzionate al punto 46 della presente sentenza.

49. — Ne consegue che il diritto di soggiorno conferito da queste ultime disposizioni ai cittadini di altri Stati membri non è paragonabile sotto tutti i punti di vista a quello di cui gode una persona “presente e stabilita” nel Regno Unito in forza della legislazione di tale Stato membro.

50. — Poiché il diritto di soggiorno di queste due categorie di persone non è paragonabile sotto tutti i punti di vista, non lo è neppure la situazione dei loro coniugi, in particolare per quanto riguarda la questione della durata del periodo di soggiorno alla fine

del quale può essere loro conferito un diritto di soggiornare a tempo indeterminato nel territorio del Regno Unito.

(Omissis)

Per questi motivi, LA CORTE, pronunciandosi sulle questioni sottopostele dall'Immigration Adjudicator con ordinanza 19 dicembre 2000, dichiara:

La soluzione data dalla Corte alle questioni pregiudiziali nella sentenza 11 aprile 2000, causa C-356/98, Kaba, non sarebbe stata diversa se la Corte avesse tenuto conto del fatto che la situazione, nel diritto nazionale, del coniuge di un lavoratore migrante cittadino di uno Stato membro diverso dal Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e quella del coniuge di una persona “presente e stabilita” nel Regno Unito sono, secondo il giudice del rinvio, paragonabili sotto tutti i punti di vista salvo che per quanto riguarda la durata del periodo di soggiorno, anteriore alla domanda, richiesto ai fini della concessione di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel territorio del Regno Unito. Atteso che le situazioni non sono paragonabili in diritto comunitario, la questione se una tale differenza di trattamento possa essere giustificata non è pertinente.

Con la pronuncia del 6 marzo 2003, la Corte di giustizia è tornata per la seconda volta ad affrontare la questione della normativa del Regno Unito in tema di diritto di soggiorno per i coniugi dei lavoratori migranti.

Già con la prima sentenza Kaba, (sentenza del 11 aprile 2000, causa C-356/98, in Racc 2000, p.I-2623) la Corte aveva avuto modo di pronunciarsi sul punto, giungendo a ritenere la normativa in questione come non discriminatoria.

La questione riguardava le Immigration Rules, in base alle quali il Sig. Kaba richiedeva un permesso di soggiorno definitivo in qualità di coniuge di un cittadino di uno Stato membro (essendo egli cittadino iugoslavo coniugato con una cittadina francese). Tale permesso gli veniva negato in quanto la moglie risiedeva nel Regno Unito solo da un anno e dieci mesi, anziché quattro anni, come richiesto dalla normativa vigente al momento. Egli contesta il carattere discriminatorio di tale disposizione, in quanto più restrittiva di quella prevista per le persone “presenti e stabilite” nel Regno Unito, alle quali veniva richiesto di provare un periodo di residenza di un solo anno per l'accoglimento della richiesta di permesso definitivo a favore del coniuge.

Le argomentazioni portate dal Sig. Kaba non hanno però convinto, né l'Avvocato generale La Pergola (conclusioni presentate il 30 settembre 1999) né la Corte che ha ritenuto che la normativa non costituisse una discriminazione contraria all'articolo 7, n. 2 del reg.1612/68.

Ciò ha portato a due conseguenze. Da una parte il Sig Kaba ha presentato ricorso contro il Regno Unito davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ricorso nel quale contesta come erronea la

qualificazione fornita dalla Corte e qualifica come contraria al diritto di difesa del ricorrente la mancata riapertura della fase orale, richiesta dal Sig. Kaba successivamente alla presentazione delle conclusioni dell'Avvocato generale alle quali egli pretendeva di replicare (sull'impossibilità di siffatta riapertura si vedano le regole di procedura della Corte reperibili sul sito www.curia.eu.int). Dall'altra parte l'Immigration Adjudicator (giudice di rinvio) ha ritenuto necessario provvedere ad un nuovo rinvio pregiudiziale sulla questione. In particolare tale rinvio solleva sia le esigenze di tutela dei diritti dell'uomo da parte della Corte e del giudice stesso, sia le medesime questioni sollevate dal precedente rinvio, riformulate in maniera più precisa.

L'Avvocato generale, nelle sue conclusioni presentate l'11 luglio 2002, giunge a conclusioni analoghe a quelle della prima sentenza della Corte, affermando che non si è in presenza di una discriminazione contrastante con l'art.39 del Trattato CE o con l'art.7 n.2 del regolamento CEE del Consiglio 1612/68 (15 ottobre 1968, in GUCE L257, p.2) relativo alla libera circolazione dei lavoratori. Non è possibile infatti parlare dell'esistenza di una discriminazione in quanto le due situazioni (lavoratore migrante comunitario e soggetto "presente e stabilito" nel Regno Unito) non sono comparabili. La Corte conferma tale interpretazione ritenendo il soggetto stabilito come dotato di un forte legame con il paese ospitante, nel quale ha trascorso un periodo ininterrotto di quattro anni, situazione questa che giustifica la differenza nel trattamento del coniuge di questi e determina l'assenza di discriminazione giustificata in base a tale vincolo preferenziale. (Per un esame all'atteggiamento della Corte nella prima pronuncia, e quindi, indirettamente, anche a questa ultima sentenza, vedi Barrett, Family matters: European Community Law and Third-Country Family Members, in Common Market Law Review, 2003, p. 396. Per una critica accesa si veda Peers, Dazed and confused: Family members' residence rights and the Court of Justice, in European Law Review, 2001, p. 76).

Quanto alla questione della possibile configurazione del diritto del coniuge ad ottenere il permesso di soggiorno a tempo determinato quale vantaggio sociale, la Corte, pur non pronunciandosi espressamente, sembra accettare le argomentazioni favorevoli presentate dall'Avvocato generale e basate sulla costante giurisprudenza della Corte (per un esame della nozione di vantaggio sociale ai sensi del reg. 1612/68, si veda, da ultimo Ellis, Social advantages: a new lease of life?, in Common Market Law Review, 2003, p.639)

In riferimento alla presunta violazione dei diritti della difesa, la Corte ritiene non necessario procedere all'analisi di tale questione, affrontata invece dalla Avvocato generale il quale richiama, relativamente al ruolo dell'Avvocato stesso, l'ordinanza Emesa Sugar (4 febbraio 2000, C-17/98, in Racc. 1998, p.I-675. Sul ruolo dell'Avvocato generale si veda Barav, Le Commissarie du Gouvernement près le Consuil d'État français et l'Avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes, in Rev. int. droit comp., 1974, p. 809, e Condinanzi, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria* Milano 1996, p. 140 ss.) ed afferma che "concedere alle parti l'ultima parola nel procedimento impedirebbe all'avvocato generale di realizzare la funzione per la quale la sua figura è stata concepita" (conclusioni, punto 110).

SENTENZA DELLA CORTE
11 marzo 2003

“Non applicazione del diritto comunitario all’obbligo di leva - Parità di trattamento tra uomini e donne - Art. 2 della direttiva 76/207/CEE - Limitazione agli uomini dell’obbligo di leva in Germania - Non applicabilità della direttiva”

Nel procedimento C-186/01, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell’art. 234 CE, dal Verwaltungsgericht Stuttgart (Germania), nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Alexander Dory* e *Bundesrepublik Deutschland* domanda vertente sull’interpretazione dell’art. 2 della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40), e, più in generale, sulla compatibilità con il diritto comunitario della limitazione agli uomini dell’obbligo di leva in Germania,

(Omissis)

Sentenza

1. — Con ordinanza 4 aprile 2001, pervenuta in cancelleria il successivo 30 aprile, il Verwaltungsgericht Stuttgart (Tribunale amministrativo di Stoccarda) ha sottoposto alla Corte, a norma dell’art. 234 CE, una questione pregiudiziale vertente sull’interpretazione dell’art. 2 della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40) e, più in generale, sulla compatibilità con il diritto comunitario della limitazione agli uomini dell’obbligo di leva in Germania.

2. — Tale questione è stata sollevata nell’ambito di una controversia tra il sig. Dory e la Bundesrepublik Deutschland in merito ad una decisione del Kreiswehrrersatzamt Schwäbisch Gmünd (ufficio distrettuale di leva di Schwäbisch Gmünd; in prosieguo: il “KSG”), che gli negava l’esonero dall’arruolamento nell’esercito e dall’obbligo di leva.

Quadro normativo

Diritto comunitario

(Omissis)

8. — La direttiva 76/207 dispone al suo art. 1, n. 1:

“Scopo della presente direttiva è l’attuazione negli Stati membri del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, ivi compresa la promozione, e l’accesso alla formazione professionale, nonché le condizioni di lavoro e, alle condizioni di cui al paragrafo 2, la sicurezza sociale. (...)”

9. — L’art. 2, nn. 1-3, della stessa direttiva è formulato come segue:

“1. — Ai sensi delle seguenti disposizioni il principio della parità di trattamento implica l’assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia.

2. — La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escluderne dal campo di applicazione le attività professionali ed eventualmente le relative formazioni, per le quali, in considerazione della loro natura o delle condizioni per il loro esercizio, il sesso rappresenti una condizione determinante.

3. — La presente direttiva non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità”.

10. — Ai sensi dell’art. 3, n. 1, della direttiva 76/207:

“L’applicazione del principio della parità di trattamento implica l’assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività, e a tutti i livelli della gerarchia professionale”.

Legislazione nazionale

11. — In forza dell’art. 12a del Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, nella versione pubblicata nel BGBl 2000 I pag. 1755; in prosieguo: il “Grundgesetz”):

“1. — Gli uomini a partire dai diciotto anni compiuti possono essere obbligati a prestare servizio nelle forze armate, nella polizia confinaria federale o in un’organizzazione di protezione civile.

(...)

