

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Direttore: VITTORIO CRECCO

Direttore Responsabile: ANNALISA GUIDOTTI

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

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

In questo numero:

- Corte Cass. - SS.UU. 27 giugno 2003, sentenza n. 10232 1566
Contributi - Assicurazione contro le malattie - Esonero dal versamento dei contributi di malattia
in capo al datore di lavoro - Esclusione
- Corte Cass. 5 novembre 2003, sentenza n. 16645 1590
Contributi - Totalizzazione dei contributi - Applicabilità per il conseguimento della pensione di
anzianità - Esclusione
- Corte Cass. 4 novembre 2003, sentenza n. 16551 1596
Contributi - Prescrizione procedure di recupero iniziale prima della legge n. 335 del 1995 -
Applicabilità termine prescrizione decennale



INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Redattori:

ANTONIO TODARO
FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI

Comitato di redazione:

PIETRO CAPURSO
GIORGIO CRACA
MARIO INTORCIA
GINO MADONIA
MIRELLA MOGAVERO
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



6

NOVEMBRE-DICEMBRE 2003

GRAF 3 - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: 15 dicembre 2004

SOMMARIO

INDICI pag. V

DOTTRINA

VIGNERA G.:	«La garanzia costituzionale della terzietà del giudice civile».	» 1445
CAMA R.M.:	«Le principali novità in materia previdenziale ed assistenziale del “collegato alla finanziaria” 2004 (D.L. 30 settembre 2003, n. 269 conv. in legge 24 novembre 2003, n. 326)».	» 1469
CATALANO A.:	«Regime fiscale delle prestazioni complementari»	» 1498
BORLA F.:	«Profili previdenziali dei rapporti di lavoro».	» 1505

NOTE A SENTENZA

DEL BORRELLO G.:	«Un nuovo contributo della Cassazione al problema della qualificazione del rapporto di lavoro».	» 1528
NANNUCCI E:	«Ultime pronunce delle Sezioni Unite sulla giurisdizione in tema di selezioni interne, ancora Giudice del Lavoro ma nessun ripensamento. Brevi riflessioni».	» 1551
SCOTTO S.:	«Trattativa privata, esclusione dalla gara e interesse a ricorrere».	» 1556

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili	» 1558
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili	» 1573
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili	» 1624
TRIBUNALI - Sezioni Civili	» 1643
COMMISSIONI TRIBUTARIE REGIONALI	» 1676
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)	» 1681

- 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 difforni.

INDICE DELLE SENTENZE

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Unite Civili)	1989/04 (Ord.)	3.2.2004	1539
	18886/03 (Ord.)	10.12.2003	1539
	11252/03	10.4/18.7.2003	1558
	10232/03	3.4/27.6.2003	1566
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Civili)	17061/03	12.11.2003	1573
	17057/03	12.11.2003	1574
	16865/03	10.11.2003	1578
	16848/03	10.11.2003	1582
	16776/03	7.11.2003	1585
	16762/03	7.11.2003	1588
	16645/03	5.11.2003	1590
	16637/03	5.11.2003	1593
	16551/03	4.11.2003	1596
	16548/03	4.11.2003	1602
	16535/03	4.11.2003	1605
	16445/03	3.11.2003	1608
	16444/03	3.11.2003	1611
	16436/03	3.11.2003	1616
	16435/03	3.11.2003	1620
	9900/03	20.6.2003	1523
CORTE DI APPELLO			
(Sezioni Civili)			
Brescia	262/03	18.9/4.11.2003	1624
Brescia	190/03	19.6/30.9.2003	1626
Milano	784/03	9.9.2003	1629
Milano	774/03	29.10/11.11.2003	1631
Milano	571/03	22.1/2.8.2003	1633
Torino	1131/03	5/19.11.2003	1636
Venezia	455/03	24.10/25.11.2003	1638

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Bergamo	595/03	23.10/22.11.2003	1643
Bergamo	528/03	1/10.10.2003	1647
Brescia	857/03	24.11.2003	1648
Como	1392/03	29.10.2003	1649
Como	305/03	13/27.11.2003	1652
Como	286/03	5/13.11.2003	1655
Como	280/03	30.10/8.11.2003	1658
Milano	1931/03	23.6.2003	1659
Sondrio	147/03	6/8.11.2003	1663
Treviso	2583/03	19.11.2003	1666
Treviso	390/03	7.11.2003	1668
Varese	237/03	9.10.2003	1673
T.A.R.			
Liguria	317/02	14.2/19.3.2002	1554
COMMISSIONE TRIBUTARIE REGIONALI			
Firenze		22.3/24.5.2003	1676
Perugia		16/17.7.2003	1678

INDICE ANALITICO**CONTRIBUTI**

- Assicurazione contro le malattie - Esonero del datore di lavoro dal versamento dei contributi di malattia nell'ipotesi di regolamentazione pattizia delle relative prestazioni a suo carico - Desumibilità dall'art. 6 L. n. 138 del 1943 - Esclusione - Principio solidaristico e principio di automaticità delle prestazioni relative alle assicurazioni sociali obbligatorie - Operatività - Conseguenze. (pag. 1566).
- Cartella esattoriale - Vizi della notifica - Domanda dell'INPS di accertamento della debenza della somma - Ammissibilità. (pag. 1631).
- Contributi unificati in agricoltura - Servizio per i contributi - Elenchi - Compartecipanti familiari - Diritto alla iscrizione - Presupposti - Prova della sussistenza del rapporto di lavoro - Sufficienza - Esclusione - Fattispecie. (pag. 1578).
- Obbligo e diritto alle assicurazioni - Elementi del rapporto di assicurazione sociale - Contenuto contributi (prestazioni all'istituto assicuratore) - Società cooperative di produzione e lavoro - Erogazione del TFR - Soci lavoratori - Disciplina *ex lege* n. 196 del 1997 - Equiparazione ai lavoratori subordinati - Contributi versati nel periodo anteriore alla entrata in vigore di detta legge - Efficacia ai fini delle erogazioni del TFR a carico del Fondo di garanzia gestito dall'INPS, *ex art.* 24, comma 1, di detta legge - Conseguente obbligo di nuova corresponsione dei contributi stessi, restituiti a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 334 del 1995, dichiarativa della insussistenza dell'obbligo di versamento per detto periodo - Questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 Cost. - Manifesta infondatezza. (pag. 1582).
- Opposizione a ruolo - Termini - Sospensione feriale - Esenzione - Applicabilità - Tardività - Inammissibilità. (pag. 1636).
- Prescrizione - Termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 3 legge 8 agosto 1995 n. 335 - Procedure di recupero dell'evasione contributiva iniziate durante la vigenza della precedente disciplina - Termine di prescrizione decennale già in vigore prima della modifica normativa - Applicabilità - Condizioni - Svolgimento delle suddette procedure in contraddittorio con il debitore - Necessità - Esclusione. (pag. 1596).
- Retribuzione imponibile - Art. 1 D.L. n. 338 del 1989 - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza - Fondamento. (pag. 1587).
- Retribuzione imponibile - "Minimale" contributivo commisurato alle retribuzioni stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Nozione - Fattispecie relativa all'indennità di mensa. (pag. 1587).
- Ricongiunzione dei periodi assicurativi - Totalizzazione dei contributi versati a gestioni diverse, *ex art.* 71 legge n. 388 del 2000 - Presupposti - Applicabilità ai fini del conseguimento della pensione di anzianità - Esclusione. (pag. 1590).

- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Assunzione di lavoratori già licenziati a seguito di procedura di mobilità - Benefici contributivi *ex art. 8 legge n. 223 del 1991* - Presupposti - Effettiva cessazione dell'originaria azienda - Necessità - Prosecuzione dell'attività aziendale da parte del medesimo imprenditore o da parte di impresa cessionaria - Spettanza dei benefici a seguito della riattivazione dei precedenti rapporti lavorativi - Esclusione - Fondamento - Disciplina *ex comma 4 bis art. 8 L. n. 223 del 1991* introdotto dall'*art. 2 D.L. n. 299 del 1994* - Limitazione dei presupposti per l'accusa alla decontribuzione - Configurabilità - Esclusione. (pag. 1611).
- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Attività economica - Carattere imprenditoriale - Estremi - Remunerazione dei fattori produttivi - Necessità - Scopo di lucro - Irrilevanza - Limiti - Fattispecie relativa all'accertamento del carattere imprenditoriale di attività svolta dalla Comunità ebraica di Venezia. (pag. 1620).
- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi a favore delle aziende operanti nel Mezzogiorno - Proroga generalizzata *ex art. 1, primo comma, D.L. n. 71 del 1993* sino al periodo di paga in corso al 31 maggio 1993 - Operatività con riferimento allo sgravio totale decennale di cui all'*art. 59, nono comma, DPR n. 218 del 1978* - Esclusione - Fondamento. (pag. 1558).
- Socio amministratore di S.r.l. - Iscrizione alla gestione separata *ex L. 335/95* - Iscrizione alla gestione commercianti - Domanda di cancellazione - Onere della prova dell'esercizio della mera attività di amministratore - Esercizio abituale di attività commerciale - Sussiste l'obbligo di iscrizione ad entrambe le gestioni - Nozione di attività prevalente *ex art. 1 co. 208 L. 662/1996* - Inconferenza. (pag. 1624).
- Soggetti obbligati - In genere - Società cooperative - Cooperative sociali - Disciplina *ex lege n. 381 del 1991* - Agevolazioni tributarie e contributive - Applicabilità a cooperative preesistenti alla entrata in vigore della legge - Esclusione - Fattispecie. (pag. 1585).
- Soggetti obbligati - In genere - Società cooperative - Soci lavoratori - Disciplina contributiva relativa al lavoro subordinato - Applicabilità - Fondamento. (pag. 1585).

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

- Trattativa privata - Interesse a ricorrere - Concorrente legittimamente escluso - Insussistenza. (pag. 1554).

IMPIEGO (PUBBLICO)

- Dipendente INPS - Funzioni di reggenza ufficio riscossione contributi - Esercizio mansioni dirigenziali - Infondatezza - Differenze retributive - Insussistenza diritto. (pag. 1633).
- Dipendente INPS - Orario lavorativo articolato su sei giorni alla settimana - Attività di scrutatore prestata nella giornata di sabato in orario successivo all'orario di lavoro - Congedo retribuito per funzioni elettorali - Insussistenza diritto. (pag. 1673).

- In genere - Comparto scuola - Accesso per promozione ai ruoli di responsabile e di assistente amministrativo - Esaurimento del concorso e non contestazione di esso - Utilizzazione della graduatoria permanente - Controversie relative alla nomina alla qualifica superiore denunziandosi circostanze ostative alla nomina di altri aspiranti per fatti successivi all'espletamento della procedura concorsuale - Giurisdizione del giudice ordinario - Devoluzione. (pag. 1539).
- In genere - Riparto della giurisdizione - Criteri - Concorso riservato al personale interno di amministrazione pubblica - Bando di concorso e svolgimento della procedura selettiva - Natura - Effetti - Controversie relative - Giurisdizione del giudice ordinario - Devoluzione - Limiti - Fattispecie. (pag. 1539).

LAVORO (RAPPORTO DI)

- Associazione in partecipazione - Insussistenza rischio - Mancanza di rendiconto periodico - È lavoro subordinato - Fattispecie relativa a commesse di negozio. (pag. 1629).
- Contratti di associazione in partecipazione - Esercizio di potere disciplinare - Lavoro subordinato - Sussiste. (pag. 1638).
- Contratto di lavoro socialmente utile - Utilizzo da parte dell'INPS in lavori di pubblica utilità - Sporadico utilizzo in mansioni istituzionali - Rapporto di lavoro subordinato - Insussistenza. (pag. 1655).
- Danni per omessa assicurazione rendita vitalizia - Esistenza del rapporto di lavoro subordinato - Prova documentale - Necessità - Fattispecie. (pag. 1593).
- Lavoro subordinato e lavoro autonomo - Criteri distintivi - Vincolo della subordinazione - Modalità di svolgimento della attività lavorativa - Potere direttivo - Indici secondari o sussidiari della subordinazione - Volontà delle parti - *Nomen iuris* - Rilevanza. (pag. 1523).
- Prestazioni infermieristiche rese presso casa di cura - Esecuzione di prescrizioni ed istruzioni impartite dai medici - Lavoro subordinato - Sussistenza. (pag. 1663).

OPERE PUBBLICHE

- Trattativa privata - Mancata allegazione del tariffario individuale da parte dell'Istituto di vigilanza - Inammissibilità dell'offerta - Esclusione - Legittimità. (pag. 1554).

PENSIONI

- Fondo Autoferrotranvieri - Mancata inclusione emolumenti retributivi - Decadenza triennale dall'azione giudiziale - Decorrenza. (pag. 1658).
- In genere - Enti di previdenza obbligatoria - Prestazioni indebite agli assicurati - Recupero delle somme indebitamente erogate - Modalità - Trattativa diretta sulla pensione - Ammissibilità - Limiti. (pag. 1602).

- Maggiorazione per orfani di guerra *ex* L. 365/58 e 585/71 - Requisito soggettivo in capo a titolare pensione di reversibilità - Non rileva - Insussistenza diritto. (pag. 1647).
- Pensione di anzianità - Maturazione diritto - Decorrenza prestazione - Non necessaria sovrapposibilità relative date. (pag. 1643).
- Pensione sociale - In genere - Titolare di pensione sociale da prima dell'entrata in vigore del regolamento comunitario n. 1247 del 1992 - Trasferimento in paese membro della UE - Perdita o sospensione del diritto a pensione - Esclusione. (pag. 1574).

PRESTAZIONI

- Assicurazione contro le malattie - Maternità - Coltivatrici dirette - Indennità giornaliera di maternità - Presupposti - Iscrizione negli elenchi dei coltivatori diretti - Necessità - Principio del rischio precostituito - Applicabilità alle assicurazioni sociali - Esclusione - Fattispecie. (pag. 1616).
- Cassa integrazione guadagni - Pretesa illegittimità diniego - Mancata impugnativa nei termini - Obbligazione retributiva a carico del datore di lavoro - Responsabilità dell'INPS - Infondatezza. (pag. 1626).
- Fondo di Garanzia - Fallimento datore di lavoro - Pagamento TFR - Decadenza annuale - Decorrenza da scadenza termini per il procedimento amministrativo - Provvedimento tardivo di reiezione - Ridecorrenza termine - Esclusione. (pag. 1659).
- Fondo di Garanzia - Fallimento datore di lavoro - Pagamento TFR - Domanda inoltrata da società finanziaria cessionaria del credito del dipendente - Infondatezza. (pag. 1652).
- Pensioni integrative - Regime fiscale agevolato - Applicabilità. (pag. 1676).
- Pensioni integrative - Regime fiscale agevolato - Applicabilità. (pag. 1678).

PROCESSO CIVILE

- Controversie - Procedimento spese giudiziali - Esonero in caso di soccombenza - Beneficiari - Ogni ricorrente indipendentemente dal livello reddituale - Fondamento. (pag. 1573).
- Giudizio promosso da società finanziaria nei confronti del Fondo di Garanzia presso l'INPS - Cessione di credito per TFR - Domanda di pagamento TFR - Incompetenza funzionale Giudice del Lavoro. (pag. 1652).
- Opposizione a cartella esattoriale - Eccezioni di mera forma - Inammissibilità - Esperibilità opposizione agli atti esecutivi. (pag. 1648).
- Opposizione a cartella esattoriale - Vizi formali del titolo - Impugnabilità *ex* art. 617 CPC - Termine di giorni cinque dalla notifica della cartella. (pag. 1668).
- Procedimenti speciali - Procedimenti in materia di lavoro e di previdenza - Impugnazioni - Appello - Prove nuove - Limiti di ammissibilità - Ammissione di prove precostituite - Condizione - Carattere effettivamente "nuovo" della documentazione - Necessità - Fondamento. (pag. 1608).

-
- Processo esecutivo - Ordinanza di assegnazione - Impignorabilità pensione - Esperibilità opposizione *ex art.* 617 c.p.c. - Termini. (pag. 1649).
 - Sentenza - Contenuto - Motivazione - Omessa - Punto decisivo della controversia - Assistenza sanitaria del cittadino italiano all'estero ai sensi della legge n. 595 del 1985 - Obbligo di informazione a carico dell'amministrazione sanitaria circa le strutture sanitarie esistenti in Italia idonee a fornire la stessa prestazione - Configurabilità - Conseguenze - Omessa valutazione da parte del giudice in ordine al mancato adempimento di tale obbligo - Vizio di motivazione - Sussistenza. (pag. 1604).

RESPONSABILITÀ CIVILE

- Azione di surrogazione *ex art.* 28 L. 990/69 - Sinistro stradale provocato da coniuge del danneggiato - Esperibilità azione nei confronti dell'assicuratore del danneggiante. (pag. 1666).

SANITÀ PUBBLICA

- Assistenza sanitaria - In genere - Assistenza sanitaria del cittadino italiano all'estero ai sensi della legge n. 595 del 1985 - Obbligo di informazione a carico dell'amministrazione sanitaria circa le strutture sanitarie esistenti in Italia idonee a fornire la stessa prestazione - Configurabilità - Conseguenze - Omessa valutazione da parte del giudice in ordine al mancato adempimento di tale obbligo - Vizio di motivazione per omesso esame di un punto decisivo della controversia - Sussistenza. (pag. 1605).

GIUSEPPE VIGNERA

Magistrato

LA GARANZIA COSTITUZIONALE DELLA TERZIETÀ
DEL GIUDICE CIVILE (*)

Sommario: 1. - *Il valore dell'imparzialità del giudice nella giurisprudenza costituzionale (in generale).* 2. - *La "mortificazione" della garanzia della terzietà del giudice civile nella recente giurisprudenza costituzionale. Le questioni relative al giudice che abbia concesso una misura cautelare ante causam.* 3. - (Segue) *La questione riguardante il giudice nuovamente investito della medesima controversia ai sensi dell'art. 354 c.p.c.* 4. - (Segue) *La questione riguardante il giudice delegato chiamato a comporre il collegio in sede di reclamo avverso provvedimenti decisori da lui stesso emessi.* 5. - (Segue) *La questione riguardante il giudice delegato chiamato a svolgere le funzioni di giudice istruttore nella causa di opposizione a stato passivo.* 6. - (Segue) *Le questioni relative al giudice che abbia provveduto sull'istanza ex art. 186 quater c.p.c. ed al giudice delegato che abbia autorizzato il curatore a promuovere l'azione di responsabilità ex art. 146 l. fall.* 7. - (Segue) *La questione riguardante il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi avente ad oggetto un provvedimento dallo stesso emesso quale giudice dell'esecuzione.* 8. - (Segue) *Il falso revirement di Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387.* 9. - *Conclusioni.*

1. — Il valore dell'imparzialità del giudice nella giurisprudenza costituzionale (in generale).

Assiologicamente collegata ad altri connotati costituzionalmente propri del giudice (inteso ora quale apparato o ordine giurisdizionale, ora quale organo o ufficio giudi-

(*) Con il presente scritto l'autore completa la propria analisi dei rapporti tra il processo civile ed il "nuovo" art. 111 Cost, cui ha dedicato altri due articoli [*La durata ragionevole del processo (civile) nel sistema delle garanzie costituzionali* e *Il "giusto processo" nell'art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*] pubblicati in precedenti numeri di questa Rivista.

ziario, ora quale magistrato-persona fisica) (1), l'imparzialità (in senso lato) individua quel particolare profilo del *giudice-persona fisica* attinente ai suoi rapporti (non già con altri organi pubblici, ma) con il *singolo processo*, nel quale è chiamato ad esercitare le sue funzioni; e sta ad indicare che la posizione del magistrato deve essere *super partes* o, meglio, equidistante e "spersonalizzata al massimo" rispetto ai soggetti ed agli oggetti del processo stesso (2).

Più esattamente, l'imparzialità del giudice può essere definita come la sua indifferenza personale all'esito del processo affidatogli e si risolve nell'insussistenza di vincoli (soggettivi, oggettivi e psicologici) suscettibili di condizionare il contenuto della sua decisione.

Già prima dell'entrata in vigore del "nuovo" art. 111, comma 2, Cost. (3), la Corte costituzionale aveva in più occasioni proclamato che l'imparzialità deve considerarsi requisito indefettibile ed irrinunciabile di ogni giudice, sia esso ordinario che speciale (4), pur non additando in termini univoci il relativo fondamento normativo.

(1) Parlando di tali ulteriori connotati, intendiamo riferirci all'ordinarietà, alla precostituzione legislativa, all'indipendenza ed all'idoneità del giudice, i quali, unitamente a quello dell'imparzialità, cospirano tutti allo stesso scopo: assicurare nella misura più ampia possibile la neutralità del giudice, la giustizia dei suoi provvedimenti, la loro conformità alle norme giuridiche ed agli interessi da queste protetti (e ad essi soltanto).

Sul carattere strumentale della "imparzialità e terzietà del giudice" rispetto alla "garanzia della serenità e obiettività dei giudizi" v. in particolare Corte cost. 31 ottobre 1991 n. 390, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 192.

Per una visione d'insieme dei predetti "attributi" costituzionali del giudice v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamentali costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 15 ss.

(2) Cfr. Corte cost. 20 maggio 1996 n. 155, in *Foro it.*, 1996, I, 1898, dove si legge che "l'obiettività della funzione del giudicare ... esige, per quanto è possibile, la massima spersonalizzazione" del giudice.

Sulla c.d. imparzialità politica del magistrato v. specialmente NOBILI, *Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, art. 24-26, Bologna-Roma, 1981, art. 24-26, 1, 163 ss., il quale evidenzia che "l'esperienza ha ormai insegnato a qualsiasi osservatore in buona fede che il magistrato è sempre un portatore di ideologie; che spesso non è insensibile a collegamenti, più o meno palesi, con centri del potere politico, tali da condizionare l'espletamento delle funzioni giudiziarie; che egli è ovviamente e costantemente coinvolto dalle categorie del sociale e dell'economico, da cui non è possibile scorporare e considerare avulse quelle del giuridico. Per quanto ciò possa istintivamente turbare, occorre dunque realisticamente giungere ad una conclusione: si potrà tendere a che il giudice sia disinteressato rispetto alla controversia concreta. Ma egli sarà sempre parte rispetto al mondo dei valori che sottostanno anche alla più "umile" delle reg Giudicande" (174).

(3) Nel testo modificato dall'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*), l'art. 111, comma 2, Cost. prevede (tra l'altro) che "ogni processo si svolge... davanti a giudice terzo e imparziale".

(4) V. tra le tante Corte cost. 22 novembre 1962 n. 92, in *Giur. cost.*, 1962, 1359; 31 marzo 1965 n. 17, *ivi*, 1965, 176; 3 aprile 1969 n. 60, in *Foro it.*, 1969, I, 1036.

Sulla giurisprudenza relativa, in particolare, all'imparzialità dei giudici speciali v. ONIDA, *Giurisdizione speciale*, in *Nov. dig. it., Appendice*, III, 1064, 1074; *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 392, 419-420.

Ed invero:

a) talora codesto fondamento è stato ravvisato nel complesso delle norme costituzionali relative alla magistratura ed al diritto di difesa (5);

b) altre volte l'imparzialità ["in carenza della quale le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato" (6)] è stata considerata connaturata all'essenza stessa della giurisdizione (7);

c) in alcune sentenze, poi, sta scritto che il principio dell'imparzialità trova il suo primo fondamento nel canone dell'eguaglianza ex art. 3 Cost. (8);

d) non sono, ancora, mancate pronunce richiamanti specifiche disposizioni costituzionali in tema di giurisdizione, quali l'art. 108, comma 2, Cost. (che letteralmente riguarda soltanto l'indipendenza dei giudici speciali) (9) e l'art. 25, comma 1, Cost. (10);

e) nella maggior parte dei casi, infine, è stato fatto riferimento al principio dell'indipendenza, che sarebbe "comprensivo anche della terzietà o imparzialità, intesa come assoluta estraneità alla *res judicanda*" (11).

L'attività di "concretizzazione" svolta dalla giurisprudenza costituzionale rispetto al valore costituzionale *de quo* si è per molti anni risolta in una serie di proposizioni *negative*, dalle quali cioè è possibile enucleare soltanto una serie di regole e/o principi considerati ad esso (valore) estranei.

In questa prospettiva è stato, in particolare, affermato che:

a) l'esclusione del principio della domanda (*ne procedat iudex ex officio*) non importa lesione della garanzia dell'imparzialità del giudice (12);

(5) In tal senso v. Corte cost. 22 novembre 1962 n. 92, cit.; nonché marginalmente Corte cost. 24 aprile 1996 n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, 1489.

(6) Corte cost. 20 maggio 1996 n. 155, cit.

(7) Così, per esempio, Corte cost. 20 dicembre 1962 n. 108, in *Giur. cost.*, 1962, 1451; 24 aprile 1996 n. 131, cit.; e 20 maggio 1996 n. 155, cit.

(8) Cfr. Corte cost. 31 marzo 1965 n. 17, cit.

(9) Corte cost. 27 dicembre 1965 n. 93, in *Giur. cost.*, 1965, 1288.

(10) Corte cost. 8 aprile 1976 n. 72, in *Foro it.*, 1976, I, 1161.

(11) V. in tal senso Corte cost. 24 maggio 1967 n. 61, in *Foro it.*, 1967, I, 1113; 3 aprile 1969 n. 60, cit.; 9 luglio 1970 n. 123, in *Foro it.*, 1970, I, 1841; 15 maggio 1974 n. 128, in *Giur. cost.*, 1974, 850; 8 giugno 1981 n. 100, in *Foro it.*, 1981, I, 2360; 19 gennaio 1989 n. 18, *ivi*, 1989, I, 305; 31 ottobre 1991 n. 390, cit.

(12) Corte cost. 31 marzo 1965 n. 17, cit.

Contra VERDE, *Profili del processo civile. Parte generale*, Napoli, 1991, 19, per il quale peraltro il "divieto di iniziativa processuale d'ufficio" (cui si assegna espressamente una funzione strumentale alla garanzia della neutralità del giudice) deriverebbe dall'art. 24, comma 1, Cost.

Sul tema v. in generale CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, VII, 44, 55 ss. (cui si rinvia per ulteriori informazioni ed approfondimenti).

Investita recentemente della stessa questione (riguardante gli artt. 6 ed 8 l. fall. nella parte in cui prevedono, il primo, che il fallimento possa essere dichiarato d'ufficio dal tribunale e, il secondo, che il giudice debba riferire dell'insolvenza di un imprenditore emersa nel corso di un giudizio civile al tribunale competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo) in riferimento al "nuovo" art. 111, comma 2, Corte cost. 15 luglio 2003 n. 240, in *Fallimento*, 2003, 1049, l'ha dichiarata infondata con argomentazioni surrettizie esattamente confutate da LO CASCIO, *La dichiarazione di fallimento e la pretesa illegittimità costituzionale della disciplina normativa*, *ivi*, 2003, 1052.

Sullo specifico problema v. (anche per le indicazioni relativi ai contrapposti orientamenti dottrinari esistenti in argomento) FABIANI, *L'iniziativa processuale e l'anticipazione cautelare nell'azione ex art. 146 l. fall.*, in *Foro it.*, 2001, I, 1729.

b) l'imparzialità non viene meno quando il giudice decide in un procedimento, nel quale ha svolto funzioni amministrative perché — si è detto — la sua appartenenza all'ordine giudiziario e le garanzie costituzionali, che ne assistono lo stato giuridico, lo pongono in grado di operare sempre con assoluta obiettività (13);

c) non integra difetto di imparzialità la titolarità in capo al giudice di un mero "interesse diffuso" eventualmente implicato nel processo (14).

Intorno alla metà degli anni '90, tuttavia, la Consulta ha finalmente esaminato la garanzia *de qua* in una prospettiva *positiva*, non limitandosi a dire soltanto che l'imparzialità è un irrinunciabile requisito costituzionale del giudice, ma cercando altresì di precisarne il contenuto concreto.

Con la "storica" decisione del 20 maggio 1996 n. 155 (15), in particolare, la Corte costituzionale ha chiaramente e definitivamente affermato che l'imparzialità "richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto "terzo", non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombrato da convinzioni precostituite in ordine alla materia del decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasioni di funzioni decisorie ch'egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza".

Sulla scorta di questo chiarissimo insegnamento è possibile oggi sostenere che l'imparzialità del magistrato postula:

A) l'insussistenza di un suo interesse personale nella causa e la sua estraneità nei confronti delle parti del procedimento (imparzialità in senso stretto);

B) l'inesistenza di precedenti sue decisioni assunte sulla medesima *res iudicanda* in altri gradi o fasi del processo (terzietà in senso stretto) (16).

Ed infatti:

a) il giudice interessato ad un certo esito del processo potrebbe essere indotto "ad usare i propri poteri in modo da piegare la causa all'esito che collimi, anziché contrastare, con il proprio interesse" (17);

(13) Corte cost. 3 luglio 1967 n. 79, in *Giur. cost.*, 1967, 994; 3 aprile 1969 n. 60, cit.; 25 maggio 1970 n. 73, in *Foro it.*, 1970, I, 1536; 18 novembre 1970 n. 158, ivi, 1970, I, 2998; 15 maggio 1974 n. 128, cit.

(14) Così Corte cost. 9 maggio 1973 n. 60, in *Giur. cost.*, 1973, 773, che ha escluso la vulnerazione della garanzia dell'imparzialità del giudice ad opera delle norme attributive della competenza a giudicare in materia di eleggibilità a consigliere comunale e provinciale al tribunale avente sede nel comune o nella provincia, i cui componenti (in quanto elettori) possono avere la titolarità della relativa azione popolare.

(15) In *Foro it.*, 1996, I, 1898.

(16) La distinzione tra imparzialità in senso stretto e terzietà in senso stretto, che abbiamo ritenuto di poter enucleare dalla surriportata parte della motivazione di Corte cost. 20 maggio 1996 n. 155 (v. pure Corte cost. 17 giugno 1999 n. 241, in *Foro it.*, 1999, I, 2420, dove si parla di "garanzia dell'imparzialità del giudice, intesa come terzietà, non pregiudizio"), vien fatta per mere esigenze descrittive e brachilogiche.

Ci rendiamo conto, infatti, che si potrebbero invertire le superiori definizioni, senza che ne derivi alcuna conseguenza (COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, in *Nuova giur. civile commentata*, 2001, II, 1, 23, invero, assegna alla nozione di "terzietà" il significato da noi dato a quella di "imparzialità", e viceversa): v. in tal senso CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, 595, 609-610, cui si rimanda per l'esame di altre opinioni in argomento.

(17) LA CHINA, *Giudice (astensione e ricasazione)*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, IX, 26, 30.

b) il giudice legato ad una parte più facilmente può cedere alla tentazione di usare i poteri conferitigli dalla legge in modo tale da arrecare alla parte stessa “danno o vantaggio maggiore o minore di quello conseguenziale al sereno esercizio di quei poteri” (18);

c) la precedente valutazione compiuta dal giudice sulla stessa materia innesca meccanismi psicologici suscettibili di condizionare il contenuto della sua decisione, in considerazione di quel “vincolo che all’eventuale ripensamento critico può venire o dalla naturale riluttanza di ciascuno a cambiar le proprie idee e riconoscere i propri torti o, addirittura, dalla prospettiva di conseguenze negative (responsabilità civili, sanzioni penali)” (19).

A proposito di quest’ultima affermazione, mette conto sottolineare come la stessa Corte costituzionale si sia preoccupata pure di delimitarne l’ambito operativo, sottoponendo la sua portata generale alla seguente “quadruplica precisazione” (20).

“Innanzitutto, il presupposto di ogni incompatibilità endoprocessuale è la preesistenza di valutazioni che cadono sulla medesima *res iudicanda*” (21).

“In secondo luogo..., rilevante ai fini della incompatibilità non è la semplice “conoscenza” di atti anteriormente compiuti, riguardanti il processo: l’incompatibilità sorge quando il giudice sia stato chiamato a compiere una “valutazione” di essi, al fine di una decisione”.

“In terzo luogo, non tutte le valutazioni anzidette danno luogo a un pregiudizio rilevante, ma solo quelle “non formali, di contenuto”, cosicché le condizioni dell’incompatibilità si determinano quando il giudice si sia pronunciato su aspetti che riguardano il merito” della causa, “ma non anche quando abbia preso determinazioni soltanto in ordine allo svolgimento del processo, sia pure in seguito a una valutazione delle risultanze processuali”.

“Infine, le valutazioni in questione, rilevanti ai fini dell’insorgere dell’incompatibilità, appartengono a fasi diverse del processo, essendo più che ragionevole che, in ciascuna di esse, sia preservata l’esigenza di continuità e di globalità... Conseguentemente, il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità tutte le volte in cui compie valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva... In caso contrario si determinerebbe una “assurda frammentazione” del procedimento

(18) VIGNERA, *Considerazioni esegetiche in tema di designazione, astensione e ricusazione del giudice dell’esecuzione*, in *Dir. giur.*, 1983, 984, 991-992.

(19) LA CHINA, *Giudice (astensione e ricusazione)*, cit., 29.

In giurisprudenza cfr. Corte cost. 25 marzo 1992 n.124, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 39; 24 aprile 1996 n. 131, cit.; 20 maggio 1996 n.155, cit.; 31 maggio 1996 n.177, in *Cass. pen.*, 1996, 2884; 2 novembre 1996 n. 371, in *Foro it.*, 1997, I, 15.

(20) Così, più esattamente, si esprime Corte cost. 24 aprile 1996 n. 131, cit., dalla cui motivazione abbiamo tratto il lungo periodo che segue nel testo.

(21) Questo stesso concetto è forse espresso meglio da Corte cost. 24 aprile 1996 n. 131, cit., là dove sta scritto che la disciplina legislativa dell’incompatibilità del giudice ex art. 34 c.p.p. “si fonda sulla necessità di evitare la duplicazione di giudizi della medesima natura presso lo stesso giudice e quindi sulla esigenza di proteggere il giudizio di merito della causa dal rischio di un pregiudizio, effettivo o anche solo potenziale, derivante da valutazioni di sostanza sulla ipotesi accusatoria, espresse in occasioni di atti compiuti in precedenti fasi processuali”.

— inteso quale “ordinata sequenza di atti, ciascuno dei quali legittima, prepara e condiziona quello successivo” —, con l’aberrante conseguenza di dover disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi, quanti sono gli atti da compiere”.

Sebbene enunciati con diretto riferimento all’art. 34, comma 2, c.p.p., i superiori principi presentano indubbe potenzialità espansive.

Poiché, infatti, sono stati elaborati in considerazione (non già del valore della libertà personale, specificamente interessante la giurisdizione penale, ma) della garanzia dell’imparzialità del giudice (la quale secondo la stessa sentenza “connota nell’essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice”, *senza distinzioni*), tali principi conseguentemente e coerentemente dovrebbero essere tenuti presenti *anche nell’ambito della giurisdizione civile* (22): di guisa che alla loro stregua sembrava inevitabile che sentenze “additive” della Corte costituzionale dilatassero l’ambito della quarta ipotesi dell’art. 51 n. 4 c.p.c. (limitata al giudice che abbia già conosciuto della causa come magistrato in altro *grado* del processo).

2. — **La “mortificazione” della garanzia della terzietà del giudice civile nella recente giurisprudenza costituzionale. Le questioni relative al giudice che abbia concesso una misura cautelare ante causam.**

Tuttavia, mentre nel campo della giustizia penale i superiori principi hanno provocato una proliferazione delle ipotesi di incompatibilità *ex art. 34, comma 2, c.p.p.* a seguito di una pletora di pronunce additive della Corte costituzionale (proliferazione che ha rischiato di provocare un vero e proprio processo metastatico nel tessuto dell’ordinamento giudiziario), gli stessi principi sono stati di fatto totalmente disattesi (o quasi) dalla Consulta nell’ambito della giustizia civile, essendo state dichiarate infondate *tutte* le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 51 n. 4 c.p.c. prospettate in applicazione di quei principi e, più esattamente, con riferimento:

a) al giudice della causa di merito, che abbia concesso un provvedimento d’urgenza *ante causam* (23);

b) al giudice nuovamente investito della medesima controversia ai sensi dell’art. 354 c.p.c. in seguito alla dichiarazione di nullità della sentenza, da parte del giudice d’appello, per pretermissione di litisconsorti necessari (24);

(22) V. in tal senso ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 44 ss.; SCARSELLI, *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro it.*, 1996, I, 3616, 3621 ss.; TARZIA, *Il processo di fallimento e l’imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 13.

(23) Corte cost. 7 novembre 1997 n. 326, in *Foro it.*, 1998, I, 1007; 26 maggio 1998 n. 193, in *Giur. cost.*, 1998, 1556.

Nello stesso senso Corte cost. 22 luglio 1998 n. 315 (in *Foro it.*, 1998, I, 2329) e Corte cost. 21 ottobre 1998 n. 359 (*ivi*, 1998, I, 3033) in relazione al giudice amministrativo che abbia conosciuto della controversia in fase cautelare.

(24) Corte cost. 24 luglio 1998 n. 341, in *Foro it.*, 1998, I, 2329.

c) al giudice delegato chiamato a svolgere le funzioni di giudice istruttore nella causa di opposizione a stato passivo (25);

d) al giudice delegato chiamato a comporre il collegio in sede di reclamo avverso provvedimenti decisorii da lui stesso emessi (26);

e) al giudice investito della pronuncia della sentenza, che abbia con ordinanza già provveduto sull'istanza ex art. 186 *quater* c.p.c. (27);

f) al giudice del c.d. merito possessorio, che abbia trattato la precedente fase sommaria (28);

g) al giudice facente parte del collegio chiamato a decidere sull'azione di responsabilità ex art. 146 l. fall., il quale come giudice delegato abbia autorizzato il curatore a promuovere l'azione stessa e abbia nel contempo autorizzato, o comunque disposto, in vista di detta causa, le opportune misure cautelari (29);

h) al giudice dell'opposizione agli atti esecutivi avente ad oggetto un provvedimento emesso dallo stesso magistrato quale giudice dell'esecuzione (30).

Se si leggono attentamente le motivazioni poste a fondamento delle relative decisioni della Corte costituzionale, si comprende chiaramente come esse siano state ispirate esclusivamente dall'intento di comprimere al massimo l'area delle incompatibilità del giudice civile.

Invero, le questioni relative al giudice che abbia concesso una misura cautelare *ante causam*, al giudice che abbia trattato la fase interdittale del procedimento possessorio ed al giudice che abbia disposto le misure cautelari ex art. 146, comma 3, l. fall. (31) sono state disattese perché ad avviso della Corte costituzionale:

a) mentre nel processo penale la pronuncia di fase cautelare cade praticamente sulla stessa *res iudicanda* in quanto impostata sull'esistenza di gravi indizi di colpevolezza, che il giudice deve accertare ed esporre con adeguata motivazione, nel processo civile non vi è analogo rischio di condizionamento e di duplicazione di giudizi, posto che il giudizio sul *fumus boni iuris* esclude valutazioni contenutistiche e muove da un

(25) Corte cost. 18 luglio 1998 n. 304, in *Fallimento*, 1999, 145; 28 maggio 2001 n. 167, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1441; 19 marzo 2002 n. 75, in *Giur. cost.* 2002, 711.

(26) Corte cost. 6 novembre 1998 n. 363, in *Foro it.*, 1998, I, 3033.

(27) Corte cost. 31 maggio 2000 n. 168, in *Foro it.*, 2000, I, 2425; 23 novembre 2000 n. 533, in *Giur. cost.*, 2000, 4177.

(28) Corte cost. 19 giugno 2000 n. 220, in *Giust. civ.*, 2001, I, 51 (la stessa questione era stata già risolta nello stesso senso, ma solo in via incidentale, da Corte cost. 16 aprile 1998 n. 126, *ivi*, 1998, I, 1779).

(29) Corte cost. 31 maggio 2001 n. 176, in *Fallimento*, 2001, 1083; 7 maggio 2002 n. 168, in *Giur. cost.*, 2002, 1392.

(30) Corte cost. 28 novembre 2002 n. 497, in *Giust. civ.*, 2003, I, 284.

(31) Tali questioni erano state chiaramente "suggerite" da Corte cost. 15 settembre 1995 n. 432, in *Foro it.*, 1995, I, 3068, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al dibattimento del giudice per le indagini preliminari, che ha adottato nel procedimento una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato.

apprezzamento di semplice verosimiglianza, concretizzantesi in una valutazione probabilistica circa le buone ragioni dell'attore (32);

b) il materiale raccolto *ante causam* non è di per sé destinato ad assumere una sua evidenza nel successivo giudizio, rilevando semmai come mero argomento di prova (33).

Il superiore ragionamento appare intrinsecamente fragile!

Avverso l'argomentazione *sub a*), infatti, è facile obiettare che:

A) va rigettata la tesi postulante il carattere meramente ipotetico [nel senso che "prescinde dalla acquisizione di risultanze probatorie per appagarsi di una valutazione della verosimiglianza delle allegazioni fondata su un mero calcolo di probabilità" (34)] dell'accertamento relativo al *fumus boni iuris* compiuto in sede cautelare;

B) sulla scorta del "nuovo" art. 669 *sexies* c.p.c. (la dovè si fa riferimento agli atti di istruzione ed all'assunzione di informazioni ad opera del giudice designato), invece, deve ritenersi che *de iure condito* presupposto per la concessione del provvedimento cautelare sia la cognizione sommaria (non definitiva, cioè, ma "allo stato degli atti") del diritto azionato, la cui esistenza deve apparire probabile alla stregua (non delle sole affermazioni della parte istante, ma) degli elementi probatori offerti dalle parti o acquisiti d'ufficio (35);

C) così intesa, la valutazione relativa al *fumus boni iuris* nel procedimento cautelare civile appare qualitativamente corrispondente (o comunque analoga) a quella riguardante i "gravi indizi di colpevolezza" compiuta nell'ambito del procedimento applicativo di una misura cautelare personale (art. 273, comma 1, c.p.p.) (36).

L'inconsistenza dell'argomento *sub b*), a sua volta, risulta manifesta se si considera che "solo le prove costituende irrualmente assunte possono presentare problemi del tipo di quelli sottolineati dalla Corte costituzionale, mentre le prove precostituite o le prove costituende regolarmente assunte varrebbero invece proprio come argomento

(32) V. specialmente Corte cost. 7 novembre 1997 n. 326, cit.

Egual significato hanno le affermazioni più laconiche contenute in Corte cost. 19 giugno 2000 n. 220, cit. (dove, in relazione al procedimento possessorio, sta scritto che il richiamo dell'art. 703 c.p.c. alla disciplina dei procedimenti cautelari fa sì che il materiale istruttorio acquisito dal giudice nella fase interdittale assuma valenza tutta propria, intesa a consentire valutazioni meramente sommarie) ed in Corte cost. 31 maggio 2001 n. 176, cit. (che, con riferimento alle misure cautelari disposte dal giudice delegato ex art. 146, comma 3, l. fall., ancor più laconicamente menziona semplicemente la diversità della cognizione del giudizio cautelare rispetto a quello di merito, richiamando la sentenza n. 326 del 1997).

(33) L'argomento (assai poco pertinente, invero) è stato prospettato da Corte cost. 7 novembre 1997 n. 326, cit.

(34) Così TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 170 ss.; nello stesso senso ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, 50 ss.

(35) PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXIV, *passim*, spec. 9-10.

(36) Cfr. *ex plurimis* Cass. 28 aprile 1995, Nizza, in *Riv. pen.*, 1996, 649, dove si parla (a proposito dei gravi indizi di colpevolezza) di "*fumus boni iuris di colpevolezza*".

La superiore conclusione era stata da noi divisata in ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 46-47; nello stesso senso v. SCARSELLI, *Terzietà del giudice e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1998, I, 1006, 1010-1011.

a contrario rispetto a quello sentenziato dalla Consulta” (37): e ciò, a prescindere dalla circostanza che anche nel processo penale gli atti del fascicolo delle indagini preliminari (compresi quelli posti a fondamento dell’ordinanza cautelare emessa dal g.i.p.) sono di regola inutilizzabili nel giudizio dibattimentale!

3. — (Segue) La questione riguardante il giudice nuovamente investito della medesima controversia ai sensi dell’art. 354 c.p.c.

La questione riguardante il giudice nuovamente investito della medesima controversia ai sensi dell’art. 354 c.p.c. in seguito alla dichiarazione di nullità della sentenza, da parte del giudice d’appello, per pretermissione di litisconsorti necessari, a sua volta, è stata dichiarata infondata perché in tale situazione (c.d. rinvio improprio) “la restituzione della causa nella situazione in cui si trovava al momento del verificarsi dell’accertata nullità fa sì che la vicenda processuale sia destinata, di norma, a svilupparsi in una trattazione del tutto distinta rispetto a quella precedentemente tenuta in violazione del diritto di partecipazione di una o più parti, il cui apporto può fare assumere al processo una diversa configurazione anche sotto il profilo oggettivo, oltre che imprimere al medesimo un diverso impulso sotto il profilo istruttorio” (38).

Ma se tutto ciò fosse vero, perché mai allora la stessa Consulta aveva poco tempo prima ritenuto (39) che l’art. 34, comma 1, c.p.p., per sottrarsi ad una censura di incostituzionalità, debba interpretarsi nel senso che l’incompatibilità ivi divisata va riferita ad ogni caso di giudizio di rinvio a seguito di annullamento della sentenza, compreso quello in cui la trasmissione degli atti al giudice di primo grado sia stata fatta dal giudice di appello ex art. 604, comma 4, c.p.p.?

L’ultima parte di quest’ultima disposizione (40), infatti, inerisce (anche) ad una situazione processuale (rappresentata dalla nullità della sentenza di primo grado conse-

(37) Così esattamente SCARSELLI, *Terzietà del giudice e Corte costituzionale*, cit., 1012.

(38) Son parole testuali di Corte cost. 24 luglio 1998 n. 341, cit.

(39) V. Corte cost. 28 novembre 1997 n. 363, in *Foro it.*, 1998, I, 348, la quale con sentenza interpretativa di rigetto ha affermato che l’art. 34, comma 1, c.p.p., là dove stabilisce che il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare una sentenza non può “partecipare al giudizio di rinvio dopo l’annullamento”, non distingue a seconda che l’annullamento con rinvio provenga dalla Cassazione o da un giudice di appello, mentre non contrasta con tale interpretazione l’art. 604, comma 4, stesso codice, che, prevedendo la trasmissione degli atti al giudice di primo grado da parte del giudice di appello che abbia dichiarato la nullità della sentenza con rinvio, non esclude l’operatività delle regole di incompatibilità personali in seno all’ufficio chiamato di nuovo a giudicare.

(40) In virtù dell’art. 604, comma 4, c.p.p., più esattamente, il giudice di appello deve dichiarare la nullità della sentenza impugnata e rinviare gli atti al giudice di primo grado *per la rinnovazione del giudizio*, allorché accerta una delle nullità indicate nell’art. 180, il quale richiama le nullità previste dall’art. 178, lettere b) e c).

L’art. 178, lettera c), c.p.p., a sua volta, contempla (tra l’altro) la nullità derivante dall’inosservanza delle norme concernenti l’intervento dell’imputato e delle altre parti private, nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante.

guente all'inosservanza delle disposizioni concernenti l'intervento dell'imputato e delle altre parti private, nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante) assolutamente speculare all'ipotesi ex art. 354 c.p.c. sopra considerata.

4. — (Segue) La questione riguardante il giudice delegato chiamato a comporre il collegio in sede di reclamo avverso provvedimenti decisori da lui stesso emessi.

Quanto alla *quaestio legitimitatis* relativa al giudice delegato chiamato a comporre il collegio in sede di reclamo avverso provvedimenti decisori da lui stesso emessi, la stessa è stata "liquidata" dalla Corte costituzionale sul presupposto che "la qualificazione del reclamo — risultante dall'art. 739 c.p.c. — come grado ulteriore del giudizio, non è estensibile al reclamo fallimentare, il quale rimane infatti nell'ambito della stessa fase processuale, essendo da considerarsi come un momento dell'*iter* della procedura concorsuale, le cui peculiarità impongono speciali esigenze di continuità. Di queste esigenze... il giudice delegato è sostanzialmente il garante; e in funzione di tale ruolo viene previsto dal denunciato art. 25 n. 1 il permanente raccordo che lo lega al collegio attraverso l'obbligo di riferire ad esso su ogni affare per il quale sia richiesto un provvedimento del collegio medesimo" (41).

Così scrivendo, tuttavia, i Giudici costituzionali:

a) hanno trascurato di considerare che "i summenzionati principi di necessaria concentrazione processuale negli organi del fallimento di ogni questione che possa insorgere hanno piena validità solo per la fase amministrativa, nella quale il giudice delegato agisce in stretta correlazione con il collegio per la necessaria integrazione dei poteri del curatore ed è chiamato a riferire su ogni affare sul quale è richiesto il provvedimento del tribunale, ma non possono essere estesi al reclamo che abbia per oggetto diritti soggettivi": quest'ultimo, infatti "si pone nei confronti dei provvedimenti decisori del giudice delegato, non già su un piano di coerente sviluppo e completamento, ma al contrario di discontinuità e di "reazione processuale", costituendone vera e propria impugnazione" (42);

b) hanno disatteso la ricostruzione da loro stessi operata con la sentenza 8 maggio 1996 n. 148 (43), dove sta scritto che avverso i provvedimenti cautelari emessi dal giudice delegato ex art. 146, comma 3, l. fall. "sono ammessi i normali mezzi di impugnazione, a cominciare dall'immediato reclamo al collegio": ricostruzione (della natura impugnatoria del reclamo rispetto al provvedimento del giudice delegato) che *a fortiori* avrebbe dovuto essere recepita dalla Consulta rispetto al rimedio ex art. 26 l. fall. esperito contro i decreti decisori del giudice delegato.

(41) Così testualmente Corte cost. 6 novembre 1998 n. 363, cit.

(42) Così MINUTOLI, *Reclamo endofallimentare e giusto processo ex art. 111 Cost.*, in *Fallimento*, 2001, 1013, 1016 (cui si rinvia per più complete informazioni bibliografiche e giurisprudenziali).

(43) In *Foro it.*, 1996, I, 1908.

5. — (Segue) *La questione riguardante il giudice delegato chiamato a svolgere le funzioni di giudice istruttore nella causa di opposizione a stato passivo.*

In ordine alla questione concernente il giudice delegato chiamato a svolgere le funzioni di giudice istruttore nella causa di opposizione a stato passivo, per affermarne l'infondatezza la Corte costituzionale si sarebbe potuta limitare — a nostro avviso — ad evidenziare la natura esclusivamente documentale [e, quindi, meramente parziale (più che sommaria) (44)] della cognizione del giudice delegato: con conseguente impossibilità di configurare nella fattispecie una duplicazione di giudizi della medesima natura presso lo stesso giudice e, quindi, "il presupposto di ogni incompatibilità endoprocessuale" costituito dalla "preesistenza di valutazioni che cadono sulla medesima *res iudicanda*" (45).

Anziché percorrere questo *iter* assai lineare, invece, la Consulta:

a) in una prima occasione (46) si è limitata a rifarsi ai principi espressi (con riferimento al giudice delle misure cautelari *ante causam*) dalla surricordata sentenza n. 326 del 1997, evidenziando come "l'attività relativa alla formazione dello stato passivo si caratterizzi per una verifica dei crediti effettuata con cognizione sommaria, laddove quella in sede di opposizione è finalizzata a raccogliere elementi utili alla decisione del collegio sulla base dei motivi dell'opposizione stessa, suscettibili d'introdurre nuovo materiale probatorio";

b) in un secondo momento (47), oltre a riproporre la superiore argomentazione, si è impegnata a dimostrare come non fosse possibile richiamare *in subiecta materia* i "sopravvenuti" principi enunciati da Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387 (48) — sui quali torneremo ben presto — e, in particolare, il requisito dell'esistenza delle "stesse valutazioni *decisorie* sul merito dell'azione proposta nella prima fase", atteso che, "alla stregua del diritto vivente, l'efficacia preclusiva dello stato passivo non opposto è di natura meramente endoprocessuale e solo la sentenza resa sulla opposizione è suscettibile di assumere effetti di giudicato".

A quest'ultimo proposito, peraltro, mette conto rilevare come pure la (contraria)

(44) Sulla distinzione tra cognizione sommaria perché delibatoria (o superficiale) e cognizione sommaria perché parziale v. per tutti GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 86 ss., il quale in particolare parla di cognizione di quest'ultimo tipo rispetto alla cognizione giudiziale svolta nella fase monitoria del procedimento d'ingiunzione (in quanto "limitata all'esame delle ragioni del ricorrente e dei mezzi di prova scritta che le suffragano").

Per questa ragione non riteniamo che sia incompatibile a giudicare dell'opposizione lo stesso magistrato che abbia emesso il decreto ingiuntivo opposto (conf. ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, in *Riv. es. forz.*, 2001, 1, 13; SCARSELLI, *La Consulta detta nuove regole sull'incompatibilità del giudice nel processo civile*, in *Foro it.*, 1999, I, 3441, 3447; in senso dubitativo v., invece, COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, cit., 27.

(45) V. il richiamo di Corte cost. 24 aprile 1996 n. 131, cit., fatto alla nota 20.

(46) Corte cost. 18 luglio 1998 n. 304, cit.

(47) Corte cost. 28 maggio 2001 n. 167, cit.; 19 marzo 2002 n. 75, cit.

(48) In *Foro it.*, 1999, I, 3441.

tesi del passaggio in giudicato del decreto di esecutività dello stato passivo non opposto abbia trovato e continui a trovare autorevolissime adesioni (49): perché mai, quindi, la Corte costituzionale nell'affrontare la questione *de qua* ha preferito imboccare itinerari così tortuosi, anziché percorrere la più agevole strada che abbiamo sopra additato?

Forse perché preoccupata non tanto di risolvere quella questione, quanto piuttosto di consolidare gli ostacoli da essa progressivamente frapposti alla piena attuazione della garanzia della terzietà del giudice civile?

6. — (Segue) *Le questioni relative al giudice che abbia provveduto sull'istanza ex art. 186 quater c.p.c. ed al giudice delegato che abbia autorizzato il curatore a promuovere l'azione di responsabilità ex art. 146 l. fall.*

Questo stesso dubbio sorge leggendo le motivazioni delle ordinanze, con le quali sono state dichiarate manifestamente infondate le questioni relative al giudice che abbia provveduto sull'istanza *ex art. 186 quater c.p.c.* ed al giudice delegato che abbia autorizzato il curatore a promuovere l'azione di responsabilità *ex art. 146 l. fall.*

Nel primo caso, infatti, la Corte costituzionale, anziché limitarsi a sottolineare il carattere meramente anticipatorio dell'ordinanza *ex art. 186 quater* per rifarsi alla terza delle "precisazioni" fatte da Corte cost. 24 aprile 1996 n. 131 ("il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità tutte le volte in cui compie valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva"), ha avvertito invece l'esigenza di precisare che nell'emanare la decisione finale il giudice non deve "inevitabilmente ripercorrere l'identico itinerario logico-decisionale già seguito onde pervenire all'adozione dell'ordinanza stessa", avendo la possibilità "di prendere in considerazione le ragioni ulteriormente svolte dalle parti, quantomeno, in sede di comparse conclusionali, memorie di replica ed eventuale discussione orale" (50): come se volesse porre così le premesse per la creazione di un ulteriore ostacolo, rappresentato dalla preesistenza di valutazioni operate sullo *stesso materiale* di causa!

Nel secondo caso, poi, i Giudici costituzionali, i quali avrebbero ben potuto rifarsi alla sentenza 7 novembre 1997 n. 326 per affermare che l'autorizzazione *de qua* del giudice delegato esclude valutazioni contenutistiche e muove da un apprezzamento di semplice verosimiglianza, hanno preferito scrivere che "l'autorizzazione all'esercizio di responsabilità non è un provvedimento giurisdizionale di carattere decisorio" (51): e poiché con tale espressione è stato inteso il provvedimento "suscettibile di assumere effetti di giudicato" (come specificato dalla coeva senten-

(49) V. per tutti GIORGETTI, *Gli accertamenti incidentali nella decisione sul passivo del fallimento*, in *Foro it.*, 1998, I, 1268, spec. 1277 ss.

(50) Così Corte cost. 31 maggio 2001 n. 168, cit.

(51) Corte cost. 31 maggio 2001 n. 176, cit.; 7 maggio 2002 n. 168, cit.

za 28 maggio 2001 n. 167), si è confezionato un altro argomento idoneo a scoraggiare la riproposizione della questione relativa al giudice che abbia concesso una misura cautelare *ante causam*!

7. — (Segue) La questione riguardante il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi avente ad oggetto un provvedimento dallo stesso emesso quale giudice dell'esecuzione.

Nel dichiarare manifestamente infondata la questione riguardante il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi avente ad oggetto un provvedimento dallo stesso emesso quale organo dell'esecuzione, la Consulta (52) ha osservato che:

a) non vi è "identità di *res judicanda* tra il processo esecutivo e l'eventuale causa di opposizione";

b) quest'ultima non rappresenta "un'impugnazione in senso proprio, dal momento che il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi, anche quando l'oggetto dell'opposizione è costituito da un provvedimento del giudice dell'esecuzione, giudica in un processo a cognizione piena, nel contraddittorio delle parti, sulle cui domande ed eccezioni deve in ogni caso pronunciarsi".

Codesta ordinanza, tuttavia, rivela una superficiale conoscenza dell'organizzazione tecnica del processo esecutivo, del *modus operandi* dei suoi organi (e del giudice dell'esecuzione in particolare) e dei suoi rapporti strutturali e funzionali con l'opposizione *ex art.* 617 c.p.c.

Infatti:

A) "il processo esecutivo si presenta strutturato non già come una sequenza continua di atti ordinati ad un unico provvedimento finale — secondo lo schema proprio del processo di cognizione — bensì come una successione di subprocedimenti, cioè in una serie autonoma di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi" (53);

B) conseguentemente, per individuare la *res judicanda* (l'oggetto, cioè, della questione risolta dal giudice) occorre comparare l'oggetto della causa di opposizione con quello del singolo subprocedimento esecutivo, di cui il provvedimento del giudice dell'esecuzione rappresenta l'epilogo;

(52) Corte cost. 28 novembre 2002 n. 497, cit.

(53) Così Cass. Sez. Un. 27 ottobre 1995 n. 11178, in *Foro it.*, 1996, I, 3468, la quale aggiunge: "Tale autonomia di ciascuna fase, rispetto a quella precedente, comporta che le situazioni invalidanti, che si producano nella fase che è conclusa dall'ordinanza di autorizzazione alla vendita, sono suscettibili di rilievo nel corso ulteriore del processo — mediante opposizione agli atti esecutivi proponibili anche dopo che detta ordinanza è stata pronunciata o d'ufficio dal giudice dell'esecuzione, in deroga all'espresso dettato dell'art. 569 c.p.c. — solo in quanto impediscano che il processo consegua il risultato che ne costituisce lo scopo, e cioè l'espropriazione del bene pignorato come prezzo per la soddisfazione dei creditori, mentre ogni altra situazione invalidante deve essere eccepita come opposizione agli atti esecutivi nei termini di decadenza disposti dal menzionato art. 569 c.p.c.".

In dottrina v. esemplificativamente BONSIGNORI, *Esecuzione forzata in genere*, in *Digesto*, *Disc. priv., Sez. civ.*, VII, 567, 606-607.