4. — Se, nel caso di proclamazione dello stato di difesa, il fabbisogno di prestazioni di servizi civili nei settori sanitari e medici e nell’organizzazione ospedaliera militare stabile non viene interamente ricoperto su base volontaria, le donne, fra i diciotto e i cinquantacinque anni compiuti, possono essere assegnate alle anzidette prestazioni di servizi da una legge o sulla base d’una legge. Esse non debbono in alcun caso prestare servizi armati”.

12. — Il Wehrpflichtgesetz (legge federale sull’obbligo di leva) nella versione del 15 dicembre 1995, applicabile dal 1° gennaio 1996 (BGBl. 1995 I, pag. 1756; in prosieguo: la “legge sull’obbligo di leva”), dispone, al n. 1 dell’art. 1, intitolato “Legge sull’obbligo di leva: obbligo generale di leva”:

“Sono obbligati al servizio di leva in Germania tutti gli uomini che abbiano compiuto i diciotto anni e che siano cittadini tedeschi ai sensi del Grundgesetz (...)”.

(Omissis)

Controversia principale e questione pregiudiziale

14. — Il sig. Dory è nato il 15 giugno 1982. Dopo aver ricevuto nel settembre 1999 un formulario per la preparazione alla visita di leva, egli chiedeva al KSG di essere esonerato dall'arruolamento nell'esercito e dall'obbligo di leva. A sostegno della sua domanda egli faceva valere che la legge sull'obbligo di leva era in contrasto con il diritto comunitario e richiama la sentenza 11 gennaio 2000, causa C-285/98, Kreil (Racc. pag. I-69), con cui la Corte ha deciso che le donne non possono essere escluse dall'accesso agli impieghi nell'esercito tedesco.

15. — Con decisione 3 febbraio 2000, il KSG respingeva questa domanda rilevando che la citata sentenza Kreil riguardava solo l'accesso volontario delle donne alle carriere nelle forze armate, ma non la questione dell'obbligo di leva e che tale obbligo continuava a rientrare nell'ambito della sola competenza degli Stati membri.

16. — Il ricorso del sig. Dory contro questa decisione veniva respinto dalla Wehrbereichsverwaltung (amministrazione militare). L'interessato ha allora adito il Verwaltungsgericht Stuttgart dinanzi al quale ha sostenuto che la circostanza che le donne abbiano un diritto di accesso agli impieghi militari, conformemente alla citata sentenza Kreil, ma che esse siano esonerate dall'obbligo di leva, mentre gli uomini vi sono soggetti, è contraria al principio di uguaglianza e costituisce una discriminazione illegittima a svantaggio degli uomini.

17. — La convenuta nel procedimento principale ha sostenuto che nessuna disposizione del Trattato CE permette di considerare l'obbligo di leva come un'attività rientrante nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. L'organizzazione di questo servizio spetterebbe alla competenza di ogni Stato membro. Né gli artt. 3, n. 2, CE e 13 CE, che non fonderebbero in quanto tali una competenza per la Comunità ma definirebbero semplicemente le modalità di esercizio di competenze conferite da altre disposizioni, né l'art. 141 CE e la direttiva 76/207, che riguarderebbero solo le attività professionali, potrebbero trovare applicazione nella fattispecie di cui al procedimento principale.

18. — Il Verwaltungsgericht Stuttgart ha nutrito dubbi su questi ultimi argomenti. Esso ha sottolineato, da una parte, facendo riferimento alla sentenza 7 dicembre 2000, causa C-79/99, Schnorbus (Racc. pag. I-10997), che la prestazione del servizio militare ritarderebbe l'accesso degli uomini al lavoro e alla formazione professionale e potrebbe conseguentemente costituire una discriminazione fondata sul sesso ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207. Dall'altra parte, esso ha ritenuto che questa diversità di trattamento potrebbe tuttavia essere giustificata come vantaggio specifico per le donne, che compensi in parte i periodi di interruzione di lavoro collegati alla maternità e all'educazione dei figli.

19. — Considerato quanto precede, il Verwaltungsgericht Stuttgart ha considerato necessario che la Corte precisi la portata del diritto comunitario sulla materia. Esso ha quindi sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

“Tenuto conto in particolare dell'interpretazione dell'art. 2 della direttiva (...)

76/207/CEE (...), se il servizio militare tedesco obbligatorio per i soli uomini sia contrario al diritto comunitario”.

20. — Il 26 settembre 2001 il sig. Dory riceveva una cartolina precetto che lo obbligava a iniziare il servizio militare tra il 1° e il 5 novembre 2001.

21. — Con lettere del 28 settembre 2001 il sig. Dory ha proposto una domanda di provvedimenti provvisori dinanzi al giudice del rinvio e dinanzi alla Corte per ottenere la sospensione dell'esecuzione della cartolina precetto. Con ordinanza 19 ottobre 2001 il giudice del rinvio ha accolto questa domanda. Con ordinanza 24 ottobre 2001, causa C-186/01 R, Dory (Racc. pag. I-7823), la Corte ha dichiarato irricevibile la domanda di provvedimenti provvisori.

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni presentate alla Corte

22. — Il sig. Dory fa valere che l'obbligo di leva ha l'effetto di vietare l'esercizio di una professione durante il periodo in cui esso viene assolto e di ritardare l'accesso alla vita professionale. L'obbligo di leva rientrerebbe quindi nel campo di applicazione della direttiva 76/207 e costituirebbe una discriminazione vietata da questa. Esso sarebbe, in ogni caso, contrario al principio generale di parità tra gli uomini e le donne enunciato all'art. 3, n. 2, CE.

23. — Il governo tedesco sottolinea, da una parte, che l'obbligo di leva ha un'importanza fondamentale nella Repubblica federale di Germania. Dando vita ad uno stretto contatto tra le forze armate e la popolazione e garantendo così la trasparenza democratica dell'apparato militare, il detto obbligo sarebbe un vettore d'integrazione interna, in particolare tra le giovani generazioni dei vecchi e dei nuovi Länder. Gli effettivi necessari alla difesa del territorio in tempo di conflitto non sarebbero sufficienti senza i riservisti provenienti dalla cerchia degli obbligati alla leva.

24. — Il governo tedesco sostiene, dall'altra parte, che l'obbligo di leva fa parte dell'organizzazione delle forze armate, ambito essenziale dei pubblici poteri che è rimasto di competenza degli Stati membri. Esso considera che questa analisi è stata svolta dalla Corte nelle sentenze 26 ottobre 1999, causa C-273/97, Sirdar (Racc. pag. I-7403, punto 15) e Kreil, citata, (punto 15).

25. — In ogni caso, esso fa valere che la limitazione dell'obbligo di leva agli uomini, anche supponendo che questo obbligo possa rientrare nel campo di applicazione del Trattato e della direttiva 76/207, non è contraria al diritto comunitario. Anzitutto, l'art. 3, n. 2, CE, secondo cui la Comunità persegue lo scopo di promuovere la parità tra uomini e donne, sarebbe applicabile solo agli specifici provvedimenti adottati dalla Comunità sulla base di altri fondamenti normativi. Inoltre, l'art. 13 CE non avrebbe effetto diretto e legittimerebbe il Consiglio ad adottare provvedimenti per combattere le discriminazioni sulla base del sesso solo nell'ambito delle competenze conferitegli dal Trattato. Infine, l'art. 141 CE e la direttiva 76/207 regolerebbero solo i rapporti di lavoro risultanti da un accordo tra un dato-

re di lavoro e un lavoratore, sì che essi non sarebbero applicabili ad un generale obbligo di servizio come l'obbligo di leva.

(Omissis)

Risposta della Corte

29. — Determinare se la limitazione agli uomini dell'obbligo di leva sia o meno compatibile con il principio di parità di trattamento tra uomini e donne, come sancito dal diritto comunitario, presuppone che siano precedentemente definite le condizioni nelle quali questo diritto si applica alle attività relative all'organizzazione delle forze armate.

30. — I provvedimenti che gli Stati membri adottano in materia non sono sottratti nel loro insieme all'applicazione del diritto comunitario per il solo fatto che essi intervengano nell'interesse della sicurezza pubblica o della difesa nazionale.

31. — Infatti, come la Corte ha già affermato, il Trattato prevede deroghe da applicare in situazioni che possono compromettere la pubblica sicurezza soltanto negli artt. 30 CE, 39 CE, 46 CE, 58 CE, 64 CE, 296 CE e 297 CE, che riguardano ipotesi eccezionali chiaramente delimitate. Non è lecito dedurre una riserva generale, inerente al Trattato, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto comunitario qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza. L'ammettere l'esistenza di una riserva del genere, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal Trattato, rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto comunitario (v., in tal senso, sentenze 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston, Racc. pag. 1651, punto 26; Sirdar, citata, punto 16 e Kreil, citata, punto 16).

32. — Ora, la nozione di pubblica sicurezza, ai sensi degli articoli del Trattato di cui al punto precedente, comprende tanto la sicurezza interna degli Stati membri, come nel caso cui si riferisce la citata sentenza Johnston, quanto la loro sicurezza esterna, come nel caso di cui alla citata sentenza Sirdar (v., in tal senso, sentenze 4 ottobre 1991, causa C-367/89, Richardt e "Les Accessoires Scientifiques", Racc. pag. I-4621, punto 22; 17 ottobre 1995, causa C-83/94, Leifer e a., Racc. pag. I-3231, punto 26; Sirdar, citata, punto 17 e Kreil, citata, punto 17).

33. — Inoltre, talune delle deroghe previste dal Trattato riguardano solo le norme relative alla libera circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi, e non le disposizioni in materia sociale del Trattato, fra le quali rientra il principio della parità di trattamento tra uomini e donne. Secondo una costante giurisprudenza, tale principio ha una portata generale e la direttiva 76/207 si applica ai rapporti d'impiego nel settore pubblico (v., in questo senso, sentenze 21 maggio 1985, causa 248/83, Commissione/Germania, Racc. pag. 1459, punto 16; 2 ottobre 1997, causa C-1/95, Gerster, Racc. pag. I-5253, punto 18; Sirdar, citata, punto 18 e Kreil, citata, punto 18).

(Omissis)

34. — La decisione della Repubblica federale di Germania di garantire in parte la sua difesa tramite un obbligo di leva è l'espressione di una tale scelta di organizzazione militare a cui il diritto comunitario di conseguenza non è applicabile.

40. — È vero che la limitazione agli uomini dell'obbligo di leva comporta di norma per gli interessati un ritardo nell'evoluzione della loro carriera professionale, anche se il servizio militare consente a taluni dei chiamati alla leva di acquisire una formazione complementare o di accedere successivamente alla carriera militare.

41. — Tuttavia, il ritardo nella carriera professionale dei chiamati alla leva è una conseguenza inevitabile della scelta compiuta dallo Stato membro in materia di organizzazione militare e non implica che questa scelta rientri nel campo di applicazione del diritto comunitario. Infatti, l'esistenza di ripercussioni sfavorevoli sull'accesso al lavoro non può avere come effetto, senza invadere le competenze proprie degli Stati membri, di costringere lo Stato membro interessato o ad estendere alle donne l'obbligo in cui consiste il servizio militare e quindi ad imporre loro gli stessi svantaggi in materia di accesso al lavoro, o a sopprimere l'obbligo di leva.

(Omissis)

Per questi motivi, LA CORTE pronunciandosi sulla questione sottoposta dal Verwaltungsgericht Stuttgart, con ordinanza 4 aprile 2001, dichiara:

Il diritto comunitario non osta a che l'obbligo di leva sia riservato agli uomini.

La sentenza Dory rappresenta il proseguimento della giurisprudenza della Corte in materia di parità di trattamento uomo-donna e accesso all'esercito.

Già in più casi la Corte aveva avuto modo di pronunciarsi sulla compatibilità col diritto comunitario di norme nazionali che non consentivano alle donne di accedere a determinati impieghi all'interno dell'esercito. Ciò è avvenuto col caso Kreil (sentenza 11 gennaio 2000, causa C-285/98, in Racc. 2000, p.I-69) nel quale la Corte ha sancito l'impossibilità di un'esclusione generale delle donne da impieghi nell'esercito tedesco, e col caso Sirdar (sentenza 26 ottobre 1999, causa C-273/97, in Racc. 1999 p-I-7403) nel quale l'esclusione dal corpo britannico dei Royal Marines è stata considerata giustificata a causa delle peculiarità di tale settore dell'esercito.

Il Sig. Dory si appella alla sopracitata giurisprudenza della Corte per sostenere il carattere discriminatorio ai sensi dell'art.2 della direttiva 76/207, (in GUCE L39, p.40), e delle disposizioni del Trattato della normativa tedesca che prevede a carico dei soli uomini (e non delle donne) l'obbligo di leva . (sulla parità di trattamento si veda Mori, La parità tra uomo e donna nel trattato di Amsterdam, in Il diritto

dell'Unione europea, 1998, p.571, e Radighieri, *Nuove prospettive per la parità fra i sessi?*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, a cura di Lucia Serena Rossi, Milano 2002),

L'Avvocato generale (conclusioni presentate il 24 ottobre 2001) solleva dubbi sulla possibilità di far rientrare l'obbligo di leva nella nozione di "impiego" contenuta nella dir. 76/207, trattandosi di un obbligo imposto unilateralmente dallo Stato e senza diritto ad una retribuzione, dovendosi sottolineare come la direttiva sia rivolta alle sole norme nazionali che disciplinano l'accesso o le condizioni di lavoro.

Il ricorrente richiede alla Corte anche un provvedimento provvisorio di sospensione della chiamata all'obbligo di leva che egli aveva ricevuto dalla competente autorità tedesche, sospensione che non gli viene accordata (ordinanza del Presidente della Corte, 24 ottobre 2001, causa C-186/01 R) in quanto dichiarata irricevibile nell'ambito di un rinvio pregiudiziale e di competenza del giudice nazionale (sui provvedimenti provvisori si veda il caso *Zuckerfabrik*, sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, in *Racc.* 1991, p-I-415).

La Corte aveva avuto la possibilità di pronunciarsi sulla questione del carattere discriminatorio dell'obbligo di leva per i soli uomini nel caso *Schnorbus* (sentenza 7 dicembre 2000, causa C-79/99, in *Racc.* 2000, p.I-10997), nel quale aveva evitato di rispondere alla questione posta, affermando però che la prestazione del servizio militare, in quanto causa per gli uomini di un ritardo nell'accesso al mondo del lavoro, potrebbe giustificare una normativa nazionale volta a compensare tali ritardi nell'accesso al lavoro.

La questione viene finalmente risolta dalla Corte nel caso *Dory*, qui esaminato, in senso negativo. Pur richiamando la sentenza *Kreil*, l'equiparazione col caso in esame non poteva essere completa in quanto questo precedente esulava dalla questione della prestazione del servizio di leva obbligatorio, attinendo alla possibilità di entrare a far parte dell'esercito nell'ambito di un rapporto di lavoro e in maniera volontaria. La Corte, pur non accogliendo le argomentazioni portate dalla Commissione circa l'estraneità per principio di ogni questione relativa alla difesa dal campo di applicazione del diritto comunitario, giunge alla medesima conclusione, affermando che la nozione di sicurezza non è completamente estranea al diritto comunitario (si pensi alle eccezioni alla libera circolazione contenute nelle relative disposizioni del trattato), ma che, al contempo, gli Stati mantengono, in materia di difesa nazionale una competenza diretta a garantire la sicurezza interna ed esterna. (per un breve commento si veda *Foro it.* N.4/2003, IV p.148-149; quanto alla giurisprudenza italiana sul punto si veda ad esempio, sull'accesso delle donne alle bande musicali nell'esercito, *Corte Cost.* 19 maggio 1994, n.188, in *Foro it.* 1994, I- 2036).

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)
20 marzo 2003

“Politica sociale - Parità di trattamento tra uomini e donne - Regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età - Direttiva 76/207/CEE - Discriminazione indiretta - Giustificazione oggettiva”.

Nel procedimento C-187/00, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dall'Arbeitsgericht Hamburg (Germania) nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Helga Kutz-Bauer e Freie und Hansestadt Hamburg*, domanda vertente sull'interpretazione degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40),

(*Omissis*)

Sentenza

1. — Con ordinanza 3 maggio 2000 e con ordinanza integrativa 29 giugno 2000, pervenute in cancelleria il 19 maggio e, rispettivamente, il 4 luglio 2000, l'Arbeitsgericht Hamburg ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40).

2. — Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia che oppone la sig.ra Kutz-Bauer alla Freie und Hansestadt Hamburg (in prosieguo: la “città di Amburgo”) per non essere stata ammessa al regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età previsto da un contratto collettivo applicabile al pubblico impiego.

Normativa comunitaria

(*Omissis*)

5. — L'art. 5 della direttiva 76/207 dispone:

“1. — L'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso.

2. A tal fine, gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché:
- a) siano soppresse le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento;
 - b) siano nulle, possano essere dichiarate nulle o possano essere modificate le disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento contenute nei contratti collettivi o nei contratti individuali di lavoro, nei regolamenti interni delle imprese nonché negli statuti delle professioni indipendenti;
 - c) siano riesaminate quelle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento, originariamente ispirate da motivi di protezione non più giustificati; per le disposizioni contrattuali di analoga natura, le parti sociali siano sollecitate a procedere alle opportune revisioni”.

(Omissis)

8. — L'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 79/7 stabilisce che questa non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escludere dal suo campo di applicazione la fissazione del limite di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro e le conseguenze che possono derivarne per altre prestazioni.

Normativa tedesca

9. — In Germania, i regimi delle pensioni di vecchiaia e di lavoro a tempo parziale per motivi di età sono disciplinati ai livelli federale e regionale. Esse costituiscono pure oggetto di contratti collettivi.

Disposizioni tedesche relative alla pensione

10. — Le condizioni per la maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia sono stabilite nel libro VI del Sozialgesetzbuch (codice sociale tedesco; in prosieguo: il “SGB VI”).

11. — L'art. 35 del SGB VI, relativo alla pensione di vecchiaia ordinaria, dispone:

“Gli assicurati hanno diritto a una pensione di vecchiaia

- 1) qualora abbiano compiuto il 65° anno di età
- 2) ed abbiano osservato il periodo minimo di contribuzione”.

12. — L'art. 38 del SGB VI, nella versione vigente fino al 31 dicembre 1999, disciplinava la pensione di vecchiaia per disoccupazione e a seguito di lavoro a tempo parziale per ragioni di età. Esso stabiliva che gli assicurati avevano diritto ad una pensione di vecchiaia qualora, in particolare, avessero compiuto i 60 anni, esercitato un'attività di lavoro a tempo parziale per ragioni di età per 24 mesi di calendario ed osservato un periodo minimo di contribuzione di 15 anni.

13. — L'art. 39 del SGB VI, nella versione in vigore fino al 31 dicembre 1999,

prevedeva che gli assicurati di sesso femminile avessero diritto ad una pensione di vecchiaia qualora, in particolare, avessero compiuto l'età di 60 anni.

14. — Ai sensi dello *Hamburgisches Ruhegeldgesetz* (legge del Land di Amburgo sulla pensione di vecchiaia), i lavoratori di sesso maschile devono lavorare sino al compimento del 65° anno di età per fruire di una pensione di vecchiaia al tasso pieno erogata dal regime legale, mentre i lavoratori di sesso femminile hanno diritto ad una siffatta pensione al tasso pieno fin dal compimento del 60° anno d'età.

15. — Lo *Hamburgisches Ruhegeldgesetz* prevede che la riscossione da parte delle donne di una pensione di vecchiaia al tasso pieno non appena ne abbiano la possibilità non abbia come conseguenza una riduzione o la sospensione della loro pensione integrativa.