C) in questa prospettiva, è innegabile che il giudice dell'esecuzione provvede sulla base di una *valutazione contenutisticamente corrispondente* a quella, che sarà chiamato a compiere il giudice dell'opposizione (eventualmente) proposta ex art. 617 c.p.c. avverso il provvedimento esecutivo (54);

D) tale conclusione risulta vieppiù vera, se si considera che: D1) il giudice dell'esecuzione, prima di pronunciare i provvedimenti di volta in volta richiestigli, deve verificare i presupposti di legittimità (55) e di opportunità (56) dell'atto emanando; D2) il complesso delle operazioni intellettive (*id est*: cognitive) concretanti codesta verifica si risolve in una "cognizione" in seno al processo esecutivo allo stesso modo

(54) Non è forse vero che nel pronunciare, per esempio, un provvedimento sulla sospensione ex artt. 624-625 c.p.c. il giudice dell'esecuzione compie la stessa verifica demandata al giudice dell'opposizione avverso il provvedimento medesimo? [Cfr. Cass. 9 agosto 1997 n. 7413: "La sospensione dell'esecuzione prevista dalla norma di cui all'art. 624 c.p.c. (che ne individua i presupposti nella pendenza del relativo giudizio di opposizione, nell'esistenza di gravi motivi, nella proposizione della relativa istanza da parte dell'interessato) può invocarsi sulla base del — presunto — venir meno della pretesa del creditore procedente (per fatti impeditivi, modificativi, estintivi della stessa successivamente al formarsi del titolo esecutivo), ovvero in relazione a questioni di puro diritto, nel qual caso la soluzione adottata dal giudice dell'esecuzione non può ritenersi assolutamente insindacabile, sulla base del presupposto che, nella specie, ci si trovi di fronte ad una attività meramente discrezionale, rimessa in via esclusiva al suo libero apprezzamento, dovendosi, al contrario, ritenere tale soluzione suscettibile di ulteriore verifica, da parte del medesimo giudice, in sede di eventuale, successiva opposizione agli atti esecutivi consistente nella impugnazione dell'emanata ordinanza di sospensione, secondo il (già adottato) criterio della serietà delle questioni sollevate e, quindi, della possibilità che esse siano accolte dal giudice dell'opposizione all'esecuzione o dell'opposizione di terzo" (il corsivo è nostro)].

Non condividiamo, perciò, l'opinione (alla quale si è palesemente ispirata l'ordinanza della Consulta qui confutata) di CARPI, *Riflessioni sui rapporti tra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 381, 402-403, che si dice assai perplesso sulla necessità di una pronuncia di incostituzionalità *in subiecta materia*, atteso che — a suo dire — il giudice dell'esecuzione "in tal caso si muove su piani diversi: da una parte pone in essere atti e provvedimenti volti al conseguimento di un risultato materiale; dall'altro a cognizione piena e nel rispetto del contraddittorio, emette una valutazione ed un giudizio".

(55) Gli oggetti di tale verifica, più esattamente, possono individuarsi (v. per tutti BOVE-CAPPONI-MARTINETTO-SASSANI, *L'espropriazione forzata*, Torino, 1988, 21 ss.) nelle condizioni dell'azione esecutiva [rappresentate dall'esistenza del titolo esecutivo (art. 474 c.p.c.), nella certezza, liquidità ed esigibilità del diritto documentato nel titolo (art. 474 c.p.c.), nella *legitimitas ad exequendum* attiva (riconosciuta ex art. 475, comma 2, c.p.c. a chi è indicato nel titolo come creditore ed ai suoi successori a titolo universale o particolare), nella *legitimitas ad exequendum* passiva (conferita ex art. 474, comma 1, c.p.c. a chi è indicato nel titolo come debitore ed ai suoi eredi, nonchè nell'ipotesi di titolo esecutivo giudiziale al suo successore a titolo particolare ex art. 111, ultimo comma, c.p.c.) e nell'interesse ad agire (ma in senso contrario v. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 389, il quale nota che l'inadempimento, lo stato attuale di insoddisfazione del diritto — concretante l'interesse ad agire — nell'esecuzione forzata deve considerarsi *in re ipsa*)], nei presupposti processuali (giurisdizione, competenza, capacità processuale e *ius postulandi*) e nei presupposti specifici del provvedimento emanando.

(56) V. specificamente sul punto MARTINETTO, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milano, 1963, 5 nota 4.

che in seno al giudizio di accertamento; nell'uno come nell'altro caso, infatti, il conoscere si pone egualmente in funzione del provvedere: onde si conosce per "*facere jus*" così come — del pari — si conosce per "*dicere jus*" (57); D3) lo stesso tipo di attività (cognizione c.d. impropria o strumentale) è destinato a compiere il giudice dell'opposizione ex art. 617 c.p.c. avente ad oggetto un atto del giudice dell'esecuzione, atteso che la stessa (opposizione) per la sua natura squisitamente processuale [e non di merito (58)] può essere proposta per motivi di invalidità (59) e/o di inopportunità (60)

(57) Così esattamente ANDOLINA, *Profili dogmatici dell'esecuzione forzata espropriativa*, I, Milano, 1962, 362, il quale al riguardo parla di "cognizione impropria" del giudice dell'esecuzione.

Poiché tale locuzione non esprime in modo sufficientemente icastico i caratteri dell'attività cognitiva *de qua* [da essa (locuzione), invero, codesta attività traspare in ciò che non è (*id est*: cognizione in senso proprio, avente cioè ad oggetto la situazione giuridica materiale (cioè, il diritto soggettivo sostanziale), di cui si chiede la realizzazione in via forzata), ma non anche in ciò che è], abbiamo preferito (v. VIGNERA, "*Cognizione strumentale*" del giudice dell'esecuzione e carenza del titolo esecutivo: *spunti per una ricerca*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 312) parlare al riguardo di "cognizione strumentale" del giudice dell'esecuzione, in tale espressione trovando efficace sintesi — ci sembra — la considerazione che la verifica in discorso si concreta in valutazioni operate alla stregua del diritto vigente ed aventi come oggetto (non rapporti giuridici sostanziali, ma) situazioni di schietta rilevanza processuale; o, se si preferisce, in valutazioni di fatti compiute assumendo come parametri norme giuridiche aventi natura (non materiale, ma) *strumentale* [sulla distinzione tra norme giuridiche *materiali* o *sostanziali* o *primarie* (*id est*: disciplinanti direttamente i rapporti intersoggettivi) e norme giuridiche *formali* o *strumentali* o *secondarie* (*id est*: regolanti la "vita" dell'ordinamento giuridico) v. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 3 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, 30-31; BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XI, 330 ss.; PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, 727.

Trattazioni organiche dell'attività in parola possono rinvenirsi in LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, cit., 473 ss.; MARTINETTO, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, cit., *passim*.

Sulla "cognizione" a fini esecutivi v. altresì BELLAVITIS, *Linee per la classificazione delle forme di accertamento nella esecuzione*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 23 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo d'esecuzione*, II, Padova, 1929, 100; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 243; DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 62 ss., 114-115; JAEGER, *Il rifiuto del pignoramento*, in *Studi urbinati*, 1933, 2 ss.; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1936, 149 ss.; SAITTA, *Rilevabilità d'ufficio dell'impignorabilità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1358, 1371 ss.

(58) Le conclusioni ora rassegnate conservano la loro validità anche alla stregua di quella giurisprudenza, che ammette l'esistenza di provvedimenti *decisori* del giudice dell'esecuzione (sui quali si rimanda alla nota 86).

Poiché, infatti, *pure* codesti provvedimenti si considerano opponibili ex art. 617 c.p.c. (v. sempre la nota 86), l'oggetto della "sottostante" attività cognitiva del giudice dell'esecuzione viene a coincidere con quello del susseguente giudizio di opposizione.

(59) Sulla tendenziale coincidenza tra la nozione di irregolarità formale ex art. 617 e quella di nullità v. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1983, 216; *Opposizioni all'esecuzione*, in *Enc. giur.*, XXI, 10.

Contra MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Enc. dir.*, XXX, 431, 451-452.

(60) V. per tutti in dottrina MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, cit., 452; ed in giurisprudenza Cass. 26 ottobre 1984 n. 5492; 20 febbraio 1992 n. 2072; 21 aprile 1997 n. 3427.

del provvedimento opposto e si risolve, quindi, in un riesame [*scilicet*: nei limiti dei motivi concretamente dedotti (61)] dei presupposti di legittimità e/o di opportunità del provvedimento medesimo;

E) in virtù degli artt. 485 e 487 (62) c.p.c. *anche* il giudice dell'esecuzione provvede "nel contraddittorio delle parti (63), sulle cui domande ed eccezioni deve in ogni caso pronunciarsi" (64);

F) se è innegabile che l'opposizione agli atti esecutivi non è un'impugnazione in senso proprio [non rientrando nella previsione *ex art.* 323 c.p.c. (65)], è altrettanto innegabile che divisare l'operatività del principio dell'imparzialità-terzietà del giudice *ex art.* 111, comma 2, Cost. solo rispetto alle impugnazioni c.d. tipiche (come ha praticamente fatto la Consulta con l'ordinanza in esame) equivale a confinare l'operatività di quel principio (soltanto) ai diversi gradi del processo ordinario di cognizione e, quindi, alle sole ipotesi *ex art.* 51, comma 1, n. 4, c.p.c. (che, infatti, si riferisce al giudice "che ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo"): in tal modo, peraltro, non solamente si manipola il dettato dell'art. 111, comma 2, Cost. [per il quale "ogni processo" (e, quindi, non soltanto il diverso grado di un processo ordinario di cognizione)] deve svolgersi "davanti a giudice terzo e imparziale"], ma si opera pure una (inammissibile) interpretazione "alla rovescia" delle norme costituzionali (finalizzata, cioè, ad

(61) Cfr. Cass. 18 marzo 1994 n. 2588: "Poichè il giudizio di opposizione agli atti esecutivi non costituisce una fase del processo esecutivo, al giudice della cognizione non spetta il potere di accertare di ufficio l'esistenza di vizi dell'atto, ma solo quello di conoscere dei vizi dedotti dalle parti con l'opposizione. Ne consegue qualora l'opponente non abbia dedotto, con l'opposizione agli atti esecutivi, quale vizio della ordinanza di sospensione dell'esecuzione, che essa non era stata adottata dal giudice dell'esecuzione, non è deducibile in cassazione un vizio di attività processuale da parte del giudice dell'opposizione nel non aver verificato di ufficio se l'ordinanza fosse o no immune da vizi di questo tipo".

Nello stesso senso v. pure Cass. 2 dicembre 1986 n. 7118.

(62) Com'è stato esattamente evidenziato, "l'art. 487 costituisce specificazione della disposizione di cui all'art. 485 c.p.c., con riguardo alla normale forma di ordinanza dei provvedimenti del g.e, quale modello tipico di atto assunto in ossequio al principio dell'*audiatur et altera pars*" (STORTO, *Il potere di revoca delle ordinanze del g.e.: la Cassazione mette alcuni punti fermi ed evidenzia un contrasto di giurisprudenza*, in *Corriere giur.*, 2003, 902, 905. Ma v. pure ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 129).

(63) Agli effetti *de quibus* è irrilevante il fatto che il contraddittorio nel processo esecutivo sia solo parziale (in quanto limitato, per quel che concerne il suo oggetto, a ciò che esula dai fatti costitutivi, modificativi ed estintivi del credito per cui si procede: parziale nel senso or ora indicato, invero, è anche il contraddittorio caratterizzante il giudizio di opposizione agli atti esecutivi, al quale sono notoriamente estranee le questioni concernenti l'*an* e/o il *quantum* del credito stesso) ed attenuato (perchè esplicitanti in modi rapidi ed informali: pur se attenuato, infatti, anche codesto contraddittorio resta effettivo): più in generale sul tema v. fondamentalmente TARZIA, *Il principio del contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 193; nonchè più recentemente LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, III, 54.

(64) Sulle modalità operative nel processo esecutivo degli artt. 99, 112 e 113 c.p.c. v. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, cit., 367 ss., 403 ss.

(65) V. per tutti CALIFANO-PERAGO, *Le impugnazioni civili*, Torino, 1999, 16 ss.

adeguare le medesime alla legislazione ordinaria vigente anziché a rapportare questa al significato intrinseco di quelle), surrettiziamente subordinandole così alle leggi ordinarie ed “invertendo il naturale rapporto per cui sono le prime ad incidere sulle seconde” (66);

G) data la tendenziale identità oggettiva (*res judicanda*) e soggettiva (67) tra il giudizio di opposizione ex art. 617 ed il subprocedimento sfociante nel provvedimento opposto del giudice dell'esecuzione, l'incompatibilità di quest'ultimo rispetto al primo (giudizio di opposizione ex art. 617 c.p.c.) appare un'inevitabile conseguenza (68) della (indiscussa) autonomia strutturale dell'opposizione *de qua* rispetto al processo esecutivo (69), indipendentemente dal riconoscimento (o meno) alla medesima della natura di impugnazione (c.d. atipica) (70).

La diversità soggettiva del giudice dell'esecuzione rispetto al magistrato chiamato ad istruire ed a decidere in funzione di giudice unico (71) l'opposizione ex art. 617 riguardante un provvedimento del medesimo (giudice dell'esecuzione), anzi, a ben considerare è imposta non solo dal principio costituzionale della terzietà del

(66) Son parole di FERRUA, *Indipendenza del giudice e unicità della giurisdizione (ovvero la fine della giurisdizione penale del comandante del porto)*, 1514, 1521.

(67) V. esemplificativamente Cass. 8 maggio 1991 n. 5146, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 276 (“nelle cause di opposizione agli atti esecutivi sono passivamente legittimati e litisconsorti necessari tutti i soggetti del processo esecutivo indicati dall'art. 485 c. p. c. e così non solo il creditore procedente, ma anche i creditori intervenuti e gli altri interessati”); 3 agosto 1994 n. 7213.

(68) Cfr. Corte cost. Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387, cit., nella parte in cui afferma che l'obbligo di astensione ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c. “non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere, con una interpretazione conforme a Costituzione, anche la fase che, in un processo civile, si succede *con carattere di autonomia*” (il corsivo è nostro): vedremo, tuttavia, tra poco come le “potenzialità” insite in tale affermazione siano state subito oblitrate con il contestuale richiamo delle “stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase”.

(69) V. per tutti in dottrina MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, cit., 431-432; ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, XIII, 585, 586-587; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 67 ss.; ed in giurisprudenza Cass. 19 dicembre 1989 n. 5684, in *Foro it.*, 1991, I, 242.

(70) Per le varie opinioni su quest'ultima questione v. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 352 nota 6.

(71) “L'ultimo inciso dell'art. 618 c.p.c., a termini del quale le cause di opposizione agli atti esecutivi sono decise dal collegio con sentenza non impugnabile, deve, limitatamente alla previsione di collegialità della decisione, ritenersi implicitamente abrogato dall'art. 88 l. 26 novembre 1990 n. 353 che, sostituendo l'art. 48 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (sull'ordinamento giudiziario), ha demandato, nella materia civile, la decisione della generalità delle controversie al giudice istruttore e al giudice dell'esecuzione in funzione del giudice unico ed ha conservato la composizione collegiale dell'organo decidente con riguardo esclusivo ad alcune controversie, tassativamente elencate, tra le quali non sono comprese quelle di opposizione agli atti esecutivi” (Cass. 21 maggio 1999 n. 4953. in *Giur. it.*, 2000, 713).

giudice, ma anche dalla c.d. direttiva di razionalità dell'ordinamento giuridico ex art. 3 Cost. (72).

Invero:

a) le ordinanze del giudice dell'esecuzione si considerano soggette al rimedio (c.d. esterno) dell'opposizione ex art. 617 c.p.c. ed a quello (c.d. interno) della revoca (o modifica) ad opera dello stesso giudice ex art. 487, comma 1, c.p.c.;

b) più esattamente, tali rimedi vengono ormai considerati concorrenti (73);

c) "dottrina e giurisprudenza sono oggi orientate nel senso di ritenere che il giudice dell'esecuzione possa revocare i propri provvedimenti non solo per la ragione di una loro sopravvenuta inopportunità, ma anche per una diversa valutazione della loro originaria validità" (74) e/o opportunità (75);

(72) Di "direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, comma 1, Cost." la Corte costituzionale ha incominciato a parlare *ex professo* verso la metà del 1980 (v. in particolare Corte cost. 28 giugno 1985 n. 190, in *Foro it.*, 1985, 1, 1881; 23 aprile 1987 n. 146, *ivi*, 1987, 1, 1349; per più recenti applicazioni v. esemplificativamente Corte cost. 17 luglio 2002 n. 354, in *Foro it.*, 2003, I, 2923).

Alla stregua di questo "principio di razionalità", com'è noto, la Consulta riesce "a sindacare l'intrinseca ragionevolezza delle scelte legislative, anche indipendentemente dalla comparazione di singole norme" (son parole di SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1988*, in *Foro it.*, 1989, V, 175).

Su codesto "giudizio di ragionevolezza assoluto" v. le nostre osservazioni in ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 131 ss.; nonché SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Digesto, Disc. pubbl.*, IX, 128, 145 (dove si fa esattamente notare che "la natura della Corte tende a trasformarsi ancora per assumere la veste di "custode della razionalità" dell'ordinamento. Piaccia o non piaccia, così sta avvenendo"); ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss.; ID., *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 521, 555 ss.

Per più complete informazioni v. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 145 ss. (dove si parla al riguardo di "giudizio di razionalità").

(73) V. *ex plurimis* e tra le più recenti Cass. 10 dicembre 1991 n. 13287; 28 novembre 1992 n. 12711; 21 aprile 1997 n. 3427; 25 agosto 1997 n. 7979; 10 febbraio 1998 n. 1354; 17 marzo 1998 n. 2848; 22 giugno 1999 n. 6332; 10 febbraio 2003 n. 1936, in *Corriere giur.*, 2003, 897; 20 febbraio 2003 n. 2620; 18 marzo 2003 n. 3992.

Tale orientamento può ormai considerarsi "diritto vivente", posto che gli ultimi precedenti contrari risalgono a Cass. 23 giugno 1989 n. 2985, in *Giust. civ.*, 1990, I, 778 ("Le ordinanze del giudice dell'esecuzione — salvo che abbiano avuto esecuzione — sono revocabili o modificabili d'ufficio o su istanza delle parti del processo esecutivo, restando queste legittimate all'opposizione agli atti esecutivi soltanto nel caso che i detti provvedimenti siano suscettibili di creare situazioni irreversibili con la conseguente necessità di un giudizio contenzioso") ed a Cass. 16 giugno 1992 n. 7399 (che sembra considerare opponibili ex art. 617 c.p.c. soltanto i provvedimenti irrevocabili perchè già eseguiti o perchè non necessitanti di esecuzione).

Per i problemi posti dal concorso tra il potere di revoca ex art. 487 c.p.c. e l'opposizione ex art. 617 c.p.c. v. per tutti STORTO, *Il potere di revoca delle ordinanze del g.e.: la Cassazione mette alcuni punti fermi ed evidenzia un contrasto di giurisprudenza*, cit., 903 ss.

(74) Così si legge nella parte motiva di Cass. 10 febbraio 2003 n. 1936, cit.

(75) V. STORTO, *Il potere di revoca delle ordinanze del g.e.: la Cassazione mette alcuni punti fermi ed evidenzia un contrasto di giurisprudenza*, cit., 904 e gli autori *ivi* richiamati nella nota 9, tra cui, in particolare, FURNO *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, 122, secondo cui la revoca "è lo strumento più elementare e più flessibile per l'autocorrezione del processo, per l'eliminazione cioè da esso ma attraverso di esso sia di precedenti non erronee ma superate valutazioni di ogni genere — di rito e di merito — sia di errori di apprezzamento sia di nullità".

d) l'opposizione, peraltro, è proponibile solo nel termine perentorio (*ergo*: a pena di decadenza) di cinque giorni previsto dall'art. 617, comma 2, ultima parte, c.p.c. (76), mentre il potere di revoca (o modifica) può essere esercitato dal giudice dell'esecuzione d'ufficio o su istanza di parte (77) finchè il provvedimento non abbia avuto attuazione (78) "e, perciò, senza limiti di tempo se a contenuto negativo, come tale insuscettivo di esecuzione" (79);

e) la mancata proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi, pertanto, non impedisce alla parte interessata di chiedere al giudice dell'esecuzione di revocare (o modificare) un suo precedente provvedimento non ancora eseguito o insuscettibile di attuazione, allegandone l'originaria illegittimità e/o inopportunità;

f) in questa prospettiva (80), la previsione di un'opposizione agli atti esecutivi ancorata al brevissimo termine perentorio *ex art.* 617 c.p.c. sarebbe intrinsecamente irragionevole (e, quindi, lesiva del principio di razionalità *ex art.* 3 Cost.) perchè risolvendosi nella maggior parte dei casi (81) nella predisposizione di un *rimedio inutile* (attesa — ripetesi — la persistente deducibilità dei vizi di legittimità e/o di opportunità del provvedimento non ancora eseguito o insuscettivo di attuazione con l'istanza della parte interessata intesa ad ottenerne la revoca ad opera del giudice dell'esecuzione), se non si ammettesse la *necessaria* diversità tra il magistrato-giudice dell'esecuzione (titolare del potere "ultrattivo" di revoca) ed il magistrato competente a provvedere sull'opposizione *de qua*.

(76) Com'è noto, tale termine decorre dal momento in cui l'interessato ha avuto legale conoscenza dell'atto e, quindi, dalla data del provvedimento (se emesso in udienza: v. Cass. 8 aprile 2003 n. 5510) o da quella della sua comunicazione (se emesso fuori udienza: cfr. Cass. 21 febbraio 2003 n. 2665).

(77) V. STORTO, *Il potere di revoca delle ordinanze del g.e.: la Cassazione mette alcuni punti fermi ed evidenzia un contrasto di giurisprudenza*, cit., 904; nonchè Cass. 21 aprile 1997 n. 3427;

(78) V. esemplificativamente Cass. 17 marzo 1998 n. 2848; 21 aprile 1997 n. 3427; 10 febbraio 2003 n. 1936, cit.; 18 marzo 2003 n. 3992;

(79) Così Cass. 21 aprile 1997 n. 3427; nello stesso senso v. pure Cass. 17 marzo 1998 n. 2848; 10 febbraio 2003 n. 1936, cit.

In dottrina v. per tutti STORTO, *Il potere di revoca delle ordinanze del g.e.: la Cassazione mette alcuni punti fermi ed evidenzia un contrasto di giurisprudenza*, cit., 906.

(80) La conclusione che stiamo ora traendo risulta vieppiù corroborata dalla (esatta) considerazione di STORTO, *Il potere di revoca delle ordinanze del g.e.: la Cassazione mette alcuni punti fermi ed evidenzia un contrasto di giurisprudenza*, cit., 907, secondo cui l'opposizione agli atti esecutivi, "sul piano dei motivi deducibili, sembra collocarsi su un piano non dissimile da quello del potere di revoca".

(81) Volendo ammettere l'identità fisica tra il giudice dell'esecuzione e quello dell'opposizione agli atti esecutivi, più esattamente, quest'ultima si rivelerebbe un rimedio utile *soltanto* in presenza di provvedimenti (assai rari, per vero) eseguiti prima della loro conoscenza legale ad opera degli interessati.

8. — (Segue) Il falso revirement di Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387.

È arrivato finalmente il momento di considerare la pronuncia, con la quale si era sperato in un *revirement* della Consulta *in subiecta materia*: trattasi — come tutti ben sanno — di Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387 (82).

Con questa sentenza (interpretativa di rigetto) la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, comma 1 n. 4, e comma 2, c.p.c., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra le funzioni del giudice pronunciatosi con decreto *ex art. 28*, comma 1, l. 20 maggio 1970 n. 300 e quelle del giudice dell'opposizione a tale decreto *ex art. 28*, comma 3, della stessa legge (83), in quanto:

A) la disposizione impugnata, nella parte in cui prevede che il giudice ha l'obbligo di astenersi se ha conosciuto la causa "in altro grado del processo", "non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere, con una interpretazione conforme a Costituzione, anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorchè avanti allo stesso organo giudiziario";

B) conseguentemente, "l'interprete è tenuto ad una esegesi costituzionalmente corretta della norma denunciata, tale da ricomprendere, tra le ipotesi, dalla stessa contemplate, di obbligo di astensione del giudice per avere conosciuto della causa in altro grado, quella dell'opposizione a decreto dallo stesso emesso *ex art. 28*, 1° comma, l. n. 300 del 1970".

(82) V. nota 48.

(83) Analoga questione era stata già affrontata da Corte cost. 21 novembre 1997 n. 356, in *Foro it.*, 1998, I, 1005, che aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, ultimo comma, l. 20 maggio 1970 n. 300 come novellato dall'art. 6 l. 12 giugno 1990 n. 146, nella parte in cui non prevede che il tribunale amministrativo regionale non possa giudicare sull'opposizione al decreto inhibitorio emesso dallo stesso tribunale, atteso che (a dire della Corte) "la norma denunciata può avere il solo significato di indicazione dell'organo giurisdizionale competente e non quello ulteriore di vincolo nella composizione del tribunale amministrativo regionale, restando questa disciplinata dalle normali regole proprie del giudizio amministrativo, ivi comprese quelle relative ai poteri presidenziali di assegnazione dei ricorsi": così evitando di considerare che la risposta sollecitata alla Consulta era proprio quella relativa al quesito se, nell'esercizio di codesti poteri, il presidente del tribunale amministrativo fosse obbligato o meno dall'escludere dal collegio il magistrato "autore" del provvedimento opposto!

Stupisce, anzitutto, il fatto che la Corte costituzionale abbia nella fattispecie affermato che “la valutazione delle condizioni che legittimano il provvedimento *ex art.* 28 non diverge, quanto a parametri di giudizio, da quella che deve compiere il giudice dell’eventuale opposizione, se non per il carattere del contraddittorio e della *cognizione sommaria*” (84).

Invero, tanto la cognizione del giudice adito *ex art.* 28, comma 1, l. n. 300 del 1970 (che provvede “*assunte sommarie informazioni*”), quanto quella del giudice del procedimento cautelare *ante causam* [che provvede dopo l’assunzione degli “*atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto*” (art. 669 *sexies*, comma 1, c.p.c.): i quali (atti) sembrano, anzi, avere una valenza probatoria *più accentuata* rispetto a quella delle “*sommarie informazioni*” legittimanti la pronuncia del provvedimento *inaudita altera parte* ai sensi dell’art. 669 *sexies*, comma 2!], si risolvono in *valutazioni contenutistiche della stessa natura e della stessa intensità*: di guisa che resta incomprensibile il motivo per il quale la Consulta abbia affermato nel primo caso ed escluso, invece, nel secondo caso (85) l’identità di *res iudicanda* rispetto all’oggetto del successivo procedimento a cognizione piena.

In secondo luogo, poi, va messa in risalto la circostanza che con la sentenza in discorso la Corte costituzionale ha postulato l’operatività dell’ipotesi di astensione *ex art.* 51 n. 4 in presenza di due fasi processuali che non solo siano *autonome* l’una rispetto all’altra e che non solo abbiano *funzione impugnatoria* la seconda rispetto alla prima [così frustrando sul nascere le speranze di un *revirement* rispetto alle precedenti pronunce riguardanti il giudice che abbia concesso un provvedimento cautelare *ante causam* (speranze ipotizzabili alla stregua di quanto abbiamo testè osservato a proposito della sommarietà della relativa cognizione) ed il giudice nuovamente investito della medesima controversia ai sensi dell’art. 354 c.p.c. in seguito alla dichiarazione di nullità della sentenza, da parte del giudice d’appello, per pretermissione di litisconsorti necessari], ma che si concludano pure ed entrambe con *pronunce aventi natura decisoria sul merito dell’azione proposta*.

Così facendo, infatti, la Consulta — a ben considerare — ha creato un ulteriore ostacolo alla piena attuazione della garanzia della terzietà del giudice civile, destinata a restare “lettera morta” in tutta una serie di ipotesi, rispetto alle quali il valore stesso del “giusto processo” suggerisce la presenza di un “giudice diverso”: com’è già successo rispetto al giudice dell’opposizione agli atti esecutivi *ex art.* 617 c.p.c. chiamato a sindacare la legittimità o l’opportunità di un atto da egli stesso compiuto quale giudice dell’esecuzione [atto che giammai può avere contenuto

(84) Il corsivo è nostro.

(85) V. specialmente Corte cost. 7 novembre 1997 n. 326, cit.

decisorio (86) (87)]; e com'è destinato a succedere, per esempio, rispetto al collegio investito del reclamo ex artt. 739-740 c.p.c., del quale faccia parte il magistrato che abbia pronunciato il provvedimento camerale reclamato [al quale (provvedimento) si tende a negare l'idoneità al giudicato (e, quindi, la decisorietà) per carenza del requisito della definitività, attesa la sua revocabilità ex art. 742 c.p.c. (88)] (89).

(86) Cfr. ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 11 ("Certo, il g.e., nel corso del processo esecutivo non decide, non emana provvedimenti decisorii; ed anzi il codice di rito del 1940 ha proprio voluto evitare le pastoie della cognizione, che contraddistinguevano alcune fasi dell'espropriazione sotto il codice del 1865"); nonché VIGNERA, *Considerazioni esetiche in tema di designazione, astensione e ricusazione del giudice dell'esecuzione*, cit., 989-990; "Cognizione strumentale" del giudice dell'esecuzione e carenza del titolo esecutivo: spunti per una ricerca, cit., *passim*.

La giurisprudenza, nondimeno, tende ad ammettere l'esistenza di provvedimenti decisorii del giudice dell'esecuzione, attraverso i quali — cioè — quest'ultimo risolve questioni incidenti su situazioni sostanziali di terzi (v., ad esempio, Cass. 15 giugno 1994 n. 5816, la quale ha considerato opponibile ex art. 617 c.p.c. il provvedimento che, a seguito di offerta con aumento di sesto ex art. 584 c.p.c., dispone la gara prevista dall'art. 573 c.p.c., provvedimento che — si dice — incide in modo diretto ed immediato sulla situazione giuridica dell'aggiudicatario, precludendo la definitività dell'aggiudicazione) ovvero sull'esistenza e/o sull'ammontare del diritto del creditore procedente e/o dei creditori intervenuti [cfr. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 4 ss., 37 ss.; 47 ss., 143 ss. 165 ss., 190 ss.; *Opposizione all'esecuzione*, cit., 615 ss.: il chiaro autore mette altresì in evidenza non solo che codesti provvedimenti risolvono questioni deducibili con opposizioni ex artt. 615 o 512 c.p.c., ma soprattutto che, considerandosi i provvedimenti medesimi suscettibili di opposizione ex art. 617 c.p.c., è entrato in crisi il tradizionale criterio di delimitazione dell'area delle c.d. opposizioni di merito (riguardante — si dice — l'an dell'esecuzione) rispetto a quella della c.d. opposizione di rito (riguardante — si dice — il *quomodo* dell'esecuzione stessa) (per analoghi rilievi v. pure VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 67 ss.).