Norme tedesche relative al lavoro a tempo parziale per motivi di età

16. — Il regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età è disciplinato dall'*Altersteilzeitgesetz* (legge sul lavoro a tempo parziale per ragioni di età) del 23 luglio 1996 (in prosieguo: l'"*AltTZG*", BGBl. 1996 I, pag. 1078).

17. — Dall'art. 1, n. 1, dell'*AltTZG* risulta che questo mira a facilitare ai lavoratori di una certa età il passaggio progressivo dalla vita attiva alla pensione.

18. — Ai sensi dell'art. 1, n. 2, dell'*AltTZG*, il *Bundesanstalt für Arbeit* (Ufficio federale del lavoro; in prosieguo: il "Bundesanstalt") sostiene, mediante prestazioni previste da tale legge, il lavoro a tempo parziale dei lavoratori che, non oltre il 1° luglio 2004, riducono l'orario di lavoro una volta raggiunti i 55 anni di età e consentono quindi l'assunzione di lavoratori che, in mancanza, si troverebbero disoccupati.

19. — In conformità alle disposizioni dell'*AltTZG*, il lavoro a tempo parziale per motivi di età può o assumere la forma di una riduzione uniforme dell'orario di lavoro sull'intero periodo considerato o rientrare nella formula "in blocco" secondo cui un periodo lavorato a tempo pieno è seguito da un periodo durante il quale il lavoratore conserva il suo status di dipendente anche se cessa di lavorare.

20. — Ai sensi dell'art. 2, n. 1, sub. 1 e 2, dell'*AltTZG*, le prestazioni sono concesse a lavoratori che abbiano compiuto i 55 anni di età e che abbiano concluso con il loro datore di lavoro un accordo che comprenda almeno il periodo che va fino al momento in cui essi hanno diritto ad una pensione di vecchiaia e che riduce il loro orario di lavoro.

21. — Ai sensi dell'art. 3, n. 1, sub 2 e 3, dell'*AltTZG*, un datore di lavoro è tenuto ad assumere un disoccupato perché lavori o a fianco del lavoratore posto in regime di lavoro a tempo parziale per motivi d'età o, se il lavoratore ha fruito del regime di lavoro a tempo parziale "in blocco", successivamente al collocamento in pensione del suddetto lavoratore.

22. — Il ricorso al regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età viene incoraggiato, da una parte, con una retribuzione più alta, pari almeno al 70% dello stipendio netto a tempo pieno a norma dell'art. 3, n. 1, sub 1, lett. a), dell'*AltTZG*.

23. — Dall'altra, in forza dell'art. 4 di tale legge, il *Bundesanstalt für Arbeit* rimborsa le spese sostenute dal datore di lavoro a causa dell'aumento della retribuzione del lavoratore a tempo parziale e dei contributi previdenziali.

24. — Tuttavia, tali spese non vengono rimborsate nel caso in cui il datore di lavoro non soddisfi le condizioni di cui all'art. 3, n. 1, sub 2 e 3, dell'AltTZG quanto all'assunzione di un disoccupato. Inoltre, ai sensi dell'art. 8, n. 2, della stessa legge, un datore di lavoro non è dispensato dall'obbligo di pagare al lavoratore la retribuzione più elevata prevista dall'art. 3, n. 1, sub 1, lett. a), dell'AltTZG ove non soddisfi più le condizioni per essere rimborsato dal Bundesanstalt.

25. — Dall'art. 5, n. 1, dell'AltTZG risulta che l'intervento finanziario del Bundesanstalt cessa, in particolare, quando il lavoratore compie il 65° anno di età o alla data in cui può aver diritto ad una pensione di vecchiaia a tasso pieno.

26. — Il Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit (contratto collettivo relativo al lavoro a tempo parziale per motivi di età) del 5 maggio 1998 (in prosieguo: il "TV ATZ") costituiva il contratto collettivo sul lavoro a tempo parziale per motivi di età applicabile al pubblico impiego al momento dei fatti del procedimento principale. Esso è stato stipulato in considerazione delle possibilità offerte dall'AltTZG.

27. — Il preambolo del TV ATZ è formulato come segue:

"Le parti al contratto mirano, mediante tale contratto, a consentire ai dipendenti di una certa età il passaggio graduale dalla vita attiva alla pensione ed a creare, in tal modo, possibilità di assunzione per dipendenti in formazione (apprendisti) e disoccupati".

28. — Ai termini dell'art. 2, nn. 1 e 2, del TV ATZ:

"1. — Il datore di lavoro può stipulare con i dipendenti che lavorano a tempo pieno, che abbiano compiuto almeno 55 anni e che possono far valere un periodo di attività (...) di 5 anni e che hanno lavorato durante i 5 ultimi anni almeno 1 080 giorni civili in considerazione del tempo di lavoro settimanale stabilito per legge, una modifica del loro contratto di lavoro in contratto di lavoro a tempo parziale per motivi di età sulla base dell'[AltTZG] (...)

2. — I dipendenti che abbiano compiuto il 60° anno di età e che soddisfino le condizioni previste al paragrafo 1 hanno diritto di stipulare un contratto di lavoro a tempo parziale per motivi di età (...)"

(*Omissis*)

30. — L'art. 9, nn. 1 e 2, del TV ATZ dispone:

"1. — Il rapporto di lavoro cessa alla data indicata nell'accordo di lavoro a tempo parziale per motivi di età.

(*Omissis*)

Il giudizio principale e le questioni pregiudiziali

31. — La sig.ra Kutz-Bauer, nata il 21 agosto 1939, è dipendente della città di Amburgo, in qualità di direttrice della Landeszentrale für politische Bildung (Centro regionale per la formazione politica).

32. — Essa ha chiesto al suo datore di lavoro di stipulare un contratto che l'ammettesse, per il periodo di cinque anni dal 1° settembre 1999 alla data del 31 agosto 2004 in cui essa avrebbe compiuto i 65 anni, a fruire del regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età secondo la formula di lavoro "in blocco". In base a questa formula, ella avrebbe esercitato la sua attività a tempo pieno per due anni e mezzo e si sarebbe astenuta dal lavoro per il resto di tale periodo di cinque anni.

33. — Previa disamina, la città di Amburgo ha respinto tale domanda con lettera 21 dicembre 1998. La sig.ra Kutz-Bauer avrebbe soddisfatto i criteri personali che danno diritto al lavoro a tempo parziale per motivi di età in conformità all'art. 2 del TV ATZ. Tuttavia, ai sensi dell'art. 9, n. 2, della TV ATZ, un contratto di lavoro a tempo parziale per motivi di età stipulato tra le parti nella causa principale avrebbe avuto come conseguenza di far cessare immediatamente il loro rapporto di lavoro.

34. — La seconda richiesta della sig.ra Kutz-Bauer è stata respinta con lettera della città di Amburgo datata 6 luglio 1999 con la motivazione che sarebbe certamente esistito un diritto ad un contratto di lavoro a tempo parziale per motivi di età una volta compiuti i 60 anni, ma che il rapporto di lavoro sarebbe cionondimeno cessato automaticamente in pari data in forza dell'art. 9 del TV ATZ, giacché non ne sarebbe derivato, in base allo Hamburgisches Ruhegeldgesetz, alcuna riduzione della pensione integrativa.

35. — Dinanzi al giudice a quo, la sig.ra Kutz-Bauer ha fatto valere che il rifiuto di riconoscerle un diritto al lavoro a tempo parziale per motivi di età costituiva una discriminazione indiretta basata sul sesso in contrasto con la direttiva 76/207.

36. — Ritenendo che la soluzione della controversia ad esso sottoposta richiedesse l'interpretazione delle disposizioni della direttiva 76/207, l'Arbeitsgericht Hamburg ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se una disposizione di un contratto collettivo per il pubblico impiego che consente ai dipendenti di sesso maschile e a quelli di sesso femminile di chiedere di lavorare a tempo parziale per motivi di età sia incompatibile con gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207/CEE, qualora conceda il diritto di lavorare a tempo parziale per motivi di età solo fino alla data in cui si può far valere il diritto a una pensione senza decurtazioni in base al regime legale di assicurazione per la vecchiaia e qualora la categoria di persone che può già ottenere una pensione senza decurtazioni all'età di 60 anni sia costituita quasi esclusivamente da donne, mentre la categoria che può ottenere una pensione senza decurtazioni solo dall'età di 65 anni è costituita quasi esclusivamente da uomini.

2) Se i giudici nazionali siano competenti, qualora disposizioni di contratti collettivi e disposizioni legislative siano incompatibili con le direttive 76/207/CEE e 79/7/CEE, ad applicare le corrispondenti disposizioni a favore delle categorie svantaggiate, senza tener conto delle limitazioni incompatibili con il diritto comunitario, finché norme non discriminatorie siano adottate dalle parti del contratto collettivo o dal legislatore".

Sulla prima questione

(*Omissis*)

43. — Al fine di dare una soluzione utile al giudice a quo, occorre accertare in via preliminare se il regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età in questione nella causa principale rientri nella direttiva 76/207 o se, in base alla tesi del governo tedesco, rientri nella direttiva 79/7.

44. — In proposito, si deve constatare che il regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età mira a ridurre il tempo di lavoro normale, o con una riduzione uniforme della durata del lavoro per l'intero periodo considerato, o con un'uscita anticipata dalla vita professionale. In entrambi i casi, il suddetto regime incide sull'esercizio dell'attività professionale dei lavoratori interessati modificando il loro tempo di lavoro.

45. — Si deve, quindi, constatare che il regime in questione nella causa principale stabiliva norme relative a condizioni di lavoro, ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207.

46. — Contrariamente a quanto sostiene il governo tedesco, tale conclusione non può essere rimessa in discussione dal fatto che il contratto collettivo in questione nella causa principale mirava a consentire ai dipendenti di una certa età il passaggio graduale dalla vita attiva alla pensione ed a creare, in tal modo, possibilità di assunzione per dipendenti in formazione e disoccupati. La circostanza che il suddetto contratto perseguisse questi due obiettivi non è sufficiente per far rientrare il regime in questione nella causa principale nell'ambito di applicazione della direttiva 79/7.

47. — È quindi a buon diritto che la prima questione verte sull'interpretazione degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207.

48. — Dalla prima questione pregiudiziale risulta che la categoria di persone che può già ottenere una pensione senza decurtazioni da parte del regime legale di assicurazione pensione all'età di 60 anni è costituita quasi esclusivamente da donne, mentre la categoria che può ottenere una siffatta pensione solo dall'età di 65 anni è costituita quasi esclusivamente da uomini.

49. — Dal fascicolo risulta che, mentre tanto i lavoratori di sesso femminile quanto i lavoratori di sesso maschile possono fruire del regime di lavoro a tempo parziale a decorrere dall'età di 55 anni col consenso del loro datore di lavoro, i lavoratori che hanno il diritto a fruire del suddetto regime per un periodo di cinque anni, a partire dall'età di 60 anni, sono per la maggior parte di sesso maschile.

50. — Ciò posto, si deve constatare che disposizioni come quelle in esame nella causa principale si risolvono di fatto in una discriminazione delle lavoratrici rispetto ai lavoratori e devono, in linea di principio, essere considerate in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207. La situazione sarebbe diversa solo nel caso in cui la differenza di trattamento fra le due categorie di lavoratori fosse giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso (v., in tal senso, sentenze 13 luglio 1989, causa 171/88, Rinner-Kühn, Racc. pag. 2743, punto 12; 17 giugno 1998, causa C-243/95, Hill e Stapleton, Racc. pag. I-3739, punto 34, e 6 aprile 2000, causa C-226/98, Jørgensen, Racc. pag. I-2447, punto 29).

51. — Spetta al giudice nazionale, che è il solo competente per valutare i fatti e per interpretare la normativa nazionale, stabilire se questo è il nostro caso. Occorre in proposito accertare se, alla luce di tutti gli elementi pertinenti e tenendo conto della possibilità di conseguire con altri mezzi gli obiettivi perseguiti dalle norme in questione, i suddetti obiettivi risultino estranei a qualsiasi discriminazione fondata

sul sesso e se tali disposizioni siano, come strumenti destinati a conseguire taluni obiettivi, idonee a contribuire alla loro realizzazione (v., in tal senso, sentenza 9 febbraio 1999, causa C-167/97, Seymour-Smith e Perez, Racc. pag. I-623, punto 72).

52. — Tuttavia, ancorché spetti al giudice nazionale, nel contesto di un rinvio pregiudiziale, accertare l'esistenza di siffatte ragioni obiettive nel caso concreto per il quale è stato adito, la Corte, chiamata a fornire al giudice nazionale risposte utili, è competente a fornire indicazioni, tratte dal fascicolo della causa a qua come pure dalle osservazioni scritte ed orali sottoposte, idonee a mettere il giudice nazionale in grado di decidere (v. sentenze Hill e Stapleton, cit., punto 36, e Seymour-Smith e Perez, cit., punto 68).

53. — In proposito occorre ricordare, come risulta dai punti 9 e 26 della presente sentenza, che il lavoro a tempo parziale per motivi di età è disciplinato in Germania ai livelli federale e regionale, nonché dalle convenzioni collettive e che il TV ATZ è stato stipulato in considerazione delle possibilità offerte dall'AltTZG.

54. — Il governo tedesco fa valere che uno degli obiettivi perseguiti da un regime come quello in questione nella causa principale è di lottare contro la disoccupazione incoraggiando al massimo il collocamento a riposo dei lavoratori che non ne hanno ancora maturato il diritto e liberando così posti di lavoro. Consentire ad un lavoratore che ha già maturato il diritto ad una pensione a tasso pieno di optare per il regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età significherebbe, da una parte, che si manterrebbe occupato un posto di lavoro che tale regime intende destinare ad un lavoratore in cerca di impiego e, dall'altro, che il regime previdenziale sosterebbe oneri supplementari, il che sottrarrebbe talune risorse ad altre finalità.

55. — Quanto all'argomento ricavato da tale governo dall'incentivazione dell'avviamento al lavoro occorre ricordare che spetta agli Stati membri scegliere i provvedimenti atti a realizzare gli obiettivi che perseguono in materia di occupazione. La Corte ha ammesso che gli Stati membri dispongono di un'ampia discrezionalità nell'esercizio di questa competenza (v. sentenza Seymour-Smith e Perez, cit., punto 74).

56. — Inoltre, come la Corte ha rilevato al punto 71 della sentenza Seymour-Smith e Perez, cit., è incontrovertibile che l'incentivazione dell'avviamento al lavoro costituisce un obiettivo legittimo di politica sociale.

57. — Tuttavia, occorre ricordare che la discrezionalità di cui godono gli Stati membri in materia di politica sociale non può risolversi nello svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale del diritto comunitario, quale quello della parità di trattamento tra i lavoratori e le lavoratrici (v. sentenza Seymour-Smith e Perez, cit., punto 75).

58. — Come risulta dalla giurisprudenza citata al punto 51 della presente sentenza, semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine del regime in questione nella causa principale a promuovere l'avviamento al lavoro, non sono sufficienti a dimostrare che l'obiettivo perseguito dalle norme controverse è estraneo a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso né a fornire elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che gli strumenti scelti siano o possano essere idonei a contribuire alla realizzazione di questo obiettivo.

(*Omissis*)

61. — La città di Amburgo, vuoi in quanto pubblica autorità, vuoi in quanto datore di lavoro, non può nemmeno giustificare una discriminazione derivante da un regime di impiego a tempo frazionato per motivi d'età con il solo motivo secondo cui l'eliminazione di una discriminazione del genere comporterebbe un aumento delle sue spese (v., in tal senso, sentenza Hill e Stapleton, cit., punto 40).

62. — Quindi, spetta alla città di Amburgo dimostrare dinanzi al giudice a quo che la differenza di trattamento derivante dal regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età in questione nella causa principale è giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso. Ove detta prova venga fornita da tale parte nella causa principale, la sola circostanza che le disposizioni di tale regime che ne vietano l'accesso ai lavoratori che hanno maturato il diritto ad una pensione di vecchiaia a tasso pieno colpiscano una percentuale notevolmente più alta di lavoratrici rispetto ai lavoratori non può considerarsi una violazione degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207.

(Omissis)

Sulla seconda questione

64. — Con la seconda questione, il giudice a quo chiede, in sostanza, se i giudici nazionali siano tenuti, qualora disposizioni legislative o disposizioni di contratti collettivi creino una discriminazione in contrasto con la direttiva 76/207 e siano quindi incompatibili con questa, a eliminare la suddetta discriminazione applicando tali disposizioni a vantaggio dei membri del gruppo sfavorito, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa, in via di contrattazione collettiva o mediante altro procedimento.

(Omissis)

70. — Quanto all'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207, che pone il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento, la Corte ha già dichiarato che tale articolo è sufficientemente preciso per essere fatto valere da un singolo nei confronti dello Stato ed applicato da un giudice nazionale per escludere l'applicazione di qualsiasi norma nazionale non conforme ad esso (v. sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, detta "Marshall I", Racc. pag. 723, punti 52 e 56, e Seymour-Smith e Perez, cit., punto 40).

71. — Peraltro, un amministrato come la sig.ra Kutz-Bauer sarebbe in grado di avvalersi dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207 nei confronti di una pubblica autorità quale la città di Amburgo (v., in tal senso, sentenze citate Marshall I, punto 49, e Foster e a., punti 19 e 21).

72. — La Corte ha anche affermato che, in presenza di una discriminazione indiretta ad opera di una disposizione di un contratto collettivo, i membri del gruppo sfavorito da tale discriminazione devono essere trattati allo stesso modo degli altri lavoratori (v., in tal senso, sentenze 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska, Racc. pag. I-2591, punto 19, e Nimz, cit., punto 18).

73. — Secondo la costante giurisprudenza della Corte (v., in particolare, sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc. pag. 629, punto 24), il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

74. — Analoghi rilievi devono farsi altresì nell'ipotesi in cui la disposizione contraria al diritto comunitario risulti dal contratto collettivo di lavoro. Sarebbe infatti in contrasto con la natura stessa del diritto comunitario che al giudice competente per l'applicazione di tale diritto fosse negato il potere di fare quanto necessario per disapplicare, nel contempo, le clausole di un contratto collettivo che eventualmente costituiscono ostacolo alla piena efficacia delle norme comunitarie (v., sentenza *Nimz*, cit., punto 20).

(Omissis)

Per questi motivi, LA CORTE (Sesta Sezione), pronunciandosi sulle questioni sottoposte dall'*Arbeitsgericht Hamburg* con ordinanze 3 maggio e 29 giugno 2000, dichiara:

1) Gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, devono interpretarsi nel senso che ostano ad una disposizione di un contratto collettivo per il pubblico impiego che consenta ai dipendenti di sesso maschile ed a quelli di sesso femminile di fruire del lavoro a tempo parziale per motivi di età, qualora tale disposizione conceda il diritto di lavorare a tempo parziale solo fino alla data in cui si può far valere per la prima volta il diritto ad una pensione a tasso pieno in base al regime legale di assicurazione per la vecchiaia e qualora la categoria di persone che può ottenere una siffatta pensione all'età di 60 anni sia costituita quasi esclusivamente da donne, mentre la categoria di persone che può ottenerla solo dall'età di 65 anni è costituita quasi esclusivamente da uomini, a meno che tale disposizione non sia giustificata da criteri obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso.

2) Qualora disposizioni legislative o di contratti collettivi creino una discriminazione in contrasto con la direttiva 76/207 e siano quindi incompatibili con questa, i giudici nazionali sono tenuti ad eliminare la suddetta discriminazione, con tutti i mezzi possibili, e in particolare applicando le suddette disposizioni a favore del gruppo sfavorito, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa, mediante contrattazione collettiva o altrimenti.