Vanno qui ricordate, tuttavia, quelle più recenti pronunce della Suprema Corte sui limiti della "cognizione" posta in essere dal giudice dell'esecuzione agli effetti ex art. 495 c.p.c., le quali hanno più correttamente delimitato l'ambito delle opposizioni *de quibus* (cfr. Cass. 17 maggio 1988 n. 3442, in *Foro it.*, 1989, I, 2584: "Il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione, sentite le parti, in sede di conversione del pignoramento, determina ai sensi dell'art. 495, 2° comma, c. p. c. la somma di denaro da versare in sostituzione delle cose pignorate, comporta una valutazione sommaria delle pretese del creditore pignorante e dei creditori intervenuti e delle spese già anticipate o presumibilmente da anticipare, prescindendo dalle contestazioni circa la sussistenza o l'ammontare dei singoli crediti o la sussistenza di diritti di prelazione, che vanno sollevate solo in sede di distribuzione a termini dell'art. 512 c. p. c.; detta ordinanza configura un atto esecutivo impugnabile con opposizione ex art. 617 c. p. c. non per l'accertamento dell'importo dei crediti contestati, bensì solo per la verifica che la determinazione della somma in concreto effettuata dal giudice dell'esecuzione è conforme ai criteri desumibili dall'art. 495 c. p. c."; nello stesso senso v. pure Cass. 18 gennaio 1994 n. 386; 23 aprile 1999 n. 4042; 2 ottobre 2001 n. 12197).

(87) Coerentemente, per ammettere l'estensibilità all'opposizione ex art. 617 c.p.c. dei rilievi contenuti in Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387, lo stesso ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, cit. 9, non può fare a meno di precisare che essi "vanno depurati dal riferimento ad una prima fase decisoria".

(88) Cfr. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 211 ss.

(89) Dissentiamo, pertanto, da COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, cit., 26, per il quale l'applicazione dei principi divisati da Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387 dovrebbe determinare l'operatività dell'art. 51 n. 4 c.p.c. anche nelle fattispecie testè considerate.

Alla stregua di quanto precede, dunque, è del tutto ingiustificato l'entusiasmo con il quale molti commentatori (90) hanno "salutato" Corte cost. 15 ottobre 1999 n. 387: il cui unico obiettivo sembra essere stato (non già quello di esaltare la garanzia costituzionale della terzietà del giudice civile, ma) soltanto quello di "recuperare" una *preesistente* ipotesi di astensione c.d. obbligatoria (91).

9. — Conclusioni

Il lungo discorso fatto nelle pagine precedenti a proposito della "mortificazione" della garanzia della terzietà del giudice civile ad opera della recente giurisprudenza costituzionale ci consente conclusivamente di cogliere il "vero" significato dell'art. 111, comma 2, Cost. nel testo novellato dall'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2.

Se è innegabile, infatti, che "l'art. 111 Cost., nella nuova formulazione, non introduce... "profili nuovi o diversi di illegittimità costituzionale, essendo la terzietà e l'imparzialità del giudice... pienamente tutelata nella carta costituzionale, anche anteriormente alla citata novella"" (92); è altrettanto innegabile che, novellando la norma in discorso, il Legislatore costituzionale ha voluto "rivolgersi" *proprio* alla Consulta, sollecitandone quasi un'applicazione del valore dell'imparzialità del giudice svincolata da criteri restrittivi e/o formalistici (com'è finora avvenuto) ed ispirata, invece, al principio di *effettività*: il quale, favorendo l'estrinsecazione e lo sviluppo di tutte le potenzialità garantistiche latenti nelle norme costituzionali, consen-

(90) V. paradigmaticamente CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4 (in relazione all'art. 28 St. lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*, in *Corriere giur.*, 2000, 56 (che qualifica "notevole" la sentenza in parola).

(91) Nella relativa motivazione, infatti, si legge: "Nel sistema originario del procedimento di repressione della condotta antisindacale, nel quale era prevista una fase davanti al pretore, il quale decideva in ordine alla richiesta di emissione del decreto ex art. 28 l. n. 300 del 1970, ed un'eventuale opposizione avanti al tribunale, non si poteva dubitare della sussistenza di una duplicità di fasi processuali, la seconda delle quali avanti al tribunale assumeva tutte le caratteristiche di un ulteriore grado di giudizio. Pertanto, la fattispecie rientrava all'evidenza nell'ambito della previsione dell'art. 51, n. 4, c.p.c. ... Il rapporto tra le due fasi, sotto il profilo dell'imparzialità-terzietà del giudice, non può, ora, ritenersi mutato per il semplice sopravvenuto intervento di modifica (l. 8 novembre 1977 n. 847, art. 3, sostitutivo del 3° comma dell'art. 28 l. n. 300 del 1970) della sola norma sulla competenza con la riunificazione di questa in capo al giudice monocratico".

Pure a BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479, 508, "sembra che in questa sentenza la Consulta si sia fatta condizionare dal fatto che nella formulazione originaria del citato art. 28 St. Lav. il decreto era pronunciato dal pretore e l'opposizione era proponibile al tribunale".

(92) Son parole testuali di Corte cost. 19 marzo 2002 n. 75, cit.; nello stesso senso v. pure Corte cost. 7 maggio 2002 n. 168, cit.; 15 luglio 2003 n. 240, cit.

te di “ascrivere a quelle norme un significato “forte”, che possa avere un’incidenza concreta e diretta sul progresso evolutivo delle istituzioni processuali” (93).

Preso atto, tuttavia, che anche la giurisprudenza costituzionale successiva alla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 si è rivelata insensibile al suo pur autorevole monito, c’è da pensare e da sperare che solo un... “ricambio generazionale” nella composizione soggettiva della Corte potrà consentire al “nuovo” art. 111, 2, Cost. di aprire finalmente una breccia in quella giurisprudenza!

(93) 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.

ROCCO MARIA CAMA

Avvocato INPS

**LE PRINCIPALI NOVITÀ IN MATERIA PREVIDENZIALE
ED ASSISTENZIALE DEL “COLLEGATO ALLA FINANZIARIA” 2004
(DL. 30 SETTEMBRE 2003, N. 269 CONV. IN LEGGE
24 NOVEMBRE 2003, N. 326)**

Sommario: 1. - *Premessa.* 2. - *Le nuove disposizioni in materia di invalidità civile. Cenni sul quadro normativo preesistente.* 2.a - (Segue) *Il problema della legittimazione passiva e delle azioni esperibili.* 2.b - (Segue) *Le nuove disposizioni dell'art. 42, 1° comma.* 2.c - (Segue) *L'abrogazione delle norme in materia di contenzioso amministrativo e la decadenza dall'azione giudiziale.* 2.d - (Segue) *Le altre disposizioni in materia di invalidità civile.* 3. - *La nuova disciplina dei benefici per i lavoratori esposti ad amianto. L'art. 13, comma 8, della legge 27.3.1992, n. 257 e le problematiche relative.* 3.a - (Segue) *Le modifiche introdotte dall'art. 47 del D.L. n. 269/03 conv. in legge n. 326/03.* 3.b. - (Segue) *La “salvezza” delle disposizioni previgenti introdotta dalla legge finanziaria* 4. - *Le altre novità in materia processuale.* 5. - *La riforma dell'art. 152 disp. att. c.p.c..* 6. - *La gestione previdenziale per gli associati in partecipazione e gli altri nuovi soggetti “assicurati”.* 7. - *Cenni sulle altre disposizioni meritevoli di segnalazione.*

1. — Premessa.

Il D.L. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in legge 24 novembre 2003, n. 326, recante “*disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*”, c.d. “collegato alla finanziaria”, agli artt. da 42 a 47, ha introdotto rilevanti novità in campo previdenziale ed assistenziale, di natura non solo sostanziale, ma anche processuale.

Alcune di tali nuove norme costituiscono una risposta, almeno nelle intenzioni, a specifiche problematiche emerse in relazione a singoli istituti; tuttavia esse pongono all'interprete una serie di questioni, sia per via della loro non perspicua formulazione, sia per il loro difficile coordinamento con la disciplina previgente, al punto che la ricostruzione del quadro normativo di determinate materie risulta difficoltoso e si presta oggettivamente ad opzioni interpretative diverse (in particolare,

ci si intende riferire alla normativa in materia di benefici previdenziali per i lavoratori esposti ad amianto).

Peraltro, com'è noto, sugli effetti di alcune di tali disposizioni è già nuovamente intervenuto il legislatore, a conferma della difficoltà, per non dire dell'incapacità, di dare un assetto stabile alla disciplina in settori dell'ordinamento in cui invece le esigenze di certezza sono maggiormente avvertite, essendovi implicati diritti fondamentali, di rilevanza costituzionale, dei soggetti destinatari.

2. — *Le nuove disposizioni in materia di invalidità civile. Cenni sul quadro normativo preesistente.*

L'art. 42 introduce "*disposizioni in materia di invalidità civile*".

Prima di esaminare la portata innovativa di tale disposizione è opportuno richiamare brevemente il contenuto della normativa di riferimento e le questioni da questa poste, anche sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale.

È noto che dopo l'emanazione del D.lgs. 31.3.1998, n. 112, art. 130, e della normativa dallo stesso prevista (ossia i DPCM 26.5.00, 13.11.2000 e 22.12.2000, rispettivamente in G.U. n. 23 del 12.10.2000, in G.U. n. 27 del 2.2.2001, in G.U. n. 43 del 21.2.2001) il procedimento amministrativo avente ad oggetto le prestazioni di invalidità civile risulta suddiviso in tre fasi: la fase dell'accertamento dei presupposti sanitari, la fase di concessione dei conseguenti benefici economici, ed infine la fase di erogazione.

La prima, che viene avviata con la presentazione dell'istanza di prestazione dell'interessato, è di competenza delle speciali Commissioni mediche operanti presso le ASL (art. 1, comma 2, della legge 15.10.1990, n. 295) e delle Commissioni mediche periferiche per le pensioni di guerra e di invalidità civile del Ministero dell'Economia e delle Finanze (rinominate Commissioni mediche di verifica dall'art. 2bis del D.lgs 30.4.1997, n. 157, introdotto dall'art. 5 del D.lgs. 29.6.1998, n. 278). I verbali di visita delle Commissioni mediche ASL che riconoscono l'invalidità del richiedente sono trasmessi alle Commissioni mediche di verifica, le quali possono disporre ulteriori accertamenti (art. 3, comma 4, del D.M. 5.8.1991, n. 387). Nel caso in cui tali accertamenti diano esito positivo, ovvero la Commissione di verifica non abbia formulato rilievi, il verbale viene trasmesso in copia autentica all'autorità concedente per i provvedimenti conseguenti allo stato d'invalidità (art. 2, comma 2, del DPCM 26.5.00). Inoltre, all'esito di tale fase, uno degli originali del verbale di visita viene trasmesso al richiedente (art. 1, 4° comma, del D.P.R. n. 698/94).

Contro le determinazioni delle Commissioni mediche presso le ASL, e delle Commissioni mediche di verifica, l'interessato può proporre ricorso amministrativo nel termine di 60 giorni dinanzi alla Commissione Medica Superiore e di invalidità civile costituita presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, ed i ricorsi sono decisi entro i 180 giorni con decreto del direttore generale dei servizi vari dello stesso Ministero (art. 3 del D.P.R. n. 698/94).

La fase concessoria, che ovviamente viene attivata quando quella di verifica del requisito sanitario abbia dato esito positivo, attiene all'accertamento dei c.c. d.d. requisiti socio-economici ed è di competenza delle Regioni, ai sensi dell'art. 130 del D.lgs. n. 112/1998. Queste ultime svolgono tale funzione dal 22.2.2001, data di entrata in vigore dell'ultimo dei DPCM suindicati, alla cui emanazione l'art. 7 del D.lgs. n. 112/98, appunto, subordinava l'operatività dell'esercizio delle funzioni trasferite. Ai sensi dell'art. 132 del D.lgs. n. 112/98 (che richiama l'art. 4, comma 5, della legge n. 59/97) le regioni, a propria volta, individuano con legge le funzioni trasferite o delegate ai comuni e agli enti locali, e quelle invece mantenute in capo alle regioni stesse. La Regione Lombardia con legge regionale 5.1.00, n. 1, art. 4, comma 53, ha trasferito la funzione di concessione dei trattamenti economici degli invalidi civili al Comune di Milano e alle ASL, in ragione del luogo di residenza dei richiedenti, disponendo che a tali enti, in rapporto alle rispettive competenze, spetta la conseguente legittimazione passiva nelle controversie riguardanti l'esercizio della funzione trasferita.

L'ente concedente verifica la sussistenza dei requisiti socio-economici e provvede entro 180 giorni dalla ricezione del verbale di visita, prorogabili di ulteriori 60 giorni nel caso di necessità di integrazione della documentazione (art. 4, 1° comma, del D.P.R. n. 698/94).

Ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. n. 112/98 contro i provvedimenti adottati dall'ente concedente è ammesso ricorso amministrativo secondo le disposizioni in materia di pensione sociale (ossia ricorso nel termine di 90 giorni dalla comunicazione del provvedimento al Comitato provinciale dell'INPS il quale deve decidere nei successivi 90 giorni; ex art. 46, comma 1 lett. e), e commi 5 e 6).

Infine, ex art. 130, 1° comma, del suddetto D.lgs., la fase di erogazione delle prestazioni economiche spetta all'INPS, al quale gli enti concedenti trasmettono copia della relativa determinazione.

Per quanto riguarda invece l'accertamento della permanenza dei requisiti delle prestazioni, un ruolo attivo compete al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

La verifica della permanenza dei requisiti sanitari sia in via ordinaria, nei confronti di coloro che non hanno inviato la prescritta autocertificazione delle proprie condizioni sanitarie (ex artt. 4, comma 1, del D.L. n. 323/96 conv. in legge n. 425/96 e 52, 2° comma, della legge n. 449/97), sia nell'ambito di piani straordinari di volta in volta predisposti, è attuata da tale Ministero, che si avvale della Commissione medica superiore o delle Commissioni Mediche Periferiche (art. 4, comma 3 bis, del D.L. n. 323/96 conv. in legge n. 425/96) e, qualora tale requisito sia venuto meno, adotta il provvedimento di revoca (art. 37, comma 8, della legge 23.12.1998, n. 448), direttamente “ricorribile” dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 4, comma 3 *quater* del D.L. n. 323/96 conv. in legge n. 425/96).

Diverso da tale accertamento, è invece la “revisione programmata”, che ricorre quando è la Commissione medica di prima istanza che, pur riconoscendo un grado di invalidità sufficiente a far scattare le correlate provvidenze economiche, ritiene necessario sottoporre successivamente a nuova visita l'invalido, perché il quadro clinico è suscettibile di variazioni (art. 1, comma 5, D.M. 5.8.1991, n. 387). In questo caso, se si constata che i requisiti sanitari non sono confermati, l'ente concedente adotta i provvedimenti consequenziali. Avverso tali verbali di visita

l'interessato può proporre ricorso amministrativo al suddetto Ministero nei termini che si sono più sopra indicati.

La verifica invece dei requisiti reddituali è eseguita sempre dal Ministero stesso, mediante il controllo incrociato dei dati in proprio possesso con quelli del casellario generale dei pensionati. Il Ministero trasmette le risultanze degli accertamenti all'ente concedente, e, anche in questo caso, è tale ente ad assumere i conseguenti provvedimenti di revoca (art. 4, comma 3^{septies} del D.L. n. 370/96 conv. in legge n. 425/96), così come spetta sempre all'ente concedente l'adozione di tali provvedimenti a seguito del riscontro del venir meno degli ulteriori requisiti socio economici (art. 5, comma 5, del D.P.R. n. 698/94). Contro tali ultimi provvedimenti, non potendosi fare riferimento alla normativa previgente che ne prevedeva l'impugnazione amministrativa dinanzi al Ministero dell'interno, cui poi spettava la legittimazione passiva nei successivi giudizi (art. 6 del D.P.R. n. 698/94), né all'art. 130, comma 4, del D.lgs. n. 112/98, che si riferisce al contenzioso amministrativo avverso i provvedimenti di "diniego" (e non di revoca), si deve ritenere che l'interessato possa agire direttamente dinanzi all'Autorità Giudiziaria.

2.a — Segue. Il problema della legittimazione passiva e delle azioni esperibili.

È altrettanto nota la diversità di orientamenti a proposito dell'individuazione dei soggetti legittimati passivi nelle controversie in tale materia.

Per le controversie conseguenti ai provvedimenti di revoca delle prestazioni emanati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per insussistenza dei requisiti sanitari, la giurisprudenza è pressoché concorde nell'individuare il soggetto legittimato passivo nello stesso Ministero, in virtù della esplicita previsione in tal senso contenuta nell'art. 37, comma 5, della legge 23.12.1998, n. 448 (v., da ultimo, Cass. 3.3.2003, n. 3140).

Per quanto riguarda le controversie relative alla mancata concessione, o alla revoca da parte dell'ente concedente, delle suddette provvidenze, le posizioni sono invece differenziate.

L'orientamento prevalente del Tribunale di Milano è nel senso di riconoscere tale legittimazione in capo all'INPS. Ciò tuttavia sulla base di argomenti diversi che possono essere così sintetizzati: a) l'art. 130, 3° comma, del D.lgs. n. 112/98 prevede espressamente la legittimazione passiva dell'INPS nelle controversie riguardanti la concessione delle prestazioni e dei servizi, mentre quella alternativa delle regioni, contestualmente prevista, riguarda i benefici economici aggiuntivi rispetto a quelli "statali", da ciascuna regione eventualmente istituiti e finanziati con risorse proprie; b) l'INPS è comunque il soggetto che deve eseguire il pagamento della prestazione dovuta e quindi il legittimato passivo della domanda di condanna proposta dall'invalido (poiché tale domanda richiede anche l'accertamento del diritto alla prestazione, viene ammessa in alcune pronunce anche la legittimazione passiva concorrente dell'ente concedente); c) la eventuale legittimazione passiva dell'ente concedente può ammettersi solo per i procedimenti amministrativi avviati dopo la data di effettiva operatività in capo allo stesso

della funzione concessoria (cioè dopo il 22.2.2001). Secondo quest'ultimo orientamento, pertanto, la legittimazione passiva dell'ente concedente dovrebbe configurarsi per tutte le controversie relative a procedimenti amministrativi avviati dopo il 22.2.2001.

La Corte d'Appello di Milano, invece, afferma la legittimazione passiva esclusiva dell'ente concedente. Ciò argomentando dai DPCM adottati per l'attuazione dell'art. 130 del D.lgs. n. 112/98, e segnatamente dal primo di essi (cioè il DPCM 26.5.00), il quale, nell'individuare le prestazioni economiche per le quali le regioni esercitano la funzione concessoria trasferita, indica i trattamenti già previsti dalla normativa statale; sicché l'art. 130, comma 3, dello stesso D.lgs. n. 112/98, come il predetto DPCM, che all'art. 2, comma 4 ne ripete la formulazione, nell'attribuire nei procedimenti giurisdizionali relativi alla concessione delle prestazioni e dei servizi la legittimazione alle Regioni *“per le provvidenze concesse dalle Regioni stesse”*, non può che comportare la legittimazione passiva della Regione (e per la Regione Lombardia, del Comune di Milano e della ASL, a seconda del luogo di residenza del richiedente, ex art. 4, comma 57, della L.R. n.1/00 cit.), in tutte le controversie riguardanti la concessione, nel significato di riconoscimento del diritto che tale termine assume in questa materia, di tali stesse prestazioni. Tale legittimazione passiva sussiste per tutte le controversie instaurate dopo il 22.2.2001, in quanto la normativa suindicata, nello stabilire la suddetta legittimazione, si disinteressa del momento di inizio del procedimento amministrativo e fa riferimento appunto al momento di *“attivazione”* del procedimento giurisdizionale (Corte d'App. di Milano, sent. n. 669/02 e altre successive).

Sulla questione non si registrano precise prese di posizione del Giudice di legittimità.

La Corte di Cassazione, infatti, rileva che la frammentazione normativa del procedimento amministrativo non deve riverberarsi sul piano processuale, e quindi, anche sulla base del tenore dell'art. 130, 3° comma, del D.lgs. n. 112/98, deve essere uno soltanto il soggetto legittimato passivo dei giudizi in questa materia, e cioè la Regione per i debiti della Regione e l'INPS per i debiti dell'INPS, ma non chiarisce quando ricorra un debito dell'una o dell'altro. Inoltre, la stessa Cassazione afferma che nell'attuale quadro normativo, a differenza del regime anteriore (art. 11 della legge 24.12.1993, n. 537 e DPR 21.9.1994, n. 698), non sono ammissibili le azioni di accertamento della mere condizioni sanitarie, in quanto situazione di fatto elemento della più complessa fattispecie costitutiva del diritto alle singole prestazioni, ed il sistema attuale esclude la legittimazione processuale del Ministero dell'Economia e delle Finanze, anche quando si controverta delle suddette condizioni. Sono per contro ammissibili nei confronti del soggetto legittimato (Regioni oppure INPS), le azioni di accertamento del diritto ad una determinata prestazione che in quella situazione sanitaria trovi presupposto, o di condanna alla relativa erogazione (Cass. n. 9681/03; n. 12681/02; n. 11475/02).

2.b — Segue. Le nuove disposizioni dell'art. 42, 1° comma.

In questo contesto entra in vigore l'art. 42 del D.L. n. 269/03 conv. in legge n. 326/03.

Tale norma, al 1° comma, prevede che “*gli atti introduttivi del procedimenti giurisdizionali concernenti l’invalidità civile, la cecità civile, il sordomutismo, l’handicap e la disabilità ai fini del collocamento obbligatorio al lavoro, devono essere notificati anche al Ministero dell’Economia e delle Finanze*”. Tale notifica va eseguita secondo le norme ordinarie (art. 11 r.d.l. 30.10.1933, n. 1611) presso l’Avvocatura dello Stato, nonché presso le competenti Direzioni provinciali dei servizi vari del Ministero. Lo stesso comma prosegue attribuendo a tale Ministero la qualità di litisconsorte necessario ex art. 102 c.p.c., e prevedendone la rappresentanza e difesa in giudizio, oltre che a mezzo dell’Avvocatura dello Stato, di propri funzionari, ovvero di avvocati dell’INPS e dell’INAIL, previa convenzione da stipularsi con tali enti. Nei casi in cui venga disposta CTU, è prevista la necessaria partecipazione alle indagini di un componente delle Commissioni mediche di verifica indicato dal Direttore della Direzione Provinciale “*su richiesta, formulata a pena di nullità*” — dice la norma — del consulente tecnico d’ufficio. Tale componente ha le facoltà previste dall’art. 194, 2° comma, c.p.c., cioè intervenire alle operazioni e presentare, oralmente o per iscritto, osservazioni e istanze.

Innanzitutto, una prima considerazione che può essere svolta è che, nonostante l’ampiezza della formula utilizzata (“*i procedimenti giurisdizionali concernenti l’invalidità civile...*”), la stessa norma si riferisce ai giudizi in cui sia in contestazione il requisito sanitario del richiedente. Il Ministero dell’Economia e delle Finanze, infatti, è il soggetto cui tuttora fa capo l’accertamento ed il controllo di tale condizione (cfr. art. 129, comma 1 lett n), del D.lgs n. 112/98 che riserva allo Stato appunto tale funzione), sicché, se il giudizio non coinvolge tale questione, la presenza del suddetto Ministero non ha ragion d’essere (si pensi alle controversie in cui siano in contestazione i requisiti socio-economici, o instaurate per il mero pagamento della prestazione, non eseguito nonostante l’emanazione del provvedimento di concessione, o ancora aventi ad oggetto gli accessori non corrisposti sulle somme pagate in ritardo, ecc.).

Ciò trova conferma nella contestuale previsione della necessità di partecipazione alle indagini peritali disposte dal Giudice di un componente delle Commissioni mediche di verifica facenti capo al suddetto Ministero.

Con questa disposizione, pertanto, nei giudizi aventi ad oggetto l’invalidità civile, ma anche in quelli in materia di handicap nei quali peraltro la legittimazione del Ministero dell’Economia e delle Finanze derivava dall’assetto normativo previgente (ex art. 4 della legge n. 104/92), viene *ex lege* imposta la partecipazione di tale Ministero, cui è attribuita la qualità di parte necessaria, e nei cui confronti il richiedente deve proporre anche la propria domanda, evocandolo in giudizio.

Il suddetto Ministero, com’è reso evidente dal tenore della suddetta disposizione che gli attribuisce la qualità di litisconsorte necessario, non è la controparte esclusiva; pertanto nelle controversie introdotte per l’accertamento del diritto ad una determinata prestazione, o per la condanna alla relativa erogazione, con esso dovranno (continuare ad) essere convenuti anche gli altri soggetti la cui legittimazione passiva era stata individuata sulla base delle norme previgenti, cioè l’INPS e/o l’ente concedente, a seconda della tesi a cui si voglia accedere.

Resta quindi superato l’orientamento giurisprudenziale inteso ad individuare un solo legittimato passivo in tali giudizi.

Piuttosto, alla luce di tale disposizione, può dubitarsi della validità attuale dell'affermazione della Suprema Corte secondo cui non sono ammissibili azioni di accertamento delle mere condizioni sanitarie. Sembra, infatti, venuto meno uno degli argomenti su cui si fonda tale assunto, e cioè l'inconfigurabilità nell'attuale quadro normativo della legittimazione processuale del soggetto, appunto il Ministero dell'Economia e delle Finanze, a cui fa capo la suddetta funzione. Resta quindi da verificare l'altro argomento della tesi del Giudice di legittimità, e cioè che la condizione d'invalidità sia un mero fatto, da cui l'insussistenza dell'interesse ad agire per il suo accertamento (ex art. 100 c.p.c.), in quanto in dottrina si ritiene invece che la condizione di invalido civile, come quella di soggetto portatore di handicap, sia in sé uno “status”, a cui si riannoda una serie di tutele predisposte dall'ordinamento e per la cui immediata fruizione l'interessato, in caso di disconoscimento della propria qualità, ha un interesse concreto ed attuale ad ottenerne l'accertamento giurisdizionale (Carlo Alberto Nicolini, *“Dall'invalido di stato allo status di invalido”*, relazione per il Convegno di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema “contributi e prestazioni INPS: le problematiche di maggiore impatto qualitativo e quantitativo emerse nel recente contenzioso”, Roma 11 e 12 novembre 2003, pag. 25 e segg.; R. Lombardi, *“Azione di accertamento dello status di invalido e azione di condanna alle prestazioni pecuniarie: interesse ad agire e legittimazione passiva”*, in Giust. Civ., 2001, I, 2191, ss).

Singolare risulta inoltre la previsione dell'inciso finale della norma in esame, che pone a carico del CTU la formulazione, a pena di nullità, della richiesta di assistenza alle indagini di un componente delle Commissioni mediche di verifica, indicato dal Direttore della Direzione Provinciale dei servizi vari. Si tratta di un obbligo del CTU, quale organo ausiliario del Giudice, che si aggiunge a quelli previsti dal codice di rito, ed è inteso a garantire l'effettività del contraddittorio sull'accertamento delle condizioni sanitarie del richiedente. È sufficiente a tal fine che il CTU, accettato l'incarico, invii alla competente Direzione la suddetta richiesta di partecipazione, indicando i dati necessari (cioè il nominativo del periziando e data, luogo ed ora dell'inizio delle operazioni). Verificato il compimento di tale incombenza (è necessario quindi che il CTU unisca alla propria relazione scritta tale richiesta, con la prova della sua ricezione da parte della suddetta Direzione), la consulenza, sotto questo aspetto, deve ritenersi perfettamente valida, non potendo incidere su di essa l'eventuale omessa designazione da parte dell'organo citato del componente della Commissione che deve assistere alle indagini, ovvero la mancata presentazione di quest'ultimo alle operazioni.

Da ultimo, un problema posto dalla norma in questione è quello della sua applicabilità ai giudizi pendenti.

È noto che, proprio per il principio della irretroattività delle leggi di cui all'art. 11 disp. prel. c.c., applicabile anche alle norme processuali, la norma deve trovare applicazione dal giorno della sua entrata in vigore (nel caso in esame 2.10.2003), e quindi agli atti processuali da compiersi successivamente alla sua vigenza. Tuttavia il processo è una sequenza di atti collegati funzionalmente, e la rigida applicazione di questa regola può portare a situazioni incongruenti, quale, segnatamente, quella che si avrebbe se, instaurato il giudizio nei soli confronti dell'INPS e/o dell'ente concedente prima dell'entrata in vigore della suddetta norma, la consulenza tecnica

d'ufficio, da espletarsi dopo tale data, vedesse il coinvolgimento del componente della commissione medica di verifica, su esplicita richiesta del CTU da formularsi a pena di nullità.

Con la disposizione in commento in realtà è proprio la struttura del processo in questa materia, e conseguentemente il suo oggetto, che risultano modificati: la questione delle condizioni sanitarie del richiedente deve essere risolta non più *incidenter tantum*, ma con forza di giudicato e nel contraddittorio necessario, anche sul piano degli accertamenti tecnici, con l'autorità cui istituzionalmente fa capo la relativa funzione, e nei cui confronti la domanda giudiziale deve essere proposta.

Può quindi concludersi che solo ai ricorsi giudiziari proposti dopo il 2.10.2003 devono trovare applicazione le nuove norme che tale diverso modello processuale hanno introdotto.