Nel caso in esame la Corte di giustizia si trova ad affrontare nuovamente una questione relativa alla parità di trattamento uomo-donna, questa volta relativa al particolare sistema tedesco che prevede la possibilità di accedere ad un regime di lavoro a tempo parziale per

motivi di età, finalizzato ad incentivare l'ingresso nel mercato del lavoro di nuovi soggetti, che al fine di ricevere l'incentivo, il datore è obbligato ad assumere per affiancarli al lavoratore a tempo parziale (sulla disciplina comunitaria del lavoro a tempo parziale si veda Magno, *La tutela del lavoro nel diritto comunitario*, Padova 2000, p. 135 ss.).

La disciplina in esame non rappresenta di per sé una normativa discriminatoria ai sensi della dir. 76/207, ma l'applicazione che ne viene data mediante il contratto collettivo applicabile alla Sig.ra Kutz-Bauer pone dei problemi di parità di trattamento in quanto comporta l'impossibilità per la medesima di accedere al regime di lavoro a tempo parziale per ragioni di età, in quanto il termine a partire dal quale ha diritto di chiedere l'ammissione a tale regime coincide col termine di 60 anni previsto per avere diritto alla pensione di vecchiaia (per le donne), termine che il contratto collettivo prevede quale cessazione automatica del rapporto di lavoro a tempo parziale.

La Corte, nel caso in esame, non accetta la qualificazione fornita dal governo tedesco circa l'applicazione alla fattispecie della dir. 79/7/CEE (in *GUCE* 1979, L6, p.24), la quale avrebbe consentito di giustificare la discriminazione in base all'art.7 che ammette la facoltà degli Stati membri di fissare il limite d'età per la concessione della pensione (in senso contrario si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, presentate il 5 febbraio 2002, nelle quali si ritiene il contratto collettivo in linea con le disposizioni dell'art.4 par. 1 della dir. 79/7).

La fattispecie rientra infatti nell'ambito di applicazione della dir.76/207 in quanto il regime in esame stabilisce norme relative alle condizioni di lavoro ai sensi dell'art.5.1 di tale direttiva, e solo sussidiariamente persegue l'obiettivo di facilitare il passaggio dall'attività lavorativa al pensionamento.

La derivazione della discriminazione da un contratto collettivo anziché da una normativa statale non comporta alcuna differenza quanto all'obbligo di disapplicazione da parte del giudice nazionale che ritenga esistente un contrasto con il diritto comunitario, in quanto la giurisprudenza *Simmenthal*, che ha sancito tale principio (sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, in *Racc.* 1978, p.629) è stata successivamente estesa dalla Corte anche ai contratti collettivi (si pensi alla sentenza 7 febbraio 1991, causa C-184/89, *Nimz*, in *Racc.*1991 p.I-297. Per un commento si veda: Heide, *Supranational action against sex discrimination: equal pay and equal treatment in the European Union*, in *International Labour Law*, 1999, p.398).

Spetterà quindi al giudice nazionale la verifica di fatto dell'esistenza di una discriminazione, in base alla verifica della mancanza di giustificazione in base a criteri oggettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso, anche se sul punto la Corte sembra, contrariamente al suo solito, sbilanciarsi a favore dell'insussistenza di tali elementi in base alle argomentazioni portate dalla parti.

Una pronuncia in senso differente si era avuta nel caso *Burton* (sentenza del 16 febbraio 1982, causa 19/81, in *Racc.*1982 p.555), nel quale la Corte aveva considerato come la differenza di età pensionabile fra uomini e donne, in un caso riguardante l'accesso al beneficio della pensione, benché dovesse essere considerata ai sensi della dir.76/207, doveva essere ritenuta non discriminatoria in quanto l'art.7 par. 1 della dir.79/7 esclude espressamente la determinazione dell'età pensionabile dall'applicazione del principio di uguaglianza (sul punto vedi *Barnard*, *EC Employment Law*, Oxford 2000, p.348, e *Kenner*, *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, p. 418).

SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)
10 aprile 2003

“Inadempimento di uno Stato - Direttiva 89/655/CEE - Trasposizione incompleta”.

Nella causa C-65/01, *Commissione delle Comunità europee*, rappresentata dal sig. A. Aresu, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo, ricorrente, contro *Repubblica italiana*, rappresentata dal sig. U. Leanza, in qualità di agente, assistito dal sig. D. Del Gaizo, avvocato dello Stato, con domicilio eletto in Lussemburgo, convenuta, avente ad oggetto il ricorso diretto a far constatare che, non adottando le disposizioni legislative e regolamentari necessarie per recepire nell'ordinamento interno i requisiti minimi vincolanti e, quindi, non garantendo la protezione dei lavoratori, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 4, n. 1, e dell'allegato I, punti 2.1, sesta frase, 2.2, seconda frase, 2.3, dalla seconda alla quarta frase, e 2.8, seconda frase, dal secondo al quinto trattino, della direttiva del Consiglio 30 novembre 1989, 89/655/CEE, relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso di attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori durante il lavoro (seconda direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE) (GU L 393, pag. 13), come modificata dalla direttiva del Consiglio 5 dicembre 1995, 95/63/CE (GU L 335, pag. 28),

(Omissis)

Sentenza

1. — Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 14 febbraio 2001, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far constatare che, non adottando le disposizioni legislative e regolamentari necessarie per recepire nell'ordinamento interno i requisiti minimi vincolanti e, quindi, non garantendo la protezione dei lavoratori, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 4, n. 1, e dell'allegato I, punti 2.1, sesta frase, 2.2, seconda frase, 2.3, dalla seconda alla quarta frase, e 2.8, seconda frase, dal secondo al quinto trattino, della direttiva del Consiglio 30 novembre 1989, 89/655/CEE, relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso di attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori durante il lavoro (seconda direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE) (GU L 393, pag. 13), come modificata dalla direttiva del Consiglio 5 dicembre 1995, 95/63/CE (GU L 335, pag. 28; in prosieguo: la “direttiva 89/655”).

Ambito normativo

Normativa comunitaria

2. — L'art. 4, n. 1, lett. a) e b), della direttiva 89/655 dispone quanto segue:
“Fatto salvo l'articolo 3, il datore di lavoro deve procurarsi e/o usare:

a) attrezzature di lavoro che, messe per la prima volta a disposizione dei lavoratori nell'impresa e/o nello stabilimento dopo il 31 dicembre 1992, soddisfino:

(...)

ii) i requisiti minimi previsti nell'allegato I, sempreché nessun'altra direttiva comunitaria sia applicabile ovvero lo sia solo parzialmente;

b) attrezzature di lavoro [che], già messe a disposizione dei lavoratori nell'impresa e/o nello stabilimento alla data del 31 dicembre 1992, soddisfino, al più tardi quattro anni dopo tale data, i requisiti minimi previsti nell'allegato I".

3. — Il punto 2.1 dell'allegato I della direttiva 89/655 dispone, al suo terzo comma, cioè alla sue frasi quarta, quinta e sesta:

“Se necessario, dal posto di comando principale, l'operatore deve essere in grado di accertarsi dell'assenza di persone nelle zone pericolose. Se ciò non dovesse essere possibile, qualsiasi messa in moto deve essere preceduta automaticamente da un segnale d'avvertimento sonoro e/o visivo. La persona esposta deve avere il tempo e/o i mezzi di sottrarsi rapidamente ad eventuali rischi causati dalla messa in moto e/o dall'arresto dell'attrezzatura di lavoro”.

4. — L'allegato I, punto 2.2, della direttiva 89/655 recita:

“La messa in moto di un'attrezzatura deve poter essere effettuata soltanto mediante un'azione volontaria su un organo di comando concepito a tal fine.

(Omissis)

5. — Ai sensi dell'allegato I, punto 2.3, della detta direttiva:

“Ogni attrezzatura di lavoro deve essere dotata di un dispositivo di comando che ne permetta l'arresto generale in condizioni di sicurezza.

(Omissis)

Normativa nazionale

7. — L'art. 2087 del codice civile italiano recita:

“L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”.

8. — Il decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, sull'attuazione delle direttive del Consiglio 89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE e 90/679/CEE in materia di sicurezza e salute dei lavoratori durante il lavoro (GURI n. 265 del 12 novembre 1994, Supplemento ordinario n. 141, pag. 5), come modificato dal decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 242 (GURI n. 104 del 6 maggio 1996, Supplemento ordinario n. 75, pag. 5; in prosieguo: il “decreto legislativo n. 626/94”), dispone, al suo art. 4, n. 5, quanto segue:

“Il datore di lavoro, il dirigente, e il preposto che esercitano, dirigono o sovrintendono le attività indicate all'art. 1 [ossia tutti i settori di attività privati o pubblici, salvo le

eccezioni previste], nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, adottano le misure necessarie per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ed in particolare:

(...)

b) aggiornano le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e della sicurezza del lavoro, ovvero in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione e della protezione”.

9. — Il decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1955, n. 547 (GURI n. 158 del 12 luglio 1955, Supplemento ordinario, pag. 3), come modificato dai decreti legislativi n. 626/94, nella versione del 19 settembre 1994, e n. 242 del 19 marzo 1996 (in prosieguo: il “DPR n. 547/55”), dispone, ai suoi artt. 43, 44, 48, 49, 69, 71, 77, 80, 133, 157, 165, 209, 220 e 374, quanto segue:

(Omissis)

Articolo 71

Nei casi previsti negli articoli 69 e 70, quando gli organi lavoratori non protetti o non completamente protetti possono afferrare, trascinare o schiacciare e sono dotati di notevole inerzia, il dispositivo di arresto della macchina, oltre ad avere l'organo di comando a immediata portata delle mani o di altre parti del corpo del lavoratore, deve comprendere anche un efficace sistema di frenatura che consenta l'arresto nel più breve tempo possibile.

(...)