In contrario potrebbe obiettarsi che il Ministero suindicato è individuato espressamente quale litisconsorte necessario ex art. 102 c.p.c. nei giudizi in questione e quindi tale qualità, assunta dal 2.10.2003, comporterebbe inevitabilmente la necessità dell'integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero stesso nei giudizi in corso, in qualunque stato essi si trovino.

Tuttavia è evidente l'inammissibilità di una tale presa di posizione.

Infatti, portando alle estreme conseguenze questo assunto si avrebbe che tutti i procedimenti pendenti alla data suddetta, anche nei gradi di gravame, su iniziativa del Giudice o del Ministero che faccia valere la propria pretermissione, dovrebbero di fatto essere "azzerati" per poi dover ricominciare con la partecipazione del Ministero stesso, con la conseguente caducazione delle pronunce già a suo tempo, legittimamente, intervenute (artt. 354 e 383, 3° comma, c.p.c.). Peraltro, come rilevato anche dalla giurisprudenza, sussiste anche in materia processuale un principio dell'affidamento, in base al quale va giustamente tutelata *"l'aspettativa di chi, essendosi uniformato alle prescrizioni di rito vigenti al tempo in cui egli ha posto in essere un atto processuale, non debba temere pregiudizio per il sopravvenire di una nuova legge che eventualmente modifichi le disposizioni in precedenza da lui osservate"* (Cass. 12.5.00, n. 6099; n. 2973/96, v. pure Corte Cost. sent. n. 155/90).

Può quindi affermarsi che la "nuova" qualità di litisconsorte necessario del Ministero si riferisce ai "nuovi" processi, da instaurarsi dopo il 2.10.2003, potendosi al più ammettere, sulla base dell'interpretazione letterale della norma che prevede appunto la notifica degli atti introduttivi dei giudizi in questa materia "anche" al suddetto Ministero, che essa si applichi pure ai ricorsi depositati prima della data suddetta, ma la cui notifica alle controparti debba essere compiuta dopo la data stessa. Sebbene questa disposizione, in realtà, come si è detto, manifesta la necessità di una vera e propria *"vocatio in jus"* del Ministero (nei cui confronti pure devono essere formulate le conclusioni), il ricorrente in questo caso dovrà compiere l'atto uniformandosi alla nuova normativa e dovrà perciò notificare il ricorso, benché non vi sia una esplicita domanda contro il Ministero, anche a quest'ultimo, il quale, per ciò solo, in quanto litisconsorte necessario, sarà posto nelle condizioni di partecipare al processo.

2.c — Segue. L’abrogazione delle norme in materia di contenzioso amministrativo e la decadenza dall’azione giudiziale.

L’art. 42, al 3° comma, prevede che a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto “*non trovano applicazione le disposizioni in materia di ricorso amministrativo avverso i provvedimenti emanati in esito alle procedure in materia di riconoscimento dei benefici di cui al presente articolo. La domanda giudiziale è proposta, a pena di decadenza, entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all’interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa*”.

Va subito segnalato che gli effetti di questa disposizione sono stati differiti al 31.12.2004 dall’art. 23, comma 2, del D.L. 24 dicembre 2003, n. 355 (al momento non convertito (1)) e che, essa, pertanto, allo stato non trova applicazione.

Venendo comunque all’esame del suo contenuto, il legislatore con tale norma, nel perseguire l’obiettivo di rafforzare il controllo della spesa in materia assistenziale, ha eliminato il contenzioso amministrativo, assoggettando l’azione giudiziaria, che diventa quindi direttamente esperibile, ad un termine di decadenza, decisamente breve, decorrente dalla comunicazione del provvedimento.

La diversità di regime che si viene a configurare tra le prestazioni assistenziali, per le quali l’unico rimedio esperibile è quello giudiziale, e prestazioni previdenziali, soggette invece al sistema dei ricorsi “interni” che condizionano la procedibilità dell’azione giudiziaria, potrebbe indurre ad avanzare dubbi di costituzionalità su tale scelta legislativa, considerato che il contenzioso amministrativo costituisce pur sempre per l’interessato un mezzo di facile “praticabilità” per ottenere il soddisfacimento dei propri diritti, prima di ricorrere alla via giudiziaria. Tuttavia non può sottacersi che, nella pratica, in questa materia i ricorsi amministrativi spesso si risolvono in una mera formalità, in quanto nella stragrande maggioranza dei casi essi vengono rigettati con un tautologico richiamo al contenuto del provvedimento impugnato, ovvero non viene emessa alcuna decisione, e non sembra pertanto che la loro eliminazione si traduca in una privazione di effettivi strumenti di tutela per gli assistiti.

In concreto, il provvedimento dalla cui comunicazione decorre il termine decadenziale, a seconda delle fasi del procedimento, può essere il verbale di visita della Commissione medica della ASL o della Commissione di verifica in tutto o in parte negativo per l’interessato, oppure la determinazione dell’ente concedente (per la Lombardia il Comune o la ASL) che nega la prestazione per insussistenza dei requisiti socio-economici.

Una prima questione che si pone è se, nel caso in cui non venga adottato il provvedimento nel termine di legge, è comunque configurabile la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione dell’azione.

(1) Il citato D.L. è stato poi convertito in legge, con legge 27 febbraio 2004, n. 47, in G.U. 27 febbraio 2004, n. 48.

Nella fase dell'accertamento dei requisiti sanitari è prevista una procedura contro l'inerzia delle Commissioni mediche (cioè la diffida all'Assessorato Regionale alla sanità che provvede alla fissazione della data della visita dinanzi alla Commissione) che rende difficilmente configurabile la mancanza del provvedimento (ossia il verbale di visita). Comunque, in questo caso, la persistente inerzia, cioè l'omessa convocazione a visita anche da parte del suddetto organo, è "ricorribile" dinanzi al Giudice ordinario (ex art. 3, comma 5, del D.P.R. n. 698/94), sicché se al suddetto quesito dovesse darsi risposta affermativa, è dal momento che tale omissione viene perfezionata che prende a decorrere il termine decadenziale (cioè allo scadere del nono mese dalla domanda ovvero, se la diffida è stata inoltrata oltre il sesto mese dalla domanda, allo scadere dei 90 giorni successivi alla diffida medesima, ex art. 3, comma 1, del D.P.R. n. 698/94).

Riguardo alla fase concessoria l'ente concedente deve provvedere nel termine di 180 giorni (ex art. 4, 1° comma, del D.P.R. n. 698/94), e quindi l'inutile decorso di tale termine potrebbe integrare l'omissione provvedimentale a cui riferire la decorrenza del termine decadenziale.

In questo caso, tuttavia, un ostacolo ad ammettere tale decadenza è dato dal fatto che l'interessato non è nelle condizioni di conoscere la data di inizio del termine entro il quale deve essere completata la suddetta fase e quindi del momento in cui viene a concretarsi il "diniego" di concessione della prestazione.

Infatti, tale termine decorre dalla data di ricezione da parte dell'ente concedente del verbale di visita e della copia della domanda, ma il richiedente non viene informato del momento in cui effettivamente tale ricezione si è verificata, esauendosi gli obblighi di comunicazione nei suoi confronti con il semplice invio del verbale di visita.

Peraltro, a far propendere per la risposta negativa in generale al problema, nell'uno e nell'altro caso — a parte la opinabilità se le situazioni suindicate integrino ipotesi di silenzio con valore legale tipico (di diniego della prestazione), e quindi sia configurabile un "provvedimento", sia pure per *fictionis juris* — è la considerazione che la norma riannoda il termine decadenziale "*alla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emesso in sede amministrativa*", e presuppone quindi un provvedimento espresso.

Una seconda questione che si pone è quella relativa agli effetti di tale decadenza. È da escludere che essa comporti l'estinzione del diritto alla prestazione, attesa la peculiare natura "alimentare" dei diritti in questa materia, posti a tutela di una categoria di soggetti costituzionalmente protetta (art. 38 Cost.).

Nel silenzio della norma si deve ritenere che la decadenza in questione abbia rilevanza processuale, anche se essa, indirettamente, produce parziali effetti sostanziali a carico dell'interessato.

Infatti, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del D.P.R. n. 698/94, le prestazioni economiche in materia di invalidità civile decorrono dal mese successivo alla data di presentazione della domanda ovvero dalla data successiva in cui risultano perfezionati i relativi requisiti.

Riscontrata l'intervenuta decadenza, il Giudice dovrà emettere una pronuncia di rieiezione della domanda giudiziale, per violazione del termine entro cui essa doveva essere proposta. L'interessato, pertanto, a questo punto, non potrà fare altro che presen-

tare una nuova istanza amministrativa di prestazione, e, contro l'eventuale provvedimento negativo, proporre una nuova azione entro il termine decadenziale di cui tale stesso provvedimento avrà determinato la decorrenza. In questo caso, qualora la domanda giudiziale sia tempestiva, l'oggetto del giudizio sarà sempre costituito dal diritto del ricorrente alla prestazione, ma la decorrenza di quest'ultima non potrà che essere riferita alla data di presentazione della seconda istanza amministrativa, ovvero alla eventuale data successiva di maturazione dei relativi requisiti.

Un'ulteriore questione che si pone è se il termine decadenziale riguardi anche i provvedimenti di revoca delle prestazioni. Sotto il profilo letterale, considerato che la norma si riferisce genericamente ai provvedimenti, la risposta dovrebbe essere affermativa, e ciò potrebbe anche trovare conferma nella ratio della norma stessa, intesa ad attuare un efficace controllo sulla spesa in materia assistenziale e sulle determinazioni che quindi incidono su di essa, anche mediante la previsione di rigorosi termini entro i quali “costringere” l'esercizio dell'azione per il loro conseguimento. Alla risposta negativa potrebbe condurre invece la sua collocazione, in quanto appunto tale previsione si inserisce nell'ambito della norma che prevede l'inapplicabilità delle disposizioni in materia di contenzioso amministrativo nei procedimenti instaurati per il “riconoscimento” delle prestazioni, e considerato peraltro che, come si visto, i provvedimenti di revoca non sono suscettibili di impugnativa amministrativa, e contro di essi è ammessa azione diretta dinanzi all'Autorità Giudiziaria.

Se si dovesse accedere alla prima tesi (cioè l'applicabilità del termine decadenziale anche alle controversie conseguenti ai provvedimenti di revoca), gli effetti dell'inosservanza del termine dovrebbero essere analoghi: il richiedente, che sia incorso in tale decadenza, dovrà presentare una nuova domanda amministrativa di assegnazione della prestazione e da tale nuova domanda, in caso di diniego poi rivelatosi infondato nel giudizio questa volta tempestivamente instaurato, decorrerà il suddetto trattamento.

2.d. — Segue. Le altre disposizioni in materia di invalidità civile

Per ragioni di completezza, vanno segnalate le altre disposizioni introdotte in questa materia dall'articolo in esame.

Il 4° comma prevede che in sede di verifica della sussistenza dei requisiti medico legali eseguita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nei confronti dei titolari delle prestazioni economiche, devono essere valutate le patologie riscontrate con riferimento alle tabelle in vigore all'atto della verifica ed alle percentuali di invalidità ivi indicate. Se il giudizio in tal modo condotto esclude la conferma del beneficio in godimento, è disposta l'immediata sospensione dei pagamenti con effetto dalla data della visita di verifica e il Ministero adotta il conseguente provvedimento di revoca.

Tale norma dunque integra il contenuto delle previgenti disposizioni, che si sono sopra richiamate, concernenti la verifica dei requisiti sanitari da parte del suddetto Ministero, il quale, in base alle stesse disposizioni, resta il soggetto legittimato passivo delle relative azioni.

Inoltre, la norma citata demanda allo stesso Ministero la determinazione con cadenza annuale delle verifiche straordinarie da eseguirsi da parte delle Commissioni Mediche di verifica.

Ai sensi del 7° comma dell'articolo in esame, che sostituisce l'art. 97, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, sono esclusi dai controlli sui requisiti sanitari i soggetti portatori di gravi menomazioni fisiche permanenti, di gravi anomalie cromosomiche nonché i disabili mentali gravi. Si tratta di soggetti che versano in condizioni irreversibili e per i quali non si pone l'esigenza di verificare la permanenza di tali requisiti.

Il 5° comma dello stesso articolo, infine, prevede la fissazione con provvedimento interdirigenziale da emanarsi dall'INPS, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate, delle modalità tecniche per eseguire, in via telematica, le verifiche sui requisiti reddituali nei confronti dei titolari delle prestazioni economiche, nonché per procedere alla sospensione dei pagamenti non dovuti ed al recupero degli indebiti. La stessa norma prevede una sanatoria degli indebiti percepiti dai soggetti privi dei requisiti reddituali prima della data della sua entrata in vigore (2.10.2003).

3. — *La nuova disciplina dei benefici per i lavoratori esposti ad amianto. L'art. 13, comma 8, della legge 27.3.1992, n. 257 e le problematiche relative.*

L'art. 47 è dedicato alla revisione della normativa in materia di benefici previdenziali ai lavoratori esposti all'amianto.

Anche in questo caso, prima di esaminare tale disposizione, è opportuno richiamare la situazione normativa previgente e le questioni relative.

L'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, come modificato dal D.L. 5 giugno 1993, n. 169, conv. nella legge n. 271/93 testualmente prevede: "*Per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, gestita dall'INAIL, è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5*".

Sul contenuto di tale norma, sottoposta a ben 4 giudizi di costituzionalità (conclusi con le sentenze n. 5 del 12.1.2000; n. 127 del 22.4.2002; n. 434 del 31.10.2002, e ordinanza n. 7 del 12.1.2000) ed oggetto di un numero rilevante di sentenze, sia dei Giudici di merito, sia dei Giudici di legittimità, si possono considerare raggiunte le seguenti conclusioni:

a) il beneficio contributivo in essa previsto spetta a tutti i lavoratori subordinati, quale che sia il settore d'attività del datore di lavoro, e non ai pensionati titolari alla data dell'entrata in vigore della legge istitutiva (28.4.1992) di trattamento di anzianità, vecchiaia e inabilità (Corte Cost. sent. n. 428/02); spetta invece ai lavoratori titolari alla stessa data di assegno di invalidità ex art.1 della legge n. 222/84 o di pensione di invalidità ex art. 10 del r.d.l. n. 636/39, in quanto trattamenti compatibili con la qualifica di lavoratore attivo cui fa riferimento la norma stessa, ovvero ai loro superstiti, pur-

ché deceduti dopo la sua entrata in vigore (Cass. n. 1976/01; 10557/01; 2932/02; 13195/01; 13786/01; 17528/02; 18243/02).

b) La legittimazione passiva nelle controversie relative spetta esclusivamente all'ente pensionistico tenuto all'applicazione della maggiorazione contributiva ed alla liquidazione della pensione, e non all'INAIL al quale in via amministrativa è rimessa la funzione di verifica e di attestazione dell'esposizione ad amianto, in quanto soggetto estraneo al rapporto, di natura previdenziale, dedotto in giudizio (Cass. 28 giugno 2001 n. 8859; 25 febbraio 2002 n. 2677; n. 8937/02; n. 6659/03).

Diverse sono invece le posizioni per quanto riguarda la nozione stessa di esposizione, utile per il riconoscimento del beneficio.

Nessun problema si pone per i lavoratori assicurati contro l'asbestosi, con l'obbligo per il datore di lavoro di pagamento del relativo premio supplementare, per i quali l'esposizione è in re ipsa. Per gli altri lavoratori, secondo parte della giurisprudenza di merito, l'esposizione ad amianto sussiste indipendentemente dall'esistenza di concentrazioni di polveri superiori a determinati valori soglia, purché si tratti di concentrazione significativa determinante il rischio morbigeno (da ultimo Corte d'Appello di Milano, sent. 4.3.2003); secondo invece la Corte di Cassazione essa è configurabile solo quando l'esposizione sia “qualificata”, riscontrabile nella sussistenza di polveri d'amianto in concentrazioni superiori ai valori limite fissati dalla legislazione prevenzionale (segnatamente dagli artt. 24, comma 3, e 31 del Dlgs. n. 277/91), in quanto il mancato raggiungimento di tali limiti, non determinando alcun obbligo per il datore di lavoro, comporta la valutazione normativa di assenza di rischio per la salute dei lavoratori che non possono considerarsi “esposti” (sentt. n. 1162/01; n. 4913/01; 8859/01; 2926/02; 10114/02; 10185/02; 10979/02, 23 gennaio 2003 n. 997; e da ultimo sent. 29.10.2003 n. 16256). Nella stessa linea della Corte di Cassazione si pone la giurisprudenza della Corte dei Conti (Sez. III centrale d'appello, sent. 17/22.5.2002).

Tale valore limite è dato dalla concentrazione media annuale di 0,1 fibre/cm³ come valore medio su 8 ore al giorno.

Pertanto, il suddetto valore costituisce il criterio seguito dall'INAIL nell'esercizio della funzione di verifica ed attestazione di esposizione ad amianto, svolta a mezzo dei propri organi tecnici, cioè la CON.T.AR.P..

Con riferimento ad un cospicuo numero di aziende, la questione dell'esposizione è stata risolta in base ad atti di indirizzo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, emessi a seguito del confronto con le parti sociali, sulla base dei quali l'INAIL ha riconosciuto tale situazione. A tali atti d'indirizzo, sui quali si era a sua volta formato un nutrito contenzioso promosso dinanzi ai giudici amministrativi dalle aziende interessate, che deducevano un grave nocumento, in quanto essi avrebbero determinato l'esodo anticipato di un massiccio numero di lavoratori, è stato conferito il crisma dell'ufficialità dall'art. 18, comma 8, della legge 31.7.2002, n. 179, che ha espressamente disposto che “*le certificazioni già rilasciate o che saranno rilasciate dall'INAIL sulla base degli atti d'indirizzo già emanati dal Ministero del lavoro sono valide ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali dell'amianto*”.

Permaneva tuttavia un esteso contenzioso, spesso determinato dalla pratica impossibilità per l'INAIL di ricostruire situazioni molto risalenti nel tempo, e da più

parti erano state avanzate proposte di modifica della suddetta norma, sia perché eccessivamente costosa, sia per semplificarne l'applicazione.

3.a. — Segue. Le modifiche introdotte dall'art. 47 del D.L. n. 269/03 conv. in legge n. 326/03.

È questo lo scenario quando entra in vigore l'art. 47 del D.L. n. 269/03.

Tale articolo, al 1° comma, prevede a decorrere dal 1° ottobre 2003, il dimezzamento del coefficiente moltiplicatore (da 1,50 a 1,25, in pratica la maggiorazione dal 50 % per ogni anno d'esposizione, diventa del 25 %) e la sua valenza ai solo fini della misura della pensione, e non più per il conseguimento del diritto.

Il 2° comma prevede che il ridimensionamento del beneficio contributivo si applica anche ai lavoratori destinatari di certificazioni di esposizione ad amianto sulla base degli atti di indirizzo emanati dal Ministero del lavoro e delle Politiche sociali.

Il 3° comma prevede che con la stessa decorrenza il suddetto beneficio è concesso ai lavoratori iscritti all'INAIL che per un periodo non inferiore a 10 anni, sono stati esposti ad amianto in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno. I predetti limiti, prosegue la norma, non si applicano ai lavoratori per i quali sia stata accertata una malattia professionale a causa dell'esposizione ad amianto, ai sensi del T.U. delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali di cui al D.P.R. n. 1124/65.

Il 4° comma prevede che la sussistenza e la durata dell'esposizione ad amianto di cui al comma 3 sono accertate e certificate dall'INAIL.

Il 5° comma prevede che i lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento di tale beneficio, compresi quelli che già avevano ottenuto la certificazione dell'INAIL prima del 1°10.2003, devono presentare apposita domanda alla sede INAIL di residenza. Tale domanda deve essere presentata nel termine, posto a pena di decadenza degli stessi benefici, di 180 giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del decreto interministeriale, da emanarsi a sua volta entro 60 giorni, recante le modalità di attuazione di tali nuove disposizioni.

In sede di conversione del decreto sono state apportate alcune modifiche e sono stati aggiunti, per quanto di interesse, 3 commi alla norma in esame.

In primo luogo, è scomparso il riferimento alla necessità di iscrizione all'assicurazione INAIL prevista nel testo originario dal 3° comma della norma in commento.

Tale soppressione, dunque, ha "ufficializzato" a livello legislativo l'estensione dei benefici a tutti i lavoratori dipendenti anche dei settori per i quali l'iscrizione all'INAIL era esclusa (i dipendenti delle Ferrovie dello Stato iscritti a tale istituto solo dall'1.1.1996, ma anche i dipendenti di poste italiane s.p.a. iscritti dall'1.1.1999, ovvero i marittimi per i quali l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali è gestita dall'IPSEMA), estensione per la quale, per i dipendenti delle Ferrovie, la Corte Costituzionale si era già comunque pronunciata, sebbene con sentenza interpretativa di rigetto (sent. n. 127/02).

Inoltre, con il comma 6 *bis*, è stata prevista la salvezza delle previgenti disposizioni per i lavoratori che, anche grazie ai benefici previdenziali nella loro consistenza originaria, avessero maturato il diritto a pensione alla data di entrata in vigore del decreto stesso, nonché per coloro che fruissero di trattamenti di mobilità o avessero definito la risoluzione del rapporto di lavoro in relazione alla domanda di pensionamento.

Il comma 6 *ter* prevede che i lavoratori cui sono stati estesi i benefici previdenziali per esposizione ad amianto come rideterminati dallo stesso articolo, se destinatari in base ai regimi pensionistici di appartenenza di benefici che comportano l'anticipazione dell'accesso al pensionamento o l'aumento dell'anzianità contributiva, hanno facoltà di optare tra i predetti benefici e quelli da esposizione ad amianto. Questi ultimi non si applicano se tali stessi soggetti abbiano già usufruito di tali aumenti o anticipazioni alla data di entrata in vigore del decreto.

Il comma 6 *quinqies*, infine, prevede che in caso di indebito pensionistico derivante dalla riforma a favore dell'ente previdenziale di sentenze di riconoscimento del beneficio pensionistico in questione, gli importi ancora non recuperati alla data di entrata in vigore della legge di conversione (26.11.2003), sono abbuonati a favore del lavoratore.

La disciplina in questa materia, dopo la conversione del D.L. in esame, poteva essere pertanto così individuata:

la vecchia norma, che prevede il coefficiente moltiplicatore di 1,5 e la sua valenza ai fini del diritto e della misura delle prestazioni pensionistiche, continuava a trovare applicazione per i soggetti che, alla data di entrata in vigore del D.L., si trovassero nelle seguenti condizioni:

1) anche grazie ad essa, avessero già maturato i requisiti contributivi e anagrafici per il pensionamento. A tal fine non rileva né la data di presentazione della domanda di pensione, né la sua decorrenza, che poteva anche essere successiva a quella di entrata in vigore del D.L.;

2) si trovassero in mobilità;

3) avessero definito la risoluzione del rapporto in relazione alla domanda di pensionamento. Tutti tali soggetti, pertanto, potevano ottenere la suddetta maggiorazione contributiva da utilizzare per il pensionamento sulla base della certificazione positiva già ottenuta dall'INAIL, anche se rilasciata dopo il 2.10.2003, e, in caso di diniego, agire giudizialmente per il suo conseguimento, allegando di trovarsi in una delle suddette situazioni.

I restanti lavoratori subivano le restrizioni previste dalla nuova norma.

Pertanto essi, anche se muniti di certificazione positiva dell'INAIL rilasciata prima del 1° 10.2003, in attuazione o meno di atti di indirizzo ministeriale, per ottenere il beneficio contributivo, ormai ridotto, dovevano presentare una nuova domanda all'INAIL di residenza nel previsto termine di decadenza di 180 giorni, decorrente dall'emanazione del decreto interministeriale cui è demandata la determinazione delle modalità attuative della stessa disposizione.

L'INAIL a sua volta avrebbe dovuto esaminare le domande, sia di coloro che già avevano ottenuto la certificazione, sia di coloro che ancora non avevano proposto domanda, tenendo conto del criterio espressamente fissato dalla nuova norma: ossia la

concentrazione media annua non inferiore a 100 ff/l come valore medio su 8 ore al giorno. Si tratta, peraltro, come si è visto, del criterio già individuato e seguito dall'INAIL nell'esercizio della funzione di verifica ed attestazione dell'esposizione ad amianto, affidatagli in via amministrativa, e recepito dalla giurisprudenza di legittimità.

Piuttosto, la necessità di riesaminare le posizioni anche dei lavoratori che avevano ottenuto la certificazione a seguito degli atti di indirizzo ministeriali poteva comportare per costoro il diniego della certificazione, visto che stessi atti di indirizzo individuavano le figure professionali che, nelle varie realtà aziendali, risultavano maggiormente a rischio, prescindendo tuttavia dall'accertamento del superamento dei valori soglia, criterio questo in base al quale invece l'INAIL, come si è detto, indiscriminatamente doveva orientare la propria valutazione.

Subivano inoltre direttamente la restrizione della nuova norma i soggetti a cui il beneficio, con la soppressione del riferimento alla necessità di iscrizione all'INAIL, è stato esteso; quali ad es. i dipendenti dell'ente ferrovie dello stato o i marittimi.

Costoro, se destinatari in base al regime pensionistico di appartenenza di analoghi benefici previdenziali, quali l'accesso anticipato alla pensione o l'aumento dell'anzianità contributiva, dovevano scegliere tra questi ultimi e quello da esposizione ad amianto il quale tuttavia non era applicabile qualora essi avessero già usufruito dei suddetti benefici.

3.b. — Segue. La “salvezza” delle disposizioni previgenti introdotta dalla legge finanziaria.

A seguito della pressione esercitata sia da parte sindacale, sia da parte politica, il legislatore è nuovamente intervenuto nella materia con la legge finanziaria.

L'art. 3, comma 132, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, prevede testualmente: *“in favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 2 ottobre 2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni, sono fatte salve le disposizioni previgenti alla medesima data del 2 ottobre 2003. La disposizione di cui al primo periodo si applica anche a coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data. Restano valide le certificazioni già rilasciate dall'INAIL”*.

Tale norma, è evidente, ha inteso estendere la salvezza delle disposizioni previgenti alla modifica di cui all'art. 47 cit..

Tuttavia non può dirsi che ne sia chiaro il contenuto.

Se ci si sofferma sul primo periodo, sembrerebbe che la vecchia disciplina si applichi a tutti coloro che fino al momento in cui è essa rimasta in vigore (2.10.2003), si siano trovati nelle condizioni ivi previste, e quindi ne debbano beneficiare degli effetti. In questa prospettiva, tutti i lavoratori esposti ad amianto per più di dieci anni fino al 2.10.2003 hanno diritto alla maggiorazione contributiva per il coefficiente di 1,5 ai fini del diritto e della misura della pensione.

Tale significato, però, risulta smentito dal secondo periodo, il quale nel prevedere che la suddetta disposizione si applica *anche* a coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data, non solo aggiunge un'ipotesi che dovrebbe già rientrare nella stessa disposizione, ma individua, come una sorta di “fattispecie minore”, la situazione in cui vi è un comportamento attivo dell'interessato per ottenere il riconoscimento del proprio diritto, anche se esso non ha dato il risultato sperato prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni.

Non appare logico ammettere come ipotesi principale di salvezza delle disposizioni previgenti, a parità di situazione di fatto, quella del soggetto che è rimasto assolutamente inerte e non ha ottenuto alcun formale riconoscimento, per poi aggiungervi solo in via estensiva quella del soggetto che si è attivato, in via amministrativa o giudiziaria, per ottenere tale stesso riconoscimento.

L'interpretazione che allora può essere data è quella secondo cui la “maturazione” del diritto al conseguimento dei benefici previdenziali previsti dalle norme previgenti è configurabile quando il lavoratore abbia già ottenuto prima del 2.10.2003 il riconoscimento della esposizione ad amianto e quindi sia in concreto sorto in suo favore il diritto a conseguire i suddetti benefici. Tale riconoscimento, che presuppone logicamente un'iniziativa dell'interessato, può essere dato dall'attestazione da parte dell'Ente pensionistico che il periodo di esposizione sarà oggetto della maggiorazione contributiva al momento del pensionamento, ovvero dalla positiva certificazione già emessa dall'INAIL (e ciò spiega l'esplicita conferma della validità di tali certificazioni formulata in chiusura della stessa norma).

La salvezza delle previgenti disposizioni tuttavia non è limitata a tali soggetti, ma riguarda anche coloro che, pur non avendo conseguito tale riconoscimento, si sono attivati per ottenerlo, in sede amministrativa presentando la domanda all'INAIL, e in sede giudiziaria, proponendo la relativa domanda giudiziale.

Resta fuori dalla clausola di salvezza il lavoratore che, anche se si è trovato nella situazione di fatto prevista dalla normativa previgente, non si è attivato entro la data del 2.10.2003 per ottenerne il riconoscimento, e quindi non ha agito per ottenere i relativi benefici.

Si potrà obiettare che tale interpretazione introduce una discriminazione tra i lavoratori a seconda del momento in cui essi si sono attivati per far valere il proprio diritto; tuttavia è l'unica interpretazione che consente di dare un senso compiuto alla norma.

Peraltro la suddetta discriminazione poggia comunque su un dato che la giustifica.

Come risulta dal dibattito, anche a livello sindacale, che l'ha preceduta, la norma ha inteso tutelare tutti i lavoratori che, per avere già ottenuto il riconoscimento del beneficio previdenziale, avevano una legittima aspettativa sui propri futuri diritti pensionistici, fidando, appunto, anche sul beneficio stesso; aspettativa che sarebbe rimasta travolta dalle nuove disposizioni. Sono questi i soggetti che avevano ormai “maturato” il diritto al conseguimento del beneficio previdenziale. Assieme a tali soggetti il legislatore ha inteso tutelare coloro che, pur non avendo ottenuto tale riconoscimento, si erano attivati per conseguirlo perché anche tali lavoratori, in fondo, confidavano nella possibilità di acquisire, direttamente

dall'INAIL o per via giudiziale, il beneficio nella sua consistenza originaria, e quindi nutrivano un'aspettativa in tal senso.