Articolo 77

I comandi di messa in moto delle macchine devono essere collocati in modo da evitare avviamenti o innesti accidentali o essere provvisti di dispositivi atti a conseguire lo stesso scopo.

(...)

Articolo 80

Ogni avviamento di macchine complesse, alle quali sono addetti più lavoratori dislocati in posti diversi e non perfettamente visibili da colui che ha il compito di metter in moto la macchina, deve essere preceduto da un segnale acustico convenuto.

(Omissis)

Articolo 374

(...)

Gli impianti, le macchine, gli apparecchi, le attrezzature, gli utensili, gli strumenti, compresi gli apprestamenti di difesa devono possedere, in relazione alle necessità della sicurezza del lavoro, i necessari requisiti di resistenza e di idoneità ed essere mantenuti in buono stato di conservazione e di efficienza.

(...)”.

Procedimento precontenzioso

10. — Considerando che la direttiva 89/655 non era stata integralmente trasposta nel diritto italiano entro il termine prescritto, la Commissione ha avviato il procedimento per inadempimento. Dopo aver diffidato la Repubblica italiana ingiungendole di presentare le sue osservazioni, in particolare per quanto riguarda i requisiti minimi di cui all'allegato I della detta direttiva, il 4 agosto 1999 la Commissione ha emesso un parere motivato con il quale tale Stato membro veniva invitato ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi entro un termine di due mesi a decorrere dalla sua notifica.

11. — La Repubblica italiana si è astenuta dal rispondere a tale parere. Poiché l'esame della normativa comunicata da parte delle autorità italiane all'inizio del procedimento precontenzioso aveva condotto la Commissione a considerare che la direttiva 89/655 non era stata trasposta in modo soddisfacente, essa ha deciso di proporre il ricorso in esame.

Sul ricorso

12. — Dopo aver preso atto delle osservazioni formulate dalla Repubblica italiana nel suo controricorso, la Commissione ha rinunciato a far valere l'addebito attinente all'allegato I, punto 2.3, seconda frase, della direttiva 89/655.

Sulla mancata trasposizione dell'allegato I, punto 2.1, sesta frase, della direttiva 89/655.

Argomenti delle parti

13. — Il governo italiano sostiene di aver trasposto l'allegato I, punto 2.1, sesta frase, della direttiva 89/655 con l'art. 80 del DPR n. 547/55.

(Omissis)

16. — Il governo italiano sottolinea che l'avvertimento previsto da tale articolo non è un generico avviso, bensì un segnale acustico “convenuto”. Esso sostiene che tale segnale informa le persone esposte dell'inizio di una procedura che, entro tempi noti e

congruenti con le caratteristiche di pericolosità delle evenienze da essa determinate, porta all'effettiva messa in moto dell'attrezzatura di lavoro. Grazie alla conoscenza dei detti tempi le persone esposte potrebbero sottrarsi ai rischi corrispondenti, se le operazioni di avvertimento vengono effettuate correttamente.

17. — Secondo il detto governo non potrebbe essere accolta una lettura dell'allegato I, punto 2.1, sesta frase, della direttiva 89/655 avulsa dalla quarta e dalla quinta frase dello stesso punto.

18. — La Commissione fa valere che il governo italiano si basa su una premessa palesemente erronea presupponendo che l'esigenza di avvertimento, di cui si lamenta il mancato recepimento, abbia la funzione di "precisare quali devono essere il senso e lo scopo dell'avvertimento sonoro" previsto per la messa in moto nel caso in cui l'operatore non sia in grado di accertarsi dell'assenza di persone nelle zone pericolose. Non sarebbe corretto affermare che l'allegato I, punto 2.1, sesta frase, della direttiva 89/655 è una sorta di complemento delle frasi quarta e quinta dello stesso punto e tale norma non rappresenterebbe neanche una precisazione del contenuto delle dette frasi. Al contrario, secondo la Commissione è proprio tale sesta frase che, attraverso la possibilità per la persona esposta di sottrarsi rapidamente al rischio, svolge il ruolo qualificante di esigenza fondamentale da rispettare imperativamente.

(Omissis)

Giudizio della Corte

20. — Occorre rammentare che, secondo una giurisprudenza consolidata, in caso di trasposizione di una direttiva nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, è indispensabile che l'ordinamento nazionale di cui trattasi garantisca effettivamente la piena applicazione della direttiva, che la situazione giuridica scaturente da tale ordinamento sia sufficientemente precisa e chiara e che i destinatari siano posti in grado di conoscere la piena portata dei loro diritti ed eventualmente di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali (v., in particolare, sentenze 23 marzo 1995, causa C-365/93, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-499, punto 9, e 10 maggio 2001, causa C-144/99, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-3541, punto 17).

21. — Alla luce di tali considerazioni, occorre esaminare se le disposizioni dell'ordinamento italiano siano tali da soddisfare le condizioni poste dalla direttiva 89/655.

22. — Ai sensi del requisito minimo previsto all'allegato I, punto 2.1, sesta frase, della direttiva 89/655, nelle zone pericolose "[l]a persona esposta deve avere il tempo e/o i mezzi di sottrarsi rapidamente ad eventuali rischi causati dalla messa in moto e/o dall'arresto dell'attrezzatura di lavoro". Tale esigenza si aggiunge alla necessità di prevedere un "segnale d'avvertimento sonoro e/o visivo" derivante dalla quinta frase del detto punto 2.1.

23. — Nel caso di specie, se la necessità di far precedere l'avviamento di macchine complesse da un "segnale acustico convenuto", prevista all'art. 80 del DPR n. 547/55, costituisce una trasposizione dell'allegato I, punto 2.1, quinta frase, della direttiva 89/655, tale disposizione non soddisfa invece le condizioni poste dalla sesta frase dello stesso punto.

24. — Di conseguenza, si deve constatare che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'allegato I, punto 2.1, sesta frase, della direttiva 89/655.

Sulla mancata trasposizione dell'allegato I, punto 2.2, seconda frase, della direttiva 89/655

Argomenti delle parti

25. — Il governo italiano sostiene di avere trasposto l'allegato I, punto 2.2, seconda frase, della direttiva 89/655 con l'art. 77 del DPR n. 547/55.

26. — Secondo tale governo, il detto articolo esige in sostanza che, da una lato, sulla macchina vi sia un dispositivo (cioè un complesso coordinato di elementi fisici finalizzato all'ottenimento di un determinato risultato) per comandare l'avviamento, composto da un organo (quello sul quale l'operatore deve esercitare fisicamente il comando) che, per conformazione fisica e dislocazione sulla macchina, sia tale da non-determinare azionamenti fisici accidentali e da un sistema "logico" di attuazione che impedisca "funzionalmente" la rimessa in moto non voluta.

27. — Il governo italiano sostiene che l'art. 77 del DPR n. 547/55 raggiunge gli stessi obiettivi definiti all'allegato I, punto 2.2, prima frase, della direttiva 89/655. Infatti, da una lato, la detta disposizione nazionale imporrebbe in negativo (che siano evitati avviamenti accidentali) ciò che la direttiva chiede in positivo (l'esecuzione di un'azione volontaria) e, dall'altro, rappresenterebbe una disposizione a carattere assolutamente generale, non essendo limitata agli specifici casi individuati dalla seconda frase del detto punto 2.2.

28. — La Commissione fa valere che l'art. 77 del DPR n. 547/55 si riferisce, in termini molto vaghi e generali, alla localizzazione dei comandi sulle macchine, mentre la direttiva 89/655 stabilisce l'esigenza dell'azione volontaria per la rimessa in moto o per la modifica delle condizioni di funzionamento di una macchina. La disposizione italiana e quella comunitaria avrebbero quindi contenuti diversi e non coincidenti e lo scopo di quest'ultima non sarebbe perseguito dalla prima con tutta l'efficacia necessaria.

(Omissis)

Giudizio della Corte

29. — Secondo il requisito minimo previsto all'allegato I, punto 2.2, seconda frase, della direttiva 89/655, la rimessa in moto dopo un arresto, indipendentemente dalla sua origine, e il comando di una modifica rilevante delle condizioni di funzionamento (ad esempio, velocità, pressione, ecc.) devono poter essere effettuati soltanto mediante un'azione volontaria su un organo di comando concepito a tal fine, salvo che questa rimessa in moto o questa modifica di velocità non presenti alcun pericolo per il lavoratore esposto.

30. — Nel caso di specie, l'art. 77 del DPR n. 547/55 prevede che i comandi di avviamento delle macchine devono essere disposti in modo da evitare avviamenti o innesti accidentali o essere dotati di dispositivi idonei a svolgere la stessa funzione.

31. — Tale disposizione di carattere generale non traspone in modo sufficientemente chiaro e preciso i requisiti specifici previsti all'allegato I, punto 2.2, seconda frase, della direttiva 89/655. In particolare essa non fa alcuna allusione alla modifica rilevante delle condizioni di funzionamento della macchina.

32. — Si deve pertanto constatare che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'allegato I, punto 2.2, seconda frase, della direttiva 89/655.

Sulla mancata trasposizione dell'allegato I, punto 2.3, terza e quarta frase, della direttiva 89/655

Argomenti delle parti

33. — Il governo italiano asserisce di aver trasposto l'allegato I, punto 2.3, terza e quarta frase, della direttiva 89/655 con gli artt. 69 e 71, redatti in modo assolutamente generale, nonché con gli artt. 133, 157, 165, 209 e 220 del DPR n. 547/55.

34. — Secondo il governo italiano l'art. 69 del DPR n. 547/55 dispone che, nel caso in cui sussistano rischi a causa dell'impossibilità di conseguire altrimenti una protezione efficace o una segregazione degli organi lavoratori o delle zone di operazione pericolose delle macchine, si devono adottare altre misure, come l'impiego di attrezzi idonei, alimentatori automatici o dispositivi supplementari ai dispositivi normali per l'arresto della macchina, considerato che le prime misure sono dirette a eliminare il rischio e le seconde a ridurlo.

35. — L'art. 71 del DPR n. 547/55 conterrebbe disposizioni ancor più restrittive non solo per quanto riguarda la presenza del dispositivo di arresto della macchina in movimento, ma anche rispetto alla localizzazione del sistema di comando ed alle caratteristiche della frenatura che deve essere ottenuto dopo l'avvio del dispositivo.

(Omissis)

37. — Secondo la Commissione nessuna delle disposizioni fatte valere dal governo italiano garantisce la trasposizione dell'allegato I, punto 2.3, terza e quarta frase, della direttiva 89/655. Essa sostiene che tale direttiva ha optato, in materia, per una soluzione che comporta esigenze tecniche dettagliate, idonee a coprire ogni tipo di rischio, e impone agli Stati membri di recepirle con un grado elevato di precisione e puntualità, per evitare ogni ambiguità in sede di applicazione pratica delle disposizioni nazionali destinate a salvaguardare la sicurezza dei lavoratori. Ad avviso della Commissione le disposizioni nazionali italiane non possono essere considerate conformi alle esigenze di chiarezza e di precisione richieste per un corretto recepimento delle dette frasi terza e quarta.

Giudizio della Corte

38. — Secondo i requisiti minimi previsti all'allegato I, punto 2.3, terza e quarta frase, della direttiva 89/655, l'ordine di arresto dell'attrezzatura di lavoro deve essere prioritario rispetto agli ordini di messa in moto; ottenuto l'arresto dell'attrezzatura di lavoro o dei suoi elementi pericolosi, l'alimentazione degli azionatori deve essere interrotta.

39. — Nel caso di specie, nessuna delle disposizioni nazionali fatte valere dalla Repubblica italiana menziona tali esigenze tecniche specifiche. Le dette disposizioni recepiscono solo l'allegato I, punto 2.3, prima e seconda frase, della direttiva 89/655.

40. — Si deve pertanto constatare che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'allegato I, punto 2.3, terza e quarta frase, di tale direttiva.

Sulla mancata trasposizione dell'allegato I, punto 2.8, seconda frase, dal secondo al quinto trattino, della direttiva 89/655

Argomenti delle parti

41. — Il governo italiano asserisce di avere recepito l'allegato I, punto 2.8, seconda frase, dal terzo al quinto trattino, della direttiva 89/655 con una disposizione a carattere generale, cioè l'art. 374, secondo comma, del DPR n. 547/55, la cui violazione è penalmente sanzionata, e con quattro disposizioni specifiche di quest'ultimo, cioè gli artt. 43, 44, 48 e 49.

(Omissis)

43. — Il governo italiano riconosce di avere scelto un approccio differente rispetto a quello della direttiva 89/655, ma fa valere che la normativa nazionale di riferimento raggiunge lo stesso obiettivo di sicurezza perseguito dalla detta direttiva. Il suo approccio favorirebbe l'acquisizione del progresso in termini di sicurezza conseguente allo sviluppo della tecnica della prevenzione.

44. — La Commissione ritiene che nessuna delle cinque disposizioni del DPR n. 547/55 cui si richiama il governo italiano recepisca in modo congruo le esigenze tecniche previste dalla direttiva 89/655. L'approccio prescelto dalle autorità italiane si risolverebbe, in pratica, nella predisposizione di un quadro normativo comprendente, da un lato, disposizioni specifiche aventi un contenuto oggettivamente diverso da quello delle esigenze dell'allegato I, punto 2.8, seconda frase, dal terzo al quinto trattino, della direttiva 89/655 e, dall'altro, tre principi di carattere generale che non garantiscono in modo chiaro e inequivoco il livello minimo di protezione voluto da quest'ultima. La Commissione sostiene che il sistema italiano obbedisce ad una logica che, sebbene rispettabile, è diversa e incompatibile con quella della detta direttiva, offrendo agli interessati un grado inferiore di chiarezza e precisione e finendo con il compromettere il diritto di questi ultimi a conoscere i diritti loro spettanti e ad avvalersene dinanzi ai giudici nazionali.

Giudizio della Corte

45. — I requisiti minimi previsti all'allegato I, punto 2.8, seconda frase, dal secondo al quinto trattino, della direttiva 89/655 riguardano le protezioni ed i sistemi protettivi per gli elementi mobili di un'attrezzatura di lavoro che presentano rischi di contatto meccanico che possono causare incidenti. Tali sistemi non devono provocare rischi supplementari, né essere facilmente elusi o resi inefficaci e non devono limitare più del necessario l'osservazione del ciclo di lavoro. Inoltre, essi devono essere situati ad una distanza sufficiente dalla zona pericolosa.

46. — Nel caso di specie, le disposizioni specifiche fatte valere dalla Repubblica italiana, cioè gli artt. 43, 44, 48 e 49 del DPR n. 547/55, non impongono il rispetto delle esigenze menzionate al punto precedente.

47. — Quanto alle disposizioni nazionali a carattere generale, cioè gli artt. 2087 del codice civile italiano, 4, n. 5, lett. b) del decreto legislativo n. 626/94 e 374 del DPR n. 547/55, nessuna di queste recepisce in modo sufficientemente chiaro e preciso le dette esigenze.

48. — Il governo italiano non può giustificare l'inadempimento contestato facendo valere l'argomento secondo cui la normativa introdotta sarebbe fondata sul necessario adeguamento al progresso delle norme di sicurezza. Infatti, un simile approccio, che del resto deriva già dalla 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), non dispensa uno Stato membro dal mettere in vigore i requisiti minimi previsti dalla direttiva 89/655.

(Omissis)

Per questi motivi, LA CORTE (Sesta Sezione) dichiara e statuisce:

1) Non adottando le disposizioni legislative e regolamentari necessarie per recepire nell'ordinamento interno taluni requisiti minimi vincolanti della direttiva del Consiglio 30 novembre 1989, 89/655/CEE, relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso di attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori durante il lavoro (seconda direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE), come modificata dalla direttiva del Consiglio 5 dicembre 1995, 95/63/CE, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 4, n. 1, e dell'allegato I, punti 2.1, sesta frase, 2.2, seconda frase, 2.3, terza e quarta frase, e 2.8, seconda frase, dal secondo al quinto trattino, della detta direttiva.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

La sentenza in esame può essere inserita nel contesto delle recenti pronunce intervenute contro l'Italia per non corretta trasposizione della normativa comunitaria in materia di tutela dell'ambiente di lavoro (per una critica degli effetti di tale normativa si

veda Feldmann, *How social is European social policy?*, in *International Journal of Social Economics*, 2002, p.558).

Già con le sentenze 24 ottobre 2002 (sui lavoratori addetti ai videoterminali, causa C-455/00) e 15 novembre 2001 (sui servizi esterni di protezione e prevenzione, causa C-49/00), la Corte era intervenuta, a seguito di richiesta di apertura della fase contenziosa del giudizio di infrazione da parte della Commissione, valutando alcuni aspetti della normativa italiana sulla sicurezza lavorativa al di sotto degli standard imposti dalla normativa comunitaria.

Con la presente sentenza (per un breve commento si veda *Foro it.* N.5/2003, IV, 169), la Corte ribadisce la critica al nostro ordinamento quanto alla garanzia per la sicurezza dei lavoratori, ritenendo le disposizioni presenti assolutamente insufficienti a garantire il raggiungimento degli scopi della direttiva 89/655/CEE (in *GUCE L* 393, p. 13), adottata ai sensi della direttiva quadro 89/391/CEE (*GUCE L* 183, p.1; per un commento a tale direttiva e più in generale alle disposizioni in materia di sicurezza e salute sul lavoro si veda *Barnard, EC Employment Law, Oxford 2000*, p. 381 e *Roccella Treu, Diritto del lavoro della Comunità europea, Padova 1995*, p. 296).

In particolare la Corte contesta all'Italia di aver recepito con modalità riduttive le disposizioni della direttiva sui requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso di attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori, prevedendo, ad esempio, al fine di sottrarre i lavoratori al rischio derivante dalla messa in moto o dall'arresto dell'attrezzatura di lavoro, un semplice segnale di avvertimento sonoro, senza tenere in considerazione la necessità di prevedere i tempi e i mezzi necessari per lo spostamento di questi.

Al riguardo si può richiamare, come fatto dall'Avvocato generale (conclusioni presentate il 26 settembre 2002), la costante giurisprudenza della Corte sulla necessità di trasporre in maniera sufficientemente precisa e chiara le disposizioni contenute in una direttiva, al fine di consentire ai beneficiari di diritti in essa contenuti di avvalersene davanti ai giudici nazionali (si veda il punto 25 delle conclusioni e il punto 20 della sentenza).

Il nostro legislatore aveva infatti provveduto alla trasposizione della direttiva, come affermato dal governo italiano nella contestazione degli addebiti della Commissione, mantenendo però la normativa interna ad un livello di genericità tale da non essere ritenuto sufficiente da parte della Corte di giustizia, a tutelare adeguatamente il lavoratore.

Si evidenzia infine che una modifica necessaria a supplire alla carenza evidenziata dalla Corte di giustizia nella sopracitata sentenza sugli addetti ai videoterminali è stata adottata recentemente, con la legge comunitaria del 2002 (legge 3 febbraio 2003, n.14). Mediante l'art.7, infatti, il legislatore italiano ha provveduto a modificare l'art.55, comma 5 del d.lgs. 626 del 1994, trasformando così, in senso favorevole al lavoratore, la disciplina vigente in Italia, tramite l'inserimento dell'obbligo, a carico del datore di lavoro, di fornire a proprie spese ai lavoratori "dispositivi speciali di correzione, in funzione dell'attività svolta" qualora risultino necessari in base agli esami dell'attività svolti ai sensi della stesso d.lgs. 626/94. La sentenza del 15 novembre 2001 aveva già avuto come conseguenza una modifica alla normativa interna, contenuta nell'art.21 della legge comunitaria del 2001 (legge 1 marzo 2002, n. 39).