Al contrario la salvaguardia non è stata accordata a quanti non si erano mai attivati per avere il riconoscimento del beneficio. Nei confronti di costoro nessuna legittima aspettativa è oggettivamente configurabile, e quindi non vi è nessuna esigenza di apprestarvi tutela.

Un primo problema che si pone è se tale norma di salvaguardia si aggiunge o sostituisce quella prevista dalla legge di conversione n. 326/03. Benché in realtà essa è talmente ampia da rendere presumibilmente in pratica quest'ultima inoperante, la soluzione deve essere nel primo senso; per cui il lavoratore che non ha ottenuto né chiesto, in via amministrativa o giudiziale, il riconoscimento dei benefici da esposizione ad amianto prima del 2.10.2003, ma si trovi in una delle situazioni previste dal comma 6bis dell'art. 47, potrà invocare in proprio favore la vecchia norma.

Un secondo problema è se tra i destinatari della clausola di salvaguardia rientrano anche i soggetti ai quali i benefici previdenziali da esposizione ad amianto sono stati formalmente estesi solo con il D.L. in esame (o, meglio, con la legge di conversione di tale decreto-legge), quali ad es. i dipendenti dell'Ente Ferrovie dello Stato s.p.a., di Poste Italiane s.p.a., o i "marittimi" per i quali ultimi l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali è gestita dall'IPSEMA.

Infatti, sebbene almeno per la prima categoria di lavoratori l'inclusione tra i destinatari della vecchia normativa fosse stata ritenuta già esistente dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 127/02 cit., che è comunque una sentenza interpretativa di rigetto, è pur sempre vero che essa viene formalmente disposta solo con l'entrata in vigore della legge di conversione del D.L., e tale estensione riguarda comunque il beneficio nella sua versione, per così dire "ridotta", come delineata dal comma 1 della norma in esame.

Sicché il dipendente appartenente ad una delle suddette categorie, che ha presentato la domanda di riconoscimento all'INAIL o ha proposto la causa prima del 2.10.2003 può ottenere l'applicazione in proprio favore di una norma, che, anche se implicitamente, gli viene negata, per essere stata dichiarata applicabile in suo favore una norma diversa e, in un certo senso, con la prima incompatibile?

La risposta dovrebbe essere negativa, e ciò non solo per il dato letterale delle disposizioni in esame (l'art. 13, comma 8, della legge n. 257/92 che comunque fa riferimento alla necessità di iscrizione all'INAIL, e l'art. 47, comma 6ter del D.L. n. 269/03 conv. in legge n. 326/03 che espressamente parla di "estensione" del beneficio, come rideterminato, dallo stesso articolo), ma anche perché la situazione di tali soggetti non sembra essere considerata dalla suddetta clausola di salvezza, intesa a tutelare i lavoratori che, per essere pacificamente destinatari della vecchia norma, in qualche modo avevano maturato un'aspettativa a fruirne degli effetti, nel senso che si è più sopra indicato.

I suddetti lavoratori, unitamente a coloro che entro la data del 2.10.2003 non si sono attivati per ottenere il beneficio in esame, ed a coloro che maturano il periodo ultradecennale di esposizione oltre la suddetta data (ipotesi questa di rilievo pressoché esclusivamente teorico, visto che, come emerso anche dalla casistica giudiziaria, i processi di dismissione dell'amianto nelle varie realtà aziendali si sono ulti-

mati, al più tardi, nella prima metà degli anni '90) restano destinatari della nuova normativa.

Sul piano processuale ciò dovrebbe comportare una rivalutazione della posizione dell'INAIL, il quale è oggi per legge, e non più per convenzione recepita in atti amministrativi interni, deputato ad accertare e certificare la sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto (*ex* 3° comma dell'art. 47) ed al quale l'interessato deve esclusivamente rivolgersi, presentando la domanda nel termine posto a pena di decadenza dal diritto agli stessi benefici.

L'esposizione ad amianto, pertanto, sembrerebbe configurarsi, più che il mero presupposto di fatto del diritto alla maggiorazione contributiva, un'autonoma situazione giuridica, assimilabile ad una sorta di diritto di credito, rispetto al quale la maggiorazione stessa si pone quale automatica conseguenza, calcolabile con mera operazione aritmetica.

In questa prospettiva l'accertamento di tale situazione dovrebbe svolgersi nel contraddittorio con l'INAIL, soggetto deputato al suo riconoscimento in favore dell'interessato in via stragiudiziale.

Se invece si vuole ritenere che l'esposizione ad amianto integra una mera situazione di fatto, elemento del diritto alla maggiorazione contributiva esercitabile esclusivamente verso l'ente pensionistico, resterà solo quest'ultimo il soggetto legittimato passivo delle relative controversie, con tutte le incongruenze che però di fatto, sul piano della effettività del contraddittorio e dell'esercizio del diritto di difesa da parte dell'ente stesso, tale soluzione comporta.

4. — *Le altre novità in materia processuale.*

Il provvedimento in esame introduce altre disposizioni di contenuto processuale.

L'art. 44, 3° comma, prevede che *“gli atti introduttivi del giudizio di cognizione, gli atti di precetto nonché gli atti di pignoramento e sequestro devono essere notificati a pena di nullità presso la struttura territoriale dell'Ente pubblico nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati e contenere i dati anagrafici dell'interessato, il codice fiscale ed il domicilio”*.

Si tratta di una norma intesa ad agevolare la difesa degli enti pubblici, soggetti passivi di azioni promosse, in via esecutiva o nell'ambito del giudizio di cognizione, nei loro confronti, e ciò mediante l'imposizione sia dell'obbligo di notifica dei relativi atti giudiziari presso la struttura dell'ente nel cui ambito risiede il soggetto interessato — struttura che, in base ai criteri comunemente adottati dagli enti stessi, ha trattato o è competente a trattare la pratica relativa — sia mediante l'integrazione del contenuto di tali atti con l'indicazione dei dati identificativi relativi al soggetto stesso, per una sua più agevole e rapida individuazione.

La sanzione di nullità, anche se contenuta nella proposizione normativa che disciplina il luogo della notifica, deve riconoscersi anche nel caso in cui l'atto introduttivo non rechi le indicazioni prescritte sul soggetto che esercita l'azione.

Ciò sia perché tale sanzione è, nel contesto della norma, ugualmente riferita alla necessità di indicazione dei suddetti dati identificativi (come risulta dalla congiunzione “e” che precede tale ultima previsione), sia perché, come si è detto, nell’ambito dell’organizzazione degli enti pubblici, che gestiscono un numero relevantissimo di posizioni, si tratta di dati necessari per l’esatta e tempestiva identificazione della controparte, e quindi indispensabili per l’esercizio del diritto di difesa.

Sotto il primo aspetto, cioè il luogo della notifica, la norma apporta una deroga alla regola generale della sede legale della persona giuridica di cui all’art. 145 c.p.c., alla quale in precedenza occorre fare riferimento.

Sotto il secondo aspetto, cioè la specificazione dei suindicati elementi identificativi della parte, si può ritenere che tale disposizione integri le previsioni del codice di rito disciplinanti gli atti da essa richiamati (artt. 163, 164, 414, 480, ecc.), introducendo una nuova ipotesi di nullità, accanto a quelle desumibili dalla legge processuale.

Lo stesso comma 3 dell’art. 44 modifica l’art. 14 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669 convertito dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30 disciplinante l’esecuzione forzata ai danni delle Pubbliche Amministrazioni. In base a tale ultima disposizione, le Pubbliche Amministrazioni dispongono di un termine di 120 giorni, decorrente dalla notificazione del titolo esecutivo, per l’esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali esecutivi comportanti l’obbligo di pagamento di somme di denaro. Prima della scadenza di tale termine — disponeva la norma citata — il creditore non può procedere ad esecuzione forzata “né compiere atti esecutivi”.

La questione che si poneva nella vigenza di tale disposizione era se il creditore potesse procedere alla notifica dell’atto di precetto nella pendenza di tale termine o contestualmente al titolo esecutivo, visto che, almeno sulla base delle norme del codice di rito, il precetto non è un atto dell’esecuzione (che incomincia con il pignoramento, ex art. 491 c.p.c.).

La giurisprudenza aveva dato in prevalenza risposta negativa, argomentando dalla ratio della norma, che è quella di dare agli enti debitori un congruo termine per approntare i mezzi finanziari necessari per il pagamento evitando di subire procedure esecutive e l’ulteriore aggravio di costi da esse derivanti, e quindi di limitare in favore degli stessi enti le spese successive alla pronuncia giudiziale, sicché sarebbe contrario a tale esigenza ammettere che il creditore possa intimare immediatamente il precetto, facendo gravare sulla stessa P.A. le spese relative (Trib. di Vicenza sent. n. 192/99; Pret. di Perugia, sent. n. 711/98).

Tale problema è ora comunque risolto dalla norma in commento che, nello specificare che il creditore non può procedere alla notifica dell’atto di precetto, ha recepito il suddetto indirizzo giurisprudenziale. Pertanto il creditore che intenda ottenere il pagamento del proprio credito riconosciuto in un titolo esecutivo, dovrà notificare tale titolo alla P.A. debitrice, e solo se alla scadenza del termine di 120 giorni quest’ultima non avrà adempiuto, potrà mettere in esecuzione il titolo stesso, ponendo in essere innanzitutto l’atto necessario e prodromico a tal fine, ossia l’intimazione del precetto.

Lo stesso art. 44, al comma 4, prevede che l’azione giudiziaria relativa al pagamento degli accessori del credito in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie può essere proposta solo dopo che siano decorsi 120 giorni da quello in cui l’attore ne abbia richiesto il pagamento alla sede tenuta all’adempimento a mezzo di lettera racco-

mandata con avviso di ricevimento, contenente i dati anagrafici, residenza e il codice fiscale del creditore, nonché i dati necessari per l'identificazione del credito.

Si tratta di una disposizione dal chiaro scopo deflativo rispetto ad un contenzioso che, soprattutto in determinate aree geografiche, riveste proporzioni patologiche.

Con tale norma quindi si assegna uno *spatium* adimplendi di 120 giorni all'ente previdenziale o assistenziale per disporre il pagamento delle somme dovute a titolo di accessori, decorrente dalla presentazione della richiesta amministrativa contenente tutti i dati necessari per l'adempimento, prima dello spirare del quale l'interessato non può agire giudizialmente.

Tuttavia tale disposizione ha anche le sue implicazioni di carattere, per così dire, sistematico.

È noto che, secondo la giurisprudenza, la domanda giudiziale contro l'Ente previdenziale può essere proposta soltanto dopo la preventiva presentazione della istanza amministrativa, munita di tutti i dati e documenti necessari, al fine di consentire all'Ente predetto di adottare una formale pronuncia sulla richiesta stessa. Tale istanza, infatti, essendo finalizzata a provocare la determinazione, esplicita od implicita (*silenzio-rifiuto*), dell'Ente competente al riconoscimento del beneficio invocato, costituisce un presupposto processuale dell'azione, la quale, in difetto, è improponibile, sussistendo una temporanea carenza di giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 37, 1° comma, c.p.c.. Tale improponibilità determina la nullità di tutti gli atti processuali compiuti ed è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo (Cass. Sez. Un. n. 7269/94; sez. lav. n. 2608/84; n. 5687/82; n. 3581/82; n. 3400/82; n. 438/84; n. 1280/84; n. 1407/84; n. 8575/90; n. 8111/92; 16.1.1996, n. 317, nonché da ultimo 16372/03 e 18265/03).

Tale situazione è diversa da quella della mera improcedibilità prevista dall'art. 443 c.p.c. che si verifica quando invece esiste una determinazione, esplicita o implicita, dell'Ente previdenziale in quanto l'interessato ha presentato la domanda amministrativa, ma non è stato esaurito il relativo procedimento in conformità alle conferenti disposizioni, le quali prevedono di norma l'esperimento del ricorso amministrativo avverso la determinazione in prima istanza emessa dall'ente (cfr. Cass. n. 1637/03 cit.). L'improcedibilità è rilevabile solo alla prima udienza, nel qual caso il Giudice dispone la sospensione del giudizio ed assegna termine perentorio di 60 giorni al ricorrente per la proposizione del ricorso amministrativo.

Sempre secondo la giurisprudenza (v. ad es. Trib. di Milano, n. 1492/03), nelle controversie promosse per il pagamento di accessori dei crediti in materia previdenziale ed assistenziale, non è necessaria la preventiva presentazione di un'istanza amministrativa, in quanto, avendo tali accessori la stessa natura del credito cui ineriscono, l'oggetto del giudizio è dato semplicemente dall'esatta misura della prestazione già riconosciuta a seguito del precedente procedimento amministrativo all'esito del quale essa non è stata esaustivamente corrisposta.

Tali controversie, pertanto, possono essere senz'altro instaurate dall'interessato senza che al riguardo sia necessario presentare la preventiva domanda all'Ente debitore, né percorrere alcun *iter* amministrativo.

Ebbene, innanzitutto, alla luce della nuova disposizione in esame, tale orientamento deve considerarsi superato.

Infatti, è evidente che in questo tipo di controversie tale domanda è adesso comunque necessaria.

Il problema è allora se tale preventiva domanda costituisce presupposto di proponibilità dell'azione, oppure mera condizione di procedibilità, con le diverse conseguenze che nell'uno o nell'altro caso ne discendono.

La soluzione preferibile è nel primo senso.

Infatti, a parte il tenore della norma (*"l'azione giudiziaria... può essere proposta solo dopo che siano decorsi 120 giorni da quello in cui l'attore ne abbia richiesto il pagamento a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento..."*), non può farsi riferimento alla improcedibilità in quanto essa presuppone il mancato esaurimento di un procedimento già iniziato. Del resto, lo stesso art. 443, 2° comma, c.p.c. prevede espressamente che il Tribunale, rilevata l'improcedibilità, debba assegnare il termine *"per la proposizione del ricorso amministrativo in sede amministrativa"*, e tale disposizione mal si attaglia al diverso caso in cui manchi la presentazione della domanda amministrativa.

In contrario potrebbe obiettarsi che se si dovesse ritenere tale istanza presupposto per la proponibilità dell'azione, dovrebbe coerentemente ammettersi la necessaria impugnazione amministrativa, a pena di improcedibilità, dell'eventuale silenzio-rifiuto (concretizzatosi con l'inutile decorso dei 120 giorni successivi alla sua presentazione), il che non è previsto dalla norma in esame, che anzi prevede senz'altro il *"libero"* esperimento dell'azione giudiziaria dopo la scadenza del termine suddetto.

Tuttavia a tale obiezione può replicarsi che l'impugnazione mediante il ricorso amministrativo, pur costituendo di norma una *"tappa"* per la conclusione dei procedimenti dinanzi agli enti previdenziali ed assistenziali, non è una regola assoluta e sono configurabili casi in cui essa non è contemplata.

Ciò, del resto, risulta dall'art. 443 c.p.c. il quale nel prevedere il necessario esaurimento dell'iter amministrativo, comprensivo quindi della sua fase giustiziale, rinvia alle disposizioni contenute nelle leggi speciali, con la conseguenza che se tali disposizioni nulla prevedono al riguardo, non è configurabile alcuna necessità di esperire il suddetto ricorso, che anzi, se proposto, deve essere considerato irricevibile ed inidoneo a produrre alcun effetto *"procedimentale"*, ma solo, sussistendone i requisiti, sostanziale (e segnatamente l'interruzione del termine di prescrizione del diritto).

Il che non significa che l'interessato possa agire direttamente in giudizio, perché dovrà comunque prima esplicitare la propria pretesa all'ente ed ottenerne in tal modo una determinazione, presupposto per la regolare costituzione del rapporto processuale.

In altri termini, mentre il ricorso amministrativo richiede una previsione in tal senso (e la normativa al riguardo ha comunque portata generale; v., per il contenzioso amministrativo dell'INPS, gli artt. 43 e segg. della legge 9 marzo 1989, n. 88), la domanda amministrativa deve essere sempre presentata, perché in mancanza di essa, e quindi della determinazione dell'ente, difettano i presupposti per la instaurazione della lite.

Del resto, tra le fattispecie in cui la Corte di Cassazione ha affermato i principi sopra ricordati in tema di proponibilità della domanda giudiziale, vi sono anche quelle della restituzione di importi versati indebitamente all'INPS, per le quali non è previsto alcun contenzioso amministrativo (cfr. Cass. 18.9.1995, n. 9865; n. 6931/96).

5. — La riforma dell'art. 152 disp. att. c.p.c..

L'art. 43, 11° comma, modifica il testo dell'art. 152 disp. att. c.p.c., in materia di regolamento delle spese processuali nelle cause previdenziali ed assistenziali.

Con tale norma il legislatore ha raccolto le indicazioni formulate dalla Corte Costituzionale (sent. n. 135/87), richiamate con la successiva sentenza n. 134 del 13.4.1994, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 4, 2° comma, del D.L. 19.9.1992, n. 384 conv. in legge 14.11.1992, n. 438 che aveva espressamente abrogato la suddetta disposizione.

Il Giudice delle leggi, infatti, nel sottolineare come la regola dell'esonero dalle spese nelle cause previdenziali ed assistenziali fosse strumentale all'effettiva tutela dei diritti alle relative prestazioni (di valenza costituzionale ex art. 38, comma 2, Cost.), con la rimozione della condizione di disparità dovuta alla minor resistenza del lavoratore o pensionato, parte economicamente debole, a far valere i propri diritti per il rischio delle conseguenze economiche della soccombenza, aveva precisato che sarebbe stato possibile escludere dai beneficiari di questa regola i soggetti “abbienti”, per i quali non sussistono tali esigenze di tutela, rilevando che comunque “*la determinazione concreta delle condizioni e degli estremi della situazione di “abbiente”..., importa scelte affidate alla discrezionalità del legislatore*”.

Con la norma in esame si è stabilito quindi che, ferma restando l'applicabilità della disciplina per i casi di lite temeraria (ex art. 96, 1° comma, c.p.c.), l'esonero dalle spese nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali o assistenziali è subordinato alla titolarità, nell'anno precedente la decisione, di un reddito imponibile ai fini IRPEF, risultante dall'ultima dichiarazione, pari o inferiore a due volte l'importo del reddito stabilito ai sensi dell'art. 76, commi da 1 a 3, e 77 del T.U. 30.5.2002, n. 115 (si tratta delle disposizioni che stabiliscono le condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato). La stessa norma prevede, a tal fine, che l'interessato che nell'anno precedente a quello di instaurazione del giudizio si trova in tali condizioni, deve formulare nelle conclusioni dell'atto introduttivo apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione e si impegna a comunicare, fino alla definizione del processo, le variazioni rilevanti dei limiti di reddito verificatesi nell'anno precedente.

È prevista inoltre l'applicazione dei commi 2 e 3 dell'art. 79 (riguardanti, rispettivamente, le modalità di attestazione dei redditi per i cittadini extra-comunitari, da eseguirsi a mezzo di certificazione dell'Autorità consolare competente, e il potere del Giudice di ordinare alla parte di produrre la documentazione necessaria ad accertare la veridicità dell'autocertificazione) e dell'art. 88 dello stesso T.U. (che prevede l'inclusione dei soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato nei programmi annuali di controllo da parte della Guardia di Finanza).

La norma, apparentemente chiara, pone però alcune questioni.

Essa, nel definire le condizioni reddituali che determinano l'esenzione, fa riferimento ai primi tre commi dell'art. 76 e all'art. 77 del T.U. n. 115/02 cit.. Nessun problema si pone per il primo comma dell'art. 76, che prevede il limite di reddito per l'accesso al gratuito patrocinio (pari ad € 9.296,22) — soggetto in base all'art. 77, pure richiamato, ad adeguamento con cadenza biennale in base alla variazione dell'Indice

Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati — né per il 3° comma dell'art. 76 che prevede la rilevanza ai fini della determinazione dei limiti reddituali anche dei redditi esenti dall'IRPEF o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta o a imposta sostitutiva.

Problematico è invece il richiamo al secondo comma dell'art. 76, il quale dispone che *“salvo quanto previsto dall'art. 92, se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l'istante”*. L'art. 92, a propria volta, prevede che *“se l'interessato all'ammissione al patrocinio convive con il coniuge o con altri familiari, si applicano le disposizioni di cui all'art. 76, comma 2, ma i limiti di reddito indicati dall'art. 76, comma 1, sono elevati di € 1.032,91 per ognuno dei familiari conviventi”*.

La questione che si pone è allora se nel computo dei limiti di reddito per l'esenzione delle spese rilevino o meno anche i redditi dei familiari conviventi, con l'applicazione, in caso affermativo, dell'elevazione dei limiti per ognuno di tali familiari prevista dall'art. 92 del citato T.U..

Per la soluzione negativa potrebbe far propendere il dato letterale della prima parte della disposizione in esame, la quale si riferisce alle condizioni reddituali della parte (*“la parte soccombente non può essere condannata al pagamento delle spese, competenze ed onorari, quando risulti titolare di un reddito...”*).

La risposta affermativa è tuttavia preferibile in quanto la norma, nell'individuare il reddito che dà luogo all'esenzione, fa riferimento *“all'importo del reddito stabilito ai sensi degli articoli 76, commi da 1 a 3 e 77”*, operando dunque non un semplice rinvio all'importo previsto da tali disposizioni, quanto piuttosto anche ai criteri di individuazione degli elementi da computare a tal fine.

Del resto, nel prosieguo la stessa norma, nel porre a carico dell'attore l'onere di formulare nelle conclusioni dell'atto introduttivo la dichiarazione sostitutiva di certificazione dei redditi, fa riferimento alle *“condizioni indicate nel presente articolo”*, là dove alla definizione di tali condizioni concorre, appunto, anche il suddetto 2° comma dell'art. 76 cit., e l'art. 92 da questo richiamato.

Peraltro, a questa conclusione conduce anche la *“ratio”* che è sottesa alla regola dell'esenzione delle spese, che è comune alle disposizioni in materia di gratuito patrocinio.

Se, infatti, entrambi tali benefici si giustificano in considerazione delle condizioni economiche dei soggetti destinatari, non si vede perché nel momento in cui razionalmente il legislatore ha ritenuto che nel caso di soggetto inserito in un nucleo familiare debba aversi riguardo alle condizioni economiche complessive, rimodulando anche i conseguenti limiti reddituali, tale regola debba valere solo per uno dei suddetti benefici e non anche per l'altro.

Una seconda questione è quella dell'applicabilità del nuovo regime delle spese ai giudizi pendenti, trattandosi di norma processuale.

Le prime pronunce che è dato rinvenire sul punto escludono tale applicabilità, sia facendo leva sul dato letterale della norma che presuppone l'assolvimento dell'onere dell'autocertificazione nell'atto introduttivo, e quindi non può che riguardare gli atti introduttivi posti in essere dopo la sua entrata in vigore, sia in base all'esigenza di

evitare che una modifica di così rilevante portata possa incidere su valutazioni già compiute prima della sua emanazione, comprendenti anche i rischi derivanti dalla soccombenza (Trib. di Pisa sent. n. 617/03; Corte d'Appello di Milano, sent. 839/03).

Secondo tale ultima decisione, tuttavia, sembrerebbe che la nuova norma debba essere applicata ai procedimenti instaurati dopo la sua entrata in vigore, anche se relativi a gradi successivi di uno stesso giudizio.

Ne consegue che, ad es., l'assicurato soccombente in primo grado che decida dopo l'entrata in vigore di tale norma di impugnare la sentenza, dovrà formulare nelle conclusioni dell'atto di appello l'autocertificazione delle proprie condizioni reddituali, ove siano tali da determinare l'esenzione dalle spese, e così anche per gli atti introduttivi dei gradi successivi, e il regolamento delle spese dovrà essere condotto dal Giudice dell'impugnazione sulla base del nuovo art. 152 disp. att. c.p.c..

Aderendo a tale prospettazione, in quest'ultimo caso, sebbene la norma si riferisca all'atto introduttivo, è evidente che se è l'ente previdenziale o assistenziale a proporre impugnazione, l'autocertificazione della situazione reddituale dovrà essere inserita dall'assicurato nella memoria difensiva.

Un ulteriore problema è se l'attore che non abbia formulato nell'atto introduttivo l'autocertificazione attestante l'esenzione, magari per non essersi trovato in possesso dei prescritti limiti di reddito, possa al successivo momento della decisione della causa chiedere di avvalersene, allegando di trovarsi in tali condizioni reddituali, eventualmente sopravvenute.

A tale quesito potrebbe risponderci negativamente sulla base del rilievo che la norma prevede come specifico onere per la sua applicazione che l'interessato autocertifichi fin dalla instaurazione del giudizio le condizioni che legittimano tale esenzione, con l'impegno a comunicare le eventuali variazioni rilevanti; se si dovesse ritenere che l'interessato possa dedurre di trovarsi nelle condizioni reddituali anche dopo, tale previsione sarebbe svuotata di ogni significato. In questo caso, molto più semplicemente, il legislatore avrebbe previsto l'onere per l'interessato di rendere la suddetta autocertificazione direttamente al momento della decisione.

Inoltre, proprio sulla base dell'argomento svolto a sostegno dell'applicabilità della norma solo ai procedimenti introdotti dopo la sua entrata in vigore, potrebbe sostenersi che la parte deve accollarsi tutti i rischi esistenti al momento di proposizione della lite, compreso quello delle spese processuali derivanti dalla soccombenza, per non essere nelle condizioni reddituali previste per beneficiare dell'esenzione.

La soluzione positiva invece può essere dettata dalla considerazione che la norma prevede che l'esenzione è subordinata al possesso del requisito reddituale nell'anno precedente a quello della pronuncia, e quindi è solo a tale preciso momento che occorre avere riguardo per il regolamento delle spese, non rilevando che tali condizioni non fossero esistenti al momento della instaurazione del giudizio, ed apparendo ingiusto che il Giudice condanni alle spese pur in presenza di un reddito al di sotto della soglia di esenzione, anche se attestatosi a tale livello in un momento successivo rispetto a quello previsto per la formulazione dell'autocertificazione.

Tale norma è ovviamente applicabile anche nell'ipotesi di azioni proposte collettivamente da più persone (come anche nel caso di soggetti che agiscono in qualità di eredi del titolare o aspirante tale, della prestazione, trattandosi di parti distinte, dal

punto di vista sostanziale e dal punto di vista processuale) ovvero di più cause, instaurate separatamente e successivamente riunite. In questi casi il Giudice, nel pronunciarsi sulle spese, dovrà limitare la condanna a coloro tra i soccombenti che non si trovano nelle condizioni per l'esenzione.

Infine, dal testo della norma sembrerebbe che per l'applicazione della regola dell'esenzione per l'intero processo sia sufficiente l'autocertificazione contenuta nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, che non deve perciò essere ripetuta negli atti introduttivi dei gradi successivi.

Pertanto, escluso ovviamente il caso di procedimento d'impugnazione promosso dopo l'entrata in vigore della nuova norma (2.10.2003) e conseguente ad un procedimento instaurato nella vigenza di quella precedente, per il quale la necessità dell'autocertificazione è data dal fatto che è solo dal momento di instaurazione di tale nuovo grado del giudizio che la nuova regola sulle spese trova applicazione, nei processi iniziati dopo la suddetta data sarà sufficiente l'autocertificazione resa nell'atto introduttivo, alla quale i Giudici dei gradi successivi dovranno attenersi, essendo l'interessato obbligato a segnalare le variazioni delle proprie condizioni reddituali rilevanti ai fini dell'applicazione della regola in esame, *“fino a che il processo non sia definito”*.

6. – *La gestione previdenziale per gli associati in partecipazione e gli altri nuovi soggetti “assicurati”.*

Altra novità della normativa in esame è l'estensione dell'obbligo assicurativo nei confronti di nuove categorie di lavoratori.

L'art. 43 prevede, a decorrere dall'1.1.2004, l'istituzione presso l'INPS della Gestione previdenziale in favore degli associati in partecipazione, che conferiscono prestazioni lavorative i cui compensi sono qualificati ai fini fiscali come redditi da lavoro autonomo, con esclusione dei soggetti iscritti in albi professionali. È una risposta del legislatore ad un fenomeno, quello degli associati in partecipazione, che nella realtà del mondo del lavoro ha assunto proporzioni considerevoli e che spesso costituiva una forma di elusione degli obblighi contributivi, in quanto dissimulava rapporti di lavoro subordinato o comunque assoggettabili ad altre forme di assicurazione obbligatoria.

Gli obblighi verso tale Gestione sono modellati sulla falsariga di quelli previsti per i collaboratori coordinati e continuativi. Il contributo, che è a carico dell'associante nella misura del 55%, è pari a quello previsto per la Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335/95 per i soggetti non iscritti ad altre forme di previdenza (attualmente l'aliquota è del 17,30 %, ma il successivo art. 45 dello stesso D.L. ha equiparato la misura di tale aliquota a quella prevista per la gestione pensionistica dei commercianti, prevedendo l'applicazione dei relativi incrementi previsti dall'art. 59, comma 15, della legge 27.12.1997, n. 449 fino al raggiungimento, a regime, di 19 punti percentuali). Esso deve essere versato dall'associante anche per la quota dell'associato, con le stesse modalità e termini previsti per i collaboratori coordinati e continuativi, ed è applicato sul reddito dell'attività determinato con gli stessi criteri stabiliti ai fini IRPEF.

Non sussiste per tali soggetti, come per gli iscritti alla Gestione separata, un minimale contributivo obbligatorio; se il contributo versato è inferiore al contributo minimale previsto per i commercianti iscritti all'INPS, che appunto garantisce l'accreditamento di tutti i contributi mensili per il periodo di riferimento, i mesi di assicurazione da accreditare vengono proporzionalmente ridotti.

Il sistema di accesso e di calcolo dei trattamenti pensionistici per tali soggetti è esclusivamente quello contributivo.

L'art. 44, comma 2, estende, con decorrenza dall'1.1.2004 l'obbligo assicurativo alla Gestione degli esercenti attività commerciale istituita in seno all'INPS ai sensi della legge n. 613/66 e successive modifiche ed integrazioni, ai produttori di 3° e 4° gruppo di cui agli articoli 5 e 6 del contratto collettivo per la disciplina dei rapporti fra agenti e produttori di assicurazione del 25.5.1939. Si tratta dei soggetti che operano nell'ambito delle agenzie di assicurazione a supporto dell'azione degli agenti e sub agenti di assicurazione sulla base di una lettera d'incarico dell'agente principale. I produttori di 3° gruppo hanno l'obbligo di lavorare esclusivamente per l'agenzia dalla quale hanno ricevuto la lettera d'incarico, per i rami dalla stessa esercitati e di acquisire un determinato minimo di produzione; i produttori del 4° gruppo sono produttori liberi di piazza o di zona, senza l'obbligo di lavorare esclusivamente per la stessa agenzia, e non sono tenuti ad un determinato minimo di produzione. Per entrambi il compenso è stabilito in provvigioni.

La particolarità per tali soggetti è che, pur essendo soggetti all'obbligo di iscrizione alla gestione degli esercenti attività commerciali, non sono tenuti all'obbligo contributivo secondo il reddito minimale valevole per la generalità degli assicurati, di cui all'art. 1, comma 3, della legge n. 233/90. Essi pertanto sono tenuti a versare i contributi sul reddito effettivamente prodotto, alle scadenze previste per il versamento del contributo sul reddito eccedente il minimale (primo e secondo acconto il 30 giugno ed il 30 novembre dell'anno in corso, e saldo il 30 giugno dell'anno successivo, ex art. 2, comma 2, della legge n. 233/90 e successive modifiche ed integrazioni). Per i trattamenti pensionistici in favore di tali soggetti da liquidare a carico della Gestione Commercianti è prevista l'applicazione del sistema di calcolo contributivo, indipendentemente dall'anzianità contributiva posseduta. Ne deriva che anche per i lavoratori che alla data del 31.12.1995 possono far valere un'anzianità contributiva di almeno 18 anni, e che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge n. 335/95, avrebbero diritto a che l'intera pensione fosse calcolata esclusivamente con il sistema retributivo, la quota di pensione relativa alle anzianità contributive acquisite nel periodo di iscrizione nella gestione previdenziale dei commercianti come produttori di 3° e 4° gruppo deve essere invece calcolata in forma contributiva.

Lo stesso art. 44 prevede, ancora, a decorrere dall'1.1.2004 l'obbligo di iscrizione alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335/95 anche per i lavoratori occasionali e gli incaricati alle vendite a domicilio, quando però il reddito annuo derivante da tale attività sia superiore a € 5.000.

È noto che l'obbligo assicurativo verso la suddetta gestione riguarda sia coloro che esercitano per professionale abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, che non determini l'iscrizione ad albi o elenchi (i c.d. “professionisti senza cassa”), sia i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e gli incari-

cati alla vendita a domicilio (art. 2, comma 26, della legge 8.8.1995, n. 335, che rinvia all'art. 49, comma 1 e 2, lett a), del T.U. 22.12.1986, n. 917, oggi art. 50, a seguito delle modifiche introdotte dal D.L.vo 12.12.2003, n. 344).

Con la suddetta norma tale obbligo viene quindi esteso anche ai lavoratori autonomi occasionali, i quali svolgono la propria attività senza alcun coordinamento con il committente, in base a quanto previsto dall'art. 2222 c.c., e percepiscono redditi di lavoro autonomo non esercitato abitualmente, fiscalmente classificati tra i "redditi diversi" di cui all'art. 67, 1° comma lett. l), del suddetto T.U..

Per tali soggetti ai fini degli adempimenti contributivi è previsto l'esplicito richiamo alle modalità ed ai termini previsti per i collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla suddetta Gestione. Ciò, peraltro, desta perplessità, visto che la verifica del superamento del limite di reddito a cui è subordinato l'obbligo di iscrizione può essere eseguita soltanto a consuntivo, cioè a chiusura dell'esercizio finanziario, per cui il riferimento doveva essere semmai al sistema in vigore per i lavoratori autonomi iscritti alla gestione (responsabili dell'intero pagamento del contributo dovuto, nei termini e con le modalità di cui all'art. 1, comma 212, della legge 23.12.1996, n. 662).

Tale fattispecie, inoltre, va tenuta distinta da quella prevista dall'art. 61, comma 2, del D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (la c.d. "riforma Biagi"). È noto che tale articolo, nell'intento di perseguire comportamenti irregolari o elusivi, ha riformulato in senso restrittivo la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative prevedendone, sul piano dei requisiti sostanziali, la necessaria riconducibilità ad un progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, predisposto dal committente.

Sono escluse tuttavia da tale limitazione alcune fattispecie in cui, secondo il legislatore, il rischio di comportamenti irregolari o elusivi deve ritenersi insussistente. Tra queste vi è la prestazione occasionale del collaboratore, intendendosi per tale quella di durata inferiore a trenta giorni con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito superi l'importo di 5.000 euro (art. 61 cit., 2° comma).

Sul significato di tale esclusione le posizioni sono diverse.

Alla tesi di chi afferma che tutte le parasubordinazioni devono essere riconducibili al lavoro a progetto e quindi la collaborazione occasionale non potrebbe giuridicamente integrare tale schema negoziale (M. Tiraboschi, *Il Lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in "La Riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro", in Guida lav., 2003, 4, 137), si contrappone l'opinione di chi ritiene che la suddetta esclusione lascia aperto il problema della qualificazione del rapporto, il quale potrebbe essere sussunto nello schema dell'autonomia o della subordinazione, o anche in quello della collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, 3° comma, c.p.c (M. Miscione, *Il collaboratore a progetto* in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2003, 9, 812).

Ai fini strettamente previdenziali, ove si intenda aderire a tale ultima opinione, la suddetta esclusione può essere intesa nel senso che, nel caso da essa previsto, per la configurazione dell'attività di collaborazione che determina l'obbligo assicurativo verso la Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335/95 non è necessario che ricorra un progetto o programma di lavoro, o una sua fase.

Pertanto, l'attività del collaboratore occasionale, di durata inferiore a 30 giorni e per un compenso non superiore a 5.000 euro, continua ad essere soggetta all'obbligo

contributivo a carico del committente verso la suddetta Gestione, sempre che sia configurabile un rapporto di collaborazione coordinata ai sensi dell'art. 50, comma 1, lettera c) del TUIR, e non si sia in presenza di un rapporto di lavoro autonomo ex art. 2222 c.c., nel qual caso l'obbligo di iscrizione a tale ultimo titolo sorge solo se il reddito è superiore al suddetto importo, ai sensi dell'art. 44 del D.L. n. 269/03, conv. in legge n. 326/03 cit..

7. — Cenni sulle altre disposizioni meritevoli di segnalazione.

Conclusivamente meritano segnalazione, seppure con un rapido accenno, altre due disposizioni introdotte dalla normativa in esame.

L'art. 44, comma 1, reca l'interpretazione autentica dell'art. 9, comma 6, della legge 11 marzo 1988, n. 67. Si tratta della soluzione legislativa, con la ormai consueta “tecnica” della norma interpretativa, al contenzioso riguardante la cumulabilità del beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali con le riduzioni contributive spettanti alle imprese operanti in zona agricola svantaggiata e in zone montane di cui all'art. 14, comma 1, della legge 1.2.1986, n. 64 e successive modifiche e 1, comma 6, del D.L. 30.12.1987, n. 536 conv. in legge 29.2.1988, n. 48 e successive modifiche; cumulabilità negata dall'INPS ed invece rivendicata dalle aziende interessate.

Il legislatore, come già disposto a proposito dell'analoga questione dell'applicazione della riduzione per fiscalizzazione degli oneri sociali ai dipendenti assunti con contratto di formazione e lavoro (art. 68, comma 5, della legge n. 388 del 2000, ritenuto conforme a Costituzione dalla sentenza della Corte Cost. n. 374 del 2002), ha espressamente escluso tale cumulabilità.

Lo stesso articolo, al comma 6, interpreta l'articolo unico, 2° comma, della legge 13 agosto 1980 n. 427 in materia di calcolo del trattamento CIG. Anche tale norma costituisce la soluzione normativa del contenzioso avente ad oggetto la spettanza, o meno, della tredicesima mensilità del suddetto trattamento. Viene chiarito in via interpretativa che esso spetta, nei limiti dei massimali previsti, per un massimo di dodici mensilità nel corso dell'anno solare, con esclusione quindi del diritto a mensilità aggiuntive.

ALDO CATALANO

Avvocato

REGIME FISCALE DELLE PRESTAZIONI COMPLEMENTARI

Sommario: 1. - *Premessa.* 2. - *Applicabilità del regime agevolato alle prestazioni erogate dai fondi integrativi.* 3. - *Contestazione degli argomenti contrari addotti dall'Agenzia delle Entrate.*

1. — Premessa.

La questione riguarda l'applicazione alle pensioni integrative — erogate dai fondi integrativi degli enti di cui alla legge n. 70/1975 e, dopo la soppressione dei predetti fondi, direttamente dagli enti medesimi — del beneficio fiscale della esenzione dall'IRPEF nella misura prevista dall'art. 13, comma 8, del D. Lgs. 21.4.1993, n. 124.

Tale esenzione veniva disposta con l'art. 11 della L. n. 335/1995 che modificava il D. Lgs. n. 124/1993 nella parte in cui novellava il testo del TUIR (D.P.R. 22.12.1986, n. 917), introducendo in detto testo unico all'art. 47, comma 1, la lettera *h-bis* e, all'art. 48, il comma 7-*bis*. In tal modo la legge citata disponeva che le prestazioni comunque erogate in forma di trattamento periodico ai sensi del D. Lgs. n. 124/1993 “*costituiscono reddito per l'87,5 per cento dell'ammontare corrisposto*”.

Questa disciplina veniva confermata, con decorrenza 1° gennaio 1998, dall'art. 4 del D. Lgs. 2.9.1997, n. 314 — che ha introdotto nel citato testo unico l'art. 48-*bis* lettera d) — e poi modificata da ultimo con il D. Lgs. 18.2.2000, n. 47 (avente effetto dal 1° gennaio 2001) che, all'art. 10 lettera f), ha disposto che le prestazioni erogate in forma periodica “*si assumono al netto della parte corrispondente ai redditi già assoggettati ad imposta e di quelli di cui alla lettera g-quinquies) dell'art. 41, comma 1, del TUIR, se determinabili*”.

Pertanto, mentre non sussistono dubbi — per i motivi che saranno esplicitati nel paragrafo successivo — sull'applicabilità della tassazione nella misura dell'87,50% ai titolari di pensione integrativa cessati dal servizio in epoca precedente al 1° gennaio 2001, potrebbe sorgere qualche perplessità sull'applicabilità dello stesso regime ai titolari di pensione integrativa cessati dal servizio successivamente al 1° gennaio 2001.

Ma tale perplessità non ha motivo di sussistere considerato:

— che, ai sensi dell'art. 64 della legge 17.5.1999, n. 144 (che ha disposto la soppressione dei fondi integrativi degli enti di cui alla legge n. 70/1975 con decorrenza 1° ottobre 1999), i dipendenti degli enti parastatali iscritti al fondo e tuttora in servizio hanno maturato il trattamento pensionistico integrativo alla data del 30 settembre 1999;

— che l'art. 12 del D.Lgs. n. 47/2000 ha statuito, quale disciplina transitoria, che la nuova normativa in punto di trattamento tributario si applica — per i soggetti già iscritti a forme pensionistiche complementari — *“alle prestazioni riferibili agli importi maturati a decorrere dalla data da cui ha effetto il decreto stesso”* (1° gennaio 2001) con la conseguenza che le disposizioni previgenti continuano ad applicarsi alle prestazioni riferibili al montante maturato anteriormente al 1° gennaio 2001.

Alla luce di quanto sopra è di tutta evidenza che il regime della tassazione nella misura dell'87,50% trova applicazione per tutte le prestazioni pensionistiche integrative maturate *ante* 1° gennaio 2001, ancorché poste in pagamento dopo tale data.

In questo senso si è espressa la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 78/E del 6.8.2001 che, al punto 4, con riferimento alle disposizioni di carattere transitorio contenute nell'art. 12, comma 1, del D.Lgs. n. 47 del 2000, ha statuito che le nuove modalità di tassazione trovano applicazione per le prestazioni riferibili agli importi maturati a partire dal 1° gennaio 2001, mentre *“relativamente alle prestazioni maturate fino a tale data continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti”*.

2. — *Applicabilità del regime fiscale agevolato alle prestazioni erogate dai fondi integrativi.*

Il punto centrale della questione consiste nello stabilire se il beneficio fiscale previsto dall'art. 11 della L. n. 335/1995 si riferisce soltanto ai fondi costituiti in forza del D.Lgs. n. 124/1993 o anche ai fondi integrativi *preesistenti* costituiti presso gli enti parastatali.

Dato il carattere agevolativo della disposizione, l'Amministrazione finanziaria ne ha circoscritto l'ambito alla prima categoria di fondi (e relative prestazioni), ancorché risulti del tutto pacifico che anche le pensioni integrative a carico dei fondi interni degli enti parastatali si inquadrano fra i trattamenti complementari del sistema obbligatorio pubblico.

Si tratta quindi di esaminare se tali prestazioni integrative, in quanto a carico di fondi *preesistenti*, possano considerarsi quali *“prestazioni comunque erogate in forma di trattamento periodico ai sensi del D.Lgs. 21/4/1993, n. 124”* a cui fa riferimento la richiamata disposizione introduttiva del beneficio fiscale.

Va premesso che il D.Lgs. n. 124/1993 (che disciplina le forme pensionistiche complementari) è stato emanato sulla base della delega contenuta nell'art. 3, comma 1, lettera v), della legge 23/10/1992, n. 421.

Tale delega autorizzava il Governo *“ad emanare uno o più decreti legislativi per il riordino del sistema previdenziale ... con lo scopo di garantire trattamenti pensionistici omogenei ... disciplinando la costituzione, la gestione e la vigilanza di forme di previdenza per la erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio pubblico per i lavoratori dipendenti e autonomi ... prevedendosi la possibilità di concessione di agevolazioni fiscali”*.

È evidente l'intento del legislatore di riunire sotto la stessa disciplina **tutti** i fondi di previdenza aventi funzione integrativa del trattamento pensionistico obbligatorio, sì da conferire omogeneità al complessivo ambito della previdenza complementare.

Ed infatti il D.Lgs. n. 124/1993, dopo aver dettato la complessiva disciplina delle

nuove forme complementari — e, segnatamente, le regole per la scelta del regime dei fondi (a contribuzione *definita* o a prestazioni *definite*: art. 2), per l'istituzione ed il finanziamento dei fondi medesimi (artt. 3 e 8) e per il regime delle agevolazioni tributarie (artt. 13 e 14) —, si è poi interamente dedicato, nell'art. 18, alle forme pensionistiche complementari già istituite, e perciò esistenti alla data di entrata in vigore della legge delega n. 421/1992, per dettare una disciplina di **raccordo** con le disposizioni relative alle nuove forme pensionistiche.

Nell'ambito di tale disciplina, l'art. 18, comma 1, nell'indicare espressamente le norme del decreto che non si applicano alle forme pensionistiche complementari istituite *ante* legge n. 421/1992, **non ha fatto menzione del comma 8 dell'art. 13**, confermando così l'applicazione del beneficio della limitazione dell'imponibilità IRPEF alle prestazioni pensionistiche erogate dai fondi *preesistenti* (1).

Per quanto attiene a questi ultimi, la Commissione di vigilanza di cui all'art. 16 del D.Lgs. n. 124/1993, con delibera 26.11.1997, ha precisato che costituiscono forme pensionistiche *preesistenti* regolate dall'art. 18 del D.Lgs. n. 124/1993 **tutte** le forme di previdenza che, in posizione “*complementare del sistema pensionistico pubblico*” erogano prestazioni “*al raggiungimento dell'età pensionabile*” ovvero alla cessazione dell'attività lavorativa “*in presenza di determinate anzianità di servizio*”. Ciò significa che i fondi di previdenza *preesistenti*, che erogano, come il fondo INPS, prestazioni integrative per vecchiaia ed anzianità, rientrano nell'ambito applicativo del D.Lgs. n. 124/1993.

Su tale punto non concorda l'Agenzia delle Entrate la quale sostiene che i fondi degli enti di cui alla legge n. 70/1975 non possono essere annoverati fra le forme di previdenza complementare disciplinate dal D.Lgs. n. 124/1993; essa però dimentica di porre attenzione al fatto innovativo saliente della reviviscenza dei fondi di cui alla legge n. 70/1975 che l'art. 18, comma 9, ha ripristinato disponendo che i dipendenti assunti dopo tale legge (ai quali era preclusa l'iscrivibilità al fondo dall'art. 14, secondo comma, ora abrogato, della legge n. 70/1975) “*possono chiedere di essere iscritti al fondo integrativo costituito presso l'ente di appartenenza con facoltà di riscatto dei periodi pregressi*” e disegnando così un radicale mutamento di indirizzo legislativo spiegabile soltanto con l'intento di favorire la previdenza complementare attraverso l'incremento dei fondi già costituiti.

La fondatezza di quanto sopra osservato trova riscontro nella decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2686 dell'11.5.2000 che, pronunciandosi in merito ad altra questione, ha affermato che “*l'art. 18, nono comma, del D.Lgs. n. 124/1993, nel restituire vitalità alle forme previdenziali integrative previste dai singoli ordinamenti in favore dei dipendenti degli enti di cui alla legge n. 70/1975 (con l'abrogazione dell'art. 14, secondo comma, della legge da ultimo citata), ha ricondotto il sistema ad unità, nell'ambito dei trattamenti complementari introdotti dalla legge medesima*” (cfr. anche C.S. VI, dec. n. 2463 dell'8.5.2002).

L'inserimento legislativo delle forme di previdenza c.d. **integrativa** nel contesto

(1) Con delibera 26.11.1997, la Covip ha confermato che le norme del D.Lgs. n. 124/1993 stabilite per i fondi pensione di nuova generazione, non richiamate dall'art. 18 ma da questa disposizione non escluse, si devono applicare anche nel caso di fondi pensione *preesistenti*, nel silenzio dell'art. 18, essendo naturale rinvenire una evidente “*ratio legis*” di loro generale efficacia.

più ampio del riordino della previdenza **complementare** trova la sua ragione nella **equiparazione delle due forme previdenziali** in considerazione della specifica funzione integrativa del trattamento di base e della finalità di supporto alle forme di assicurazioni generali obbligatorie. E ciò conduce ovviamente a ritenere non condivisibile la tesi dell'Agenzia delle Entrate secondo cui i fondi integrativi di previdenza previsti dalla legge n. 70/1975 non possono considerarsi fondi di previdenza soggetti alle norme del D.Lgs. n. 124/1993 e quindi alla norma che ha previsto l'agevolazione fiscale.

Tale tesi restrittiva — che ipotizza una distinzione fra le due forme previdenziali per poter escludere i fondi integrativi dal beneficio fiscale — non si concilia con il contenuto della delega che prevedeva la possibilità di concedere agevolazioni fiscali a **tutte** le forme di previdenza presenti nella fase del riordino. Perciò il riferimento fatto nella norma agevolativa al decreto legislativo n. 124/1993 non può essere limitato, secondo un mero criterio letterale, soltanto ai fondi complementari la cui vita è stata regolamentata con quel decreto, ma deve intendersi esteso a tutto il sistema pensionistico considerato ed autorizzato da quella fonte normativa. E non vi è dubbio che l'art. 18 ben considera e tiene presente i fondi integrativi degli enti parastatali allorché, al comma nono, prima ne autorizza la ultrattività rispetto alla passata previsione limitativa, e poi abroga la possibilità della loro conservazione, consentita dall'art. 14, secondo comma, della legge n. 70/1975.

Una soluzione interpretativa diversa non si sottrarrebbe a censure di irragionevolezza, non trovando giustificazione la discriminazione ipotizzata, che approderebbe al risultato di favorire, sotto il profilo fiscale, soltanto le nuove pensioni complementari, senza che vi sia uno specifico riferimento normativo di esclusione delle pensioni integrative dal beneficio tributario.

Perciò la norma contenuta nell'art. 11 della legge n. 335/1995, per la quale “*le prestazioni comunque erogate in forma di trattamento periodico ai sensi del D.Lgs. n. 124/1993 costituiscono reddito per l'87,5 per cento dell'ammontare corrisposto*”, in mancanza di impliciti ed espliciti riferimenti, non può che essere intesa nel suo significato letterale che comprende **tutte** le prestazioni periodiche erogate dai fondi contemplati dal D.Lgs. n. 124/1993, ivi comprese, in quanto nel decreto trovano la loro legittimazione, quelle derivanti dalle pensioni integrative.

Tale interpretazione trova rispondenza nella circolare n. 46 del 22.2.1996 (che “Il Sole-24 Ore” attribuisce all'INPS, mentre sembra essere del Ministero delle Finanze o comunque redatta su indicazione di detto dicastero) nella quale si afferma che la nuova disciplina (introdotta dall'art. 11 della legge n. 335/1995) si applica “*alle prestazioni periodiche comunque erogate dai fondi pensione a decorrere dal 17.8.1995*”, data di entrata in vigore della norma richiamata (2).

(2) Le successive direttive dell'INPS (cfr. messaggio n. 1804 del 19/10/00) sono di segno opposto per aver recepito le indicazioni del Ministero del Lavoro il quale, con nota 11.11.1997, ha precisato che “*i fondi integrativi, nella loro attuale configurazione, non possono ancora essere annoverati fra le forme di previdenza complementare soggette alla vigilanza della Covip*” sottovalutando così l'obbligo dei fondi integrativi di inviare alla Covip una “*apposita comunicazione*” con i dati delle loro caratteristiche ai fini dell'assoggettamento ai poteri e doveri di vigilanza della Commissione: cfr. art. 18, comma 6, D.Lgs. n. 124/1993 e decreto del Ministero del lavoro n. 211 del 1997. Per un approfondimento, cfr. M.Bessone, “*Previdenza complementare e fondi pensione. Il comparto dei fondi pensione preesistenti*” in “*Informazione Previdenziale*”, n. 6/2001, 1168 e seguenti.

In prosieguo è intervenuto il D.Lgs. n. 47/2000 che ha modificato il trattamento tributario delle prestazioni pensionistiche erogate ai sensi del D.Lgs. n. 124/1993 disponendo (cfr. il nuovo testo della lettera d) dell'art. 48-bis, comma 1, del TUIR) che tali prestazioni si assumono al netto dei redditi già assoggettati a tassazione e di quelli di cui alla lettera g-*quinquies*) dell'art. 41, comma 1, del TUIR, se determinabili.

Tuttavia l'art. 12 di tale decreto, disciplinando il regime transitorio, ha stabilito che la nuova normativa, in punto di trattamento tributario, si applica — per i soggetti già iscritti a forme pensionistiche complementari — *“alle prestazioni riferibili agli importi maturati a decorrere dalla data da cui ha effetto il decreto stesso”* (1° gennaio 2001). Pertanto deve ritenersi assoggettato ad imposizione nella misura dell'87,50% l'importo pari alla prestazione pensionistica integrativa maturata anteriormente al 1° gennaio 2001, ancorché posto in pagamento in data successiva.

3. — *Contestazione degli argomenti contrari addotti dall'Agenzia delle Entrate.*

Con riferimento alla disciplina, prevista dall'art. 11 della L. n. 335/1995 e confermata dall'art. 4 del D.Lgs. 2.9.1997, n. 314, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto l'inapplicabilità del beneficio fiscale rilevando che *“la riduzione all'87,50 per cento della base imponibile delle prestazioni pensionistiche complementari non è altro che l'ideale restituzione del 12,50 per cento, aliquota ordinaria di ritenuta operata a titolo di imposta sugli impieghi finanziari del fondo pensione”* e che quindi *“non sussistendo per le prestazioni pensionistiche integrative una simile forma di tassazione a monte, non è ipotizzabile una detassazione dell'imponibile di base”*.

L'assunto è infondato considerato che l'investimento dei contributi versati ai fondi costituiti presso gli enti parastatali produce rendimenti finanziari che hanno già **scontato l'imposta** in capo al fondo pensione. Infatti l'art. 38 lettera d) del Regolamento di previdenza dell'INPS (cfr. anche art. 35 lettera d) del Regolamento INAIL) parla di *“reddito netto dei fondi impiegati”* riferendosi alla rendita dei capitali depurati dalle imposte pagate e quindi, anche per le prestazioni erogate dai fondi integrativi, la detassazione, attribuendo il *bonus*, commisurato al prelievo fiscale sul rendimento finanziario del capitale accantonato, al soggetto *finale*, cioè al soggetto destinatario della prestazione pensionistica, assolve alla finalità di evitare la duplicazione di tassazione fra rendimenti finanziari e prestazioni pensionistiche.

Le ulteriori deduzioni dell'Agenzia delle Entrate non hanno pregio in quanto si fondano essenzialmente sulle direttive degli enti e sugli atti della concertazione contrattuale collettiva di cui si è travisato il contenuto per poter escludere i fondi integrativi dal beneficio fiscale. Infatti l'art. 39 del C.C.N. L. del 6.7.1995, contrariamente a quanto ritenuto dall'Agenzia, introduce elementi interpretativi favorevoli all'ammissione dei fondi integrativi nella previdenza complementare in quanto dispone l'ampliamento dei fondi con l'esercizio di un riscatto da parte dei dipendenti in precedenza esclusi (cfr. art. 18, comma 9, del D.Lgs. n. 124/1993) e prevede *“opportune forme di*

raccordo fra i predetti fondi integrativi ed i fondi di previdenza di nuova istituzione”.

Non ha poi consistenza l'argomento fondato sull'art. 59, comma 3, della legge n. 449/1997 (che ha previsto la possibilità di una trasformazione delle forme pensionistiche *preesistenti* in forme a contribuzione definita) in quanto la disciplina, dettata, con disposizioni non transitorie, dall'art. 18, ha generato **diritti quesiti** (fra i quali il diritto al beneficio fiscale) che non possono essere conculcati ed elusi in vista di una eventuale trasformazione delle forme pensionistiche *preesistenti* in fondi di previdenza di nuova generazione. Né d'altra parte assume rilievo il richiamo all'art. 64, comma 2, della legge n. 144/1999 (che ha sancito la soppressione dei fondi integrativi) in quanto tale evento non può interpretarsi come cessazione del beneficio fiscale considerato che l'erogazione conserva la sua natura di prestazione integrativa e che il beneficio attiene a questo tipo di erogazione e non al fondo dal quale essa promana (3).

Del tutto inconferente è poi il riferimento all'art. 1, comma 5, del D.L. n. 669/1996 (convertito nella legge n. 30 del 1997) trattandosi di una norma **interpretativa** di una disposizione — quella contenuta nell'art. 13, comma 9, del D.Lgs. n. 124/1993 — che non riguarda la materia in esame, cioè le prestazioni periodiche, bensì quelle in forma capitale (4).

Da ultimo l'Agenzia ha sostenuto che la disciplina del D.Lgs. n. 124/1993 (ed, in particolare, la norma agevolativa) si applica ai vecchi fondi solo nel caso in cui “*per obbligo o per scelta si siano adeguati*” (alle norme indicate dall'art. 18, commi 2 e 4) e che i fondi integrativi sono esclusi dalla disciplina di detto decreto a motivo delle loro peculiari caratteristiche (che li differenziano dai nuovi fondi) quali: la mancanza di “*personalità giuridica autonoma*”, la non redditività dei contributi versati al fondo, la “*obbligatorietà dell'assoggettamento agli oneri di copertura assicurativa*” (contribuzione), la diversità di regime.

A prescindere dal fatto che eventuali differenze fra le due categorie di fondi non escludono l'assoggettamento ad una comune disciplina, tali rilievi sono del tutto infondati. La personalità giuridica non è richiesta neppure per i nuovi fondi; i contributi versati al fondo integrativo producono, come si è visto, rendimenti finanziari, mentre l'art. 18, comma 9, del D.Lgs. n. 124/1993, riconoscendo ai dipendenti in precedenza esclusi la possibilità di chiedere l'iscrizione e quindi di aderire ai fondi integrativi, attua quella **facoltatività e volontarietà** dell'adesione (e dell'assoggettamento agli oneri di contribuzione) che è una caratteristica dei nuovi fondi pensionistici, in considerazione della quale si spiega e si giustifica la norma generale fiscale con cui si vuole favorire tale adesione, riducendo in parte l'assoggettabilità all'IRPEF.

Né d'altra parte il regime dei fondi (a contribuzione *definita* o a prestazioni *definite*) può valere come criterio distintivo fra le due categorie. Infatti i fondi complementari di

(3) Sulla irrilevanza delle norme sopra indicate cfr. Comm. Trib. Prov. di Perugia, decisioni n. 1002/4/01 del 3/12/01 e n. 779/05/01 del 20/12/01. Sulla disciplina dei fondi di pensione *preesistenti* e sulla definitività del regime normativo ad essi assegnato dall'art. 18 del D.Lgs. n. 124/1993 cfr. M. Bessone in “Informazione Previdenziale”, n. 6/2001, 1171 e seguenti.

(4) Sulla inapplicabilità, nella specie, della norma **interpretativa** di cui all'art. 1, comma 5, del D.L. n. 669/1996 (conv. nella L. n. 30/1997) cfr. decisione della Comm. Trib. Prov. di Roma, Sez. 12°, n. 602/12/01 del 10.12.2001 secondo cui la limitazione temporale prevista da tale norma “*è riferibile solo alle prestazioni in forma capitale — come si deduce dall'espresso e limitato richiamo del comma 9 dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/1993 — e non alle prestazioni periodiche quale quella in esame*”.

nuova generazione possono costituirsi anche come fondi a prestazioni *definite* (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 124/1993) ed essere quindi soggetti allo **stesso regime** (a prestazioni *definite*) che è proprio dei fondi integrativi previsti dalla legge n. 70/1975 (cfr. art. 59, comma 3, della legge n. 449/1997 e art. 18, 8-*quinquies* del D.Lgs. n. 124/1993 aggiunto dall'art. 15, comma 5, della L. n. 335/1995).

Quanto poi all'ulteriore rilievo (concernente l'adeguamento), si ritiene che esso costituisca un *escamotage* difensivo in quanto nessuna norma subordina l'applicazione della disciplina del decreto al regime dell'adeguamento, come del resto ritenuto dalle stesse circolari ministeriali che prevedono l'applicazione della disciplina del decreto (ed, in particolare, della norma agevolativa) ai vecchi fondi senza fare riferimento alla necessità dell'adeguamento.

Alla luce di ciò e del disposto dell'art. 18, comma 9, del D.Lgs. n. 124/1993 (che ha incluso i fondi integrativi nella previdenza complementare) la giurisprudenza tributaria si è espressa, in misura di **assoluta** prevalenza, nel senso della applicabilità dell'art. 11 della legge n. 335/1995 alle prestazioni erogate dai fondi integrativi (5); norma quest'ultima che costituisce una contropartita dei limiti apportati alla previdenza integrativa (art. 18, 8-*quinquies*, del D.Lgs. n. 124/1993) dalla **stessa legge** che ha previsto l'agevolazione fiscale (6).

L'orientamento dei giudici tributari ha ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 393 del 28.7.2000, nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 59, comma 3, della legge n. 449/1997, ha affermato che *“la peculiare conformazione data dal legislatore agli assetti pensionistici integrativi non è priva di contropartite, rinvenibili segnatamente nella **normativa di favore di cui i fondi godono dal punto di vista tributario**, in virtù di ampie agevolazioni, volte a sostenere e favorire la crescita dell'intero sistema complementare: fra le varie disposizioni si rammentano gli artt. 13 e 14 del D.Lgs. n. 124/1993, come modificati dagli artt. 11 e 12 della legge n. 335/1995”*.

(5) Cfr. *ex plurimis* a favore dei ricorrenti: Commissione Tributaria **Regionale** di Firenze, Sez.5°, sentenza n.9 del 24.5.03; Commissione Tributaria **Regionale** di Perugia, Sez.5°, sentenza n. 131/05/03 del 4.11.2003; Comm. Trib. Prov. di Roma, sentenza n. 225/58/02; Comm. Trib. Prov. di Roma, sentenza n. 164/22/03 del 10.6.03; Comm. Trib. Prov. di Perugia, sentenza n. 779/05/01 del 20.12.01; Comm. Trib. Prov. di Milano n. 293/12/1999 del 19.1-7.6.1999; Comm. Trib. Prov. di Vicenza, Sez.10°, sentenza n. 1087/10/01 del 22.11.01; Comm. Trib. Prov. di Perugia, Sez.4°, sentenza n. 1002/4/01 del 3.12.01.

In senso contrario: cfr. decisione della Commissione Tributaria Provinciale di Pescara, Sez.1°, n. 218 del 16.12.03 che dalla premessa che “complementare” non è *tout court* equivalente a (né sinonimo di) “integrativo” fa derivare la conseguenza che le pensioni complementari sono diverse e distinte dalle pensioni integrative senza considerare l'irrelevanza della distinzione a fronte dell'esigenza di dare al beneficio fiscale una corretta applicazione (anche sotto il profilo della parità) secondo la “*ratio*” della norma di delega e la sistematica dell'intero contenuto normativo del decreto delegato.

(6) In termini, C. Cost. n. 393 del 28/7/2000. Si fa notare che, mentre l'Agenzia delle Entrate sostiene che i fondi integrativi degli enti di cui alla legge n. 75/1970 non sono soggetti alle norme del D.Lgs. n. 124/1993 né a quelle ad esse collegate, il legislatore li ha ritenuti soggetti prima alla norma contenuta nell'art. 18, 8-*quinquies*, **dello stesso decreto** (che subordinava l'accesso alle prestazioni integrative alla liquidazione del trattamento pensionistico obbligatorio) e poi a quella contenuta nell'art. 59, comma 3, della legge n. 449/1997 che ha confermato la previsione limitativa dell'articolo precedente.

FRANCA BORLA

Avvocato INPS

**PROFILI PREVIDENZIALI DEI RAPPORTI
DI LAVORO (*)**

Sommario: 1. - *Premessa*. 2. - *La somministrazione di lavoro*. 3. - *Il lavoro intermittente*. 4. - *Il lavoro ripartito*. 5. - *Il lavoro a progetto*. 6. - *La certificazione*.

1. — Premessa.

La nuova normativa sulla riforma del mercato del lavoro di cui al d. lgs. n. 276/2003 e relativa legge delega n. 30/2003, comporta, una rilevante serie di problemi tecnico-giuridici.

Quanto detto vale soprattutto per i profili previdenziali della nuova normativa che lascia spazi interpretativi rilevanti e di non certo facile soluzione, né per le parti private (imprenditori e lavoratori) che per gli enti previdenziali: aspetti previdenziali che riguardano i contributi — pure in sede di recupero coattivo — le prestazioni pensionistiche, le prestazioni economiche di malattia, maternità e disoccupazione.

La vastità della materia trattata, di carattere fortemente innovativo e parzialmente modificativo di istituti preesistenti (come il *part-time*), rende impossibile in questa sede una esauriente disamina di tutte le problematiche, per cui ci si limiterà a proporre alcune riflessioni e ad evidenziare alcune tematiche che hanno destato maggiore interesse.

Nell'impianto della legge, per quanto riguarda i nuovi rapporti di lavoro, si individuano due grandi suddivisioni: quella sulla separazione del lavoro dall'impresa (Titoli III e IV), quella della individuazione dei nuovi contratti di lavoro atipici nonché

(*) Il presente articolo costituisce estratto e parte della relazione tenuta in occasione del seminario di studio del 25 marzo 2004, organizzato dal Centro Naz. Studi Dir. Lavoro D. Napolitano, Sezione Piemonte.

delle nuove tipologie già esistenti in cui si distinguono i rapporti di lavoro subordinato e cioè “a orario ridotto, modulato o flessibile” (Titolo V), (a cui si deve comunque aggiungere quello a tempo determinato disciplinato dal d. lgs. n. 368/2001), quelli di apprendistato ed inserimento (Titolo VI) e, infine, di lavoro autonomo “a progetto” e “di lavoro occasionale” (Titolo VII).

2. — *Somministrazione di lavoro.*

L’abrogazione esplicita della legge n. 1369/1960 e l’introduzione delle nuove tipologie di intermediazione lecita di manodopera comportano non pochi problemi per l’Ente Previdenziale, anche se, la nuova normativa contiene alcune garanzie a tutela dei diritti contributivi dell’Ente e fa proprie alcune soluzioni prospettate in sede di contenzioso che — sotto il vigore della legge n. 1369/1960.

Il titolo III, capo I, all’art. 21, comma 1, lett. h), prevede che nel contratto di somministrazione di manodopera sia espressamente prevista la clausola di assunzione, da parte del somministratore, dell’obbligo del pagamento diretto dei contributi previdenziali, così come, alla successiva lett. i), dell’obbligo di assunzione da parte dell’utilizzatore dell’obbligo di rimborso al somministratore gli oneri previdenziali effettivamente sostenuti in favore dei lavoratori.

La successiva lett. k) del medesimo comma 1 prevede infine la responsabilità solidale dell’utilizzatore per il pagamento dei contributi in caso di inadempimento del somministratore.

L’art. 21 al comma 4 sanziona infine la nullità del contratto di somministrazione quando manchi la forma scritta con l’indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 1: in tale ipotesi i lavoratori vengono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell’utilizzatore.

Non è precisato quale sia la sanzione per la mancata indicazione degli altri elementi esplicitamente elencati nello stesso articolo (a parte l’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all’art. 18 comma 3), almeno per quanto riguarda il pagamento dei contributi previdenziali, nel caso in cui, ad esempio, in sede ispettiva venga verificata tale mancanza.

Ora, dal momento che il successivo art. 23 al terzo comma ribadisce l’obbligo di solidarietà dell’utilizzatore con il somministratore per la corresponsione dei contributi, è indubbio che tale obbligo di solidarietà è inderogabile per espressa previsione normativa e ciò indipendentemente dalle conseguenze giuridiche sulla mancata indicazione di tali elementi nel contratto di somministrazione, indicazione che in questo caso è del tutto irrilevante nei confronti dell’Istituto.

Pertanto, se la mancanza di tali indicazioni nel contratto di somministrazione non comporta la nullità del contratto, con le relative conseguenze previste per implicita esclusione del comma 4 dell’art. 21, ciò tuttavia non esclude la possibilità per l’Ente Previdenziale di tutelare comunque le sue pretese creditorie agendo direttamente nei confronti dell’utilizzatore per il pagamento dei contributi inevasi nel caso di inadempimento del somministratore.

A favore di tale interpretazione depone anche la lettera k) del comma 1 del medesimo art. 21, ove si prevede espressamente l'assunzione dell'obbligo del versamento contributivo da parte dell'utilizzatore, con salvezza — ovviamente — del suo diritto di rivalsa nei confronti del somministratore: tale precisazione, benché superflua, non avrebbe alcun senso se non si adottasse la tesi esposta.

Viste le ripetute indicazioni della legge, una diversa interpretazione che ritenesse necessario da parte dell'ente previdenziale il previo tentativo di recupero contributivo nei confronti del somministratore per poter rivolgersi all'utilizzatore contrasterebbe, oltre che con la lettera, anche con l'intenzione del legislatore, dal momento che le norme in esame insistono sulla solidarietà passiva di somministratore ed utilizzatore proprio per favorire i diritti dell'Ente Previdenziale (e del lavoratore).

L'art. 27 al primo comma prevede che nel caso di somministrazione irregolare, il lavoratore possa chiedere l'accertamento giudiziale della costituzione di un rapporto di lavoro nei confronti dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione, senza menzionare i terzi e, per quanto interessa in questa sede, neppure gli Enti Previdenziali.

Tuttavia si rileva che un'interpretazione restrittiva del primo comma dell'art. 27 sarebbe incompatibile con il disposto del secondo comma dove si parla non solo di “retribuzione” (e quindi di titolarità della relativa pretesa in capo al lavoratore), bensì anche di “contribuzione previdenziale”.

Dal momento che il titolare del rapporto contributivo è l'INPS al quale — al pari di tutti i soggetti titolari di diritti — non può essere sottratto il diritto di agire per l'adempimento delle proprie pretese creditorie, la lettura del combinato disposto del primo e secondo comma dell'art. 27 costituisce un decisivo argomento a favore della tesi che ammette anche per l'Ente Previdenziale la possibilità di far accertare in giudizio l'irregolarità di un contratto di somministrazione e di agire per le eventuali differenze contributive dovute nel caso di riconoscimento giudiziale del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore. L'interpretazione sistematica della norma impone di ritenere che la dizione “lavoratore” sia meramente indicativa, nel senso cioè di indicare una mera facoltà per il lavoratore, senza escludere altri interessati quali gli Enti Previdenziali. Una lettura restrittiva della norma che limitasse al solo lavoratore la facoltà di agire in giudizio per far accertare l'irregolare somministrazione di lavoro, sarebbe costituzionalmente illegittima per disparità di trattamento, perché creerebbe un'ingiustificata discriminazione rispetto all'ipotesi di un contratto certificato per il quale l'art. 80 prevede espressamente tale possibilità anche da parte dei “...terzi nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti...”.

Infine, da un altro punto di vista, sostenuto peraltro da autorevole dottrina (1), determina perplessità che la legge voglia rimettere alla mera iniziativa del lavoratore l'accertamento giudiziale di un contratto di somministrazione irregolare: vale la pena sottolineare, infatti, come nella maggior parte dei casi il contenzioso relativo all'interposizione illecita di manodopera ai sensi dell'abrogata legge n.1369/1960 abbia avuto

(1) CHIECO, “Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” n. 26/2004, cap. 6.1, pag. 56 e segg.

origine dall'attività ispettiva dell'INPS e degli altri Enti preposti all'attività di vigilanza, e non da iniziative del lavoratore (2).

A questo punto si inserisce il disposto di cui all'art. 27, secondo comma.

Tale norma prevede, in caso di somministrazione di lavoro irregolare, che i pagamenti effettuati a titolo contributivo dal somministratore valgano a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione fino alla concorrenza della somma effettivamente pagata.

Sorgono tuttavia alcuni problemi: il primo riguarda le eventuali differenze contributive fra le somme già versate e quelle ancora da versare; il secondo riguarda la questione — assai dibattuta anche in precedenza — della debenza delle somme aggiuntive (cd. sanzioni civili); ed il terzo riguarda la disciplina della posizione assicurativa dei lavoratori a cui vengono accreditati contributi provenienti da un terzo *ex datore* di lavoro (il somministratore).

Per quanto concerne le eventuali differenze contributive la soluzione si rinviene nell'art. 27, secondo comma, secondo il quale i pagamenti effettuati dal somministratore liberano l'utilizzatore "...fino a concorrenza della somma effettivamente pagata". Tuttavia, per le eventuali differenze contributive (quasi sicure dal momento che l'art. 25, primo comma, prevede ai fini previdenziali l'inquadramento dei somministratori nel settore terziario), ci si chiede se esse andranno chieste direttamente all'utilizzatore, non trattandosi più di un contratto di somministrazione di lavoro con tre soggetti, bensì di un rapporto di lavoro dipendente con due soli soggetti il cui datore di lavoro è il precedente utilizzatore, oppure se debbano valere le disposizioni sulla solidarietà passiva poste a tutela dell'Istituto come nel caso di somministrazione regolare.

La prima opinione sembrerebbe più in linea con le nuove disposizioni in esame, dal momento che anche la seconda parte del comma secondo dell'art. 27 prevede che tutti gli atti compiuti dal somministratore per la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, devono intendersi come compiuti dall'utilizzatore.

Sempre a proposito di differenze contributive, si inserisce il secondo problema sull'eventuale debenza delle sanzioni civili sui contributi attribuiti all'utilizzatore e/o sulle eventuali differenze ancora da versare, su cui la legge in esame nulla dice.

Le somme aggiuntive sono dovute come conseguenza automatica del mancato tempestivo pagamento dei contributi previdenziali *ex art. 111 r.d.l. n. 1827/1935*, e costituiscono una sanzione civile con la specifica funzione di risarcire in misura predefinita dalla legge, con presunzione "*iuris et de iure*", il danno cagionato all'Istituto, per cui — se la legge nulla dispone espressamente in contrario con tale principio generale — esse sono sempre dovute in tutti i casi di inadempienza contributiva: l'unico problema rimane quello delle modalità di calcolo, e cioè se debbano essere determinate come evasione (e quindi con sanzioni molto pesanti) ovvero come semplice morosità.

(2) In senso contrario, tuttavia, è l'intervento di DE LUCA che ritiene limitata al solo lavoratore tale iniziativa (Convegno su "*Le nuove figure contrattuali flessibili e livelli di tutela*" tenuto a Genova il 30-31 gennaio 2004).

La nuova legge non esclude la somministrazione illecita di manodopera denominandola “fraudolenta” (art.28), con l’indefettibile conseguenza — non prevista esplicitamente ma da considerare in “*re ipsa*” —, di nullità del contratto di somministrazione e di nullità del contratto di lavoro fra somministratore e lavoratore, e quindi di costituzione del rapporto di lavoro direttamente con l’utilizzatore (3).

Ciò premesso, nel caso di accertata somministrazione fraudolenta — e quindi di accertato intento fraudolento —, saranno dovute, oltre alle sanzioni penali ed amministrative, di cui agli artt. 18 e 28, anche le sanzioni civili per evasione contributiva, ai sensi dell’art. 116, comma 8, lett. b), legge n. 388/2000, sanzioni assai più gravose di quelle dovute per mera omissione contributiva (art. 116, comma 8, lett. a), conseguenza inevitabile della maggiore severità dal legislatore per il caso di mancato versamento contributivo doloso.

Nel caso invece di somministrazione irregolare, ai sensi dell’art.27 e sulla base del principio generale di debenza delle sanzioni civili, sui contributi attribuiti all’utilizzatore sono comunque dovute le somme aggiuntive (4), calcolate ai sensi dell’art. 116, comma 8, lett. a) come per i casi di omissione contributiva ovvero di morosità.

Il terzo problema, già emerso — come detto — sotto il vigore della precedente normativa e che poneva non pochi ostacoli alla soluzione oggi adottata dal legislatore al comma 2 dell’art. 27, è quello relativo al diverso regime previdenziale connesso al cambiamento di datore di lavoro, problema peraltro che si pone sotto altro aspetto anche nel caso di somministrazione regolare.

Infatti l’art. 25 dispone espressamente — riproducendo letteralmente il disposto di cui all’art. 9 della legge n.196/1997 sul lavoro temporaneo, articolo oggi abrogato dall’art. 85 primo comma lett. f) della legge in esame — che gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi ed assistenziali sono a carico del somministratore, il quale, ai sensi dell’art. 49 legge n. 88/89, è inquadrato nel settore terziario.

La disposizione comporta che i lavoratori siano sottoposti al regime previdenziale del settore terziario e non a quello dell’utilizzatore, che — tuttavia — potrebbe anche essere meno favorevole per quanto riguarda sia le prestazioni pensionistiche che quelle non pensionistiche, come le tutele in materia di disoccupazione, cassa integrazione e procedure di mobilità, che non sono previste per il settore terziario.

Tale scelta legislativa viene altresì confermata dall’ultimo comma del medesimo art. 25 ove si fanno espressamente salve — “*a contrario*” — le disposizioni previdenziali per i settori agricolo e dei lavoratori domestici.

In proposito, tuttavia, è inevitabile sottolineare i delicati problemi di legittimità costituzionale connessi alla disparità di trattamento previdenziale fra lavoratori dipendenti dall’utilizzatore e lavoratori somministrati che lavorano nella stessa azienda.

Invero la legge delega all’art. 1, comma 2, lett. m), n. 5, prevede per i lavoratori coinvolti nell’attività di somministrazione di manodopera un “trattamento” non inferiore a quello a cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell’impresa utilizzatrice,

(3) In tal senso, FERRARIS, “Somministrazione di lavoro” in “La riforma Biagi. Commento al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276”, Ed. La Tribuna, pagg. 74 e 75.

(4) In senso contrario, FERRARIS, *op. cit.*, pag. 74.

senza specificare alcunché. Pertanto, “a contrario”, dal momento che per trattamento previsto per i lavoratori si intende il complessivo regime giuridico ed economico comprendente non solo la retribuzione cd. “netta” bensì anche quella “lorda” (e cioè quella comprensiva dei contributi con i relativi risvolti previdenziali), si può concludere che l’art. 25 primo comma del decreto legislativo è illegittimo non solo per violazione degli artt. 3 e 36 della Costituzione, ma anche dell’art. 77, per palese inosservanza di quanto disposto dalla legge delega.

Da ultimo merita un accenno l’istituto dell’indennità di disponibilità (art. 22 terzo comma), che è stato introdotto dalla legge n. 196/1997 sul lavoro interinale (art. 4 commi 3 e 4 ora abrogato dall’art. 85 primo comma lett. f) della legge in esame), e che verrà trattato in seguito a proposito del rapporto di lavoro intermittente al quale è comune.

3. — *Lavoro intermittente.*

Con il titolo V della legge si passano ad esaminare le nuove tipologie contrattuali (e le modificazioni a quelle già esistenti come il *part-time*), in cui si distinguono quelle di lavoro subordinato: i cd. contratti “ad orario ridotto, modulato o flessibile” e quelli di apprendistato ed inserimento di cui al titolo VI.

Dal punto di vista previdenziale, per quanto riguarda il lavoro intermittente (ma anche quello ripartito e somministrato), l’istituto che comporta maggiori problematiche è senz’altro quello dell’indennità di disponibilità, che tuttavia non costituisce una novità nel nostro ordinamento, essendo stato introdotto dalla legge n. 196/1997 (art. 4, commi 3 e 4, ora abrogato dall’art. 85, primo comma, lett. f) della legge in esame) a proposito del lavoro interinale, dalla quale sono derivate testualmente molte disposizioni.

Indubbiamente l’indennità di disponibilità ha carattere retributivo e su di essa di conseguenza il legislatore prevede il pagamento dei contributi.

Per l’effettivo ammontare di essi, e ciò anche in deroga ai minimali contributivi, è lasciata la facoltà ai lavoratori di versare la differenza contributiva per i periodi in cui abbiano percepito una retribuzione inferiore rispetto a quella convenzionale (in ciò riportandosi a quanto già disposto sul lavoro temporaneo dall’art. 9 legge n. 196/1997, ora abrogato dall’art. 85 primo comma lett. f) ovvero abbiano usufruito dell’indennità di disponibilità fino alla concorrenza della misura della retribuzione convenzionale.

Sotto il vigore dell’art. 9 legge n. 196/1997, ora citato, per i lavoratori interinali venne emanato il d.m. 18 dicembre 2001, che stabilì i criteri concreti per attribuire a questi ultimi la possibilità di integrare la contribuzione volontariamente fino al raggiungimento del minimale necessario per ottenere un contributo settimanale completo utile ai fini pensionistici, possibilità che il legislatore ha ora recepito espressamente solo per i lavoratori intermittenti (art. 36 comma 7), ma che dovrebbe valere anche per i lavoratori somministrati per interpretazione analogica e sistematica, dal momento che l’indennità di disponibilità viene disciplinata in modo identico sia per i lavoratori somministrati che per quelli intermittenti, dalla divisibilità in quote orarie alla deroga appunto del minimale contributivo.

Superfluo aggiungere che una diversa interpretazione sarebbe soggetta a censure di legittimità costituzionale per trattamenti diversi di situazioni analoghe: oltretutto la disciplina previdenziale dell'indennità di disponibilità è stata tratta proprio dalla previgente disciplina sul lavoratore temporaneo, caratterizzato da un rapporto trilaterale del tutto identico a quello di somministrazione (art. 9 legge n. 196/1997).

Sicché la spiegazione più plausibile della mancata previsione di integrazione contributiva volontaria sembra essere quella di una semplice dimenticanza del legislatore.

In merito all'indennità di disponibilità si rileva (5) l'incompatibilità di tale istituto con il principio costituzionale della sufficienza della retribuzione (art. 36, primo comma, Cost.), nonché con il principio della provvidenza di mezzi adeguati alle future esigenze di vita in caso di vecchiaia (art. 38, secondo comma, Cost.), dal momento che, secondo l'attuale sistema pensionistico contributivo, introdotto dalla legge n. 335/1995, a pochi contributi corrisponderanno scarsi importi pensionistici.

Il legislatore si preoccupa poi, con l'art. 36, comma 4, di precisare che in caso di impossibilità a rispondere alla chiamata, il lavoratore è tenuto ad informare tempestivamente il datore di lavoro e che durante tale periodo non matura il diritto all'indennità di disponibilità.

La norma non prevede l'obbligo di informazione all'INPS, in caso di impedimento dovuto a malattia. Anche in questo caso si può parlare di semplice dimenticanza del legislatore, dal momento che, essendo l'Ente Previdenziale tenuto a pagare l'indennità di malattia e a controllare l'effettivo stato di morbidità, deve ritenersi applicabile la disciplina generale prevista dall'art. 2 d.l. n.663/1979 conv. in legge n. 59/1980, per cui l'Istituto è anch'esso soggetto destinatario dell'obbligo di informativa di cui sopra.

Quanto ora esposto vale anche per l'indennità di maternità che, per questi aspetti, è disciplinata in modo analogo all'indennità di malattia.

Uno speciale discorso riguarda la concreta determinazione della misura delle prestazioni cd. "temporanee" di malattia, maternità ecc..

L'art. 38 al secondo comma stabilisce il criterio proporzionale della "prestazione lavorativa effettivamente eseguita", criterio analogo a quello previsto dalla disciplina sul *part-time* (art. 9 d.lgs. n.61/2000) (6), anche se la proporzionalità viene applicata sulla prestazione eseguita anziché su quella da eseguire (come nel lavoro a tempo parziale).

Il legislatore, in base ai principi generali del lavoro subordinato, onera così il datore di lavoro del rischio dell'evento malattia, maternità, infortunio: infatti, se avesse adottato *"in toto"* la soluzione prevista per il *part-time*, in mancanza di predeterminazione del periodo di lavoro effettivo e di conseguente mancanza di chiamata da parte del datore di lavoro, il calcolo delle indennità predette sarebbe stato inattuabile.

(5) In tal senso, a proposito del contratto di somministrazione, PACCHIANA PARRAVICINI, "Somministrazione di lavoro", intervento al seminario di studio "La riforma del mercato del lavoro" tenuto a Torino il 5 febbraio 2004.

(6) In tal senso, RUZZENENTI, "Lavoro intermittente" in "La riforma Biagi. Commento al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 "Ed. La Tribuna", pag. 104.

Rimangono, tuttavia, da risolvere alcuni quesiti: il terzo comma dell'art. 38 prevede che il lavoratore in disponibilità non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico o normativo a parte l'indennità di disponibilità. Pertanto potrebbe sorgere il dubbio che le tutele previdenziali previste dal precedente comma 2 non valgano anche per il lavoratore che si trovi in fase di disponibilità.

A favore della tesi negativa potrebbe deporre il primo comma dell'art. 38, ove si parla di principio di parità di trattamento fra lavoratore intermittente e lavoratore di pari livello "per i periodi lavorati".

Tuttavia una tale interpretazione sarebbe inevitabilmente sottoposta a censure di legittimità costituzionale per disparità di trattamento (art. 3 Cost.), nonché per contrasto con i principi costituzionali della tutela della salute (art. 32, primo comma, Cost.) e della maternità (art. 31 Cost.), dal momento che si è pur sempre in presenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Altra questione riguarda il periodo di riferimento per il calcolo dell'indennità economica di malattia e maternità: a tale proposito, come già esposto in precedenza, in considerazione dell'analogia con il lavoro a tempo parziale ed in attesa di chiarimenti da parte del Ministro del Lavoro ovvero direttamente da parte dell'Ente Previdenziale, una soluzione accettabile potrebbe essere quella di applicare analogicamente la disciplina prevista per il *part-time*.

La circolare INPS n. 182 del 4 agosto 1997 chiarisce (esemplificando anche con casi concreti), in materia di *part-time* orizzontale con variazioni cicliche dell'orario di lavoro, che per l'erogazione delle prestazioni economiche di malattia e maternità (sia obbligatorie che facoltative), la retribuzione media giornaliera del mese precedente l'evento deve essere ridimensionata rapportando le ore di lavoro medio giornaliero svolto nelle settimane del periodo considerato a quelle ugualmente medie giornaliere che l'interessato avrebbe dovuto svolgere qualora non fosse intervenuto l'evento stesso, mentre per il *part-time* verticale (situazione del tutto simile a quella del lavoro intermittente) tale circolare richiama le disposizioni di cui alla precedente circolare n. 82 del 5 aprile 1993, nella quale sostanzialmente si prevede l'indennizzabilità dei soli periodi in cui esisterebbe l'obbligo di prestare attività lavorativa, prendendo sempre come parametro la retribuzione corrisposta nell'ultimo periodo lavorato.

Collegando dunque tale disciplina con il disposto del secondo comma dell'art. 38, sembrerebbe più conforme al dato normativo tenere conto delle disposizioni in materia di *part-time* verticale, che considera esclusivamente l'ultima retribuzione effettiva (come appunto è indicato espressamente per il lavoro intermittente) senza rapportarla con quella correlata alla prestazione da eseguire.

Quanto sopra vale però soltanto per l'indennità di malattia, dal momento che, per quanto riguarda la maternità, essa viene tutelata in misura più ampia rispetto alla malattia anche nel *part-time*, e ciò anche a seguito degli interventi della Corte Costituzionale (sent. n.132/1991) e della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 7839/1998).

La circolare INPS n. 87 del 13 aprile 1999 ("Contratto di lavoro a tempo parziale verticale annuo e indennità di maternità"), a parziale modifica delle disposizioni prece-

denti (circolare n. 82/1993), chiarisce che quando l'astensione obbligatoria inizia nel corso di una fase lavorativa ovvero entro sessanta giorni dall'ultimo giorno lavorato, l'indennità di maternità è erogabile per tutto il periodo di maternità compreso quello rientrante nella pausa lavorativa, mentre quando l'astensione inizia oltre il sessantesimo giorno dall'ultimo giorno lavorato, l'indennità spetta per le sole giornate di astensione incluse nel periodo di prevista ripresa lavorativa, con esclusione quindi delle giornate comprese nella pausa contrattuale.

La circolare predetta precisa comunque che in tutti i casi la retribuzione da prendere come riferimento è quella del mese precedente l'inizio dell'astensione stessa.

Qualora la retribuzione media giornaliera subisca delle variazioni in conseguenza di una distribuzione non costante dell'orario di lavoro (situazioni che si possono verificare sia nel *part-time* verticale che in quello orizzontale), la retribuzione da prendere in considerazione per il calcolo dell'indennità relativa alle giornate di astensione obbligatoria comprese nella pausa contrattuale dovrà essere ridimensionata sulla base del diverso orario svolto sempre nel periodo immediatamente precedente la pausa contrattuale.

Quanto previsto sopra per il *part-time* verticale vale tuttavia soltanto per l'astensione obbligatoria, dal momento che la circolare n. 87/1999 esclude l'astensione facoltativa, con la motivazione che può essere utilizzata esclusivamente durante i periodi di attività lavorativa.

Di conseguenza, ci si chiede se quanto disposto dalla predetta disciplina possa valere anche per il lavoro intermittente, dal momento che il secondo comma dell'art. 38 include anche i congedi parentali (comprensivi quindi anche dell'astensione facoltativa e degli altri permessi per allattamento, malattia del bambino ecc.), fra i trattamenti da riproporzionare in ragione della prestazione lavorativa eseguita.

In considerazione tuttavia della più favorevole ed innovativa disciplina sui congedi parentali introdotta dalla legge n. 53/2000, che è stata comunque emanata successivamente alla circolare predetta, nonché dell'ineludibile dato letterale della normativa in esame, l'interpretazione più conforme alla lettera ed allo spirito delle due leggi sembra essere quella di ammettere l'indennizzabilità dei congedi parentali previsti dalla legge n. 53/2000 tenendo conto dei parametri esposti in precedenza in materia di *part-time* verticale.

Come già detto, si è parlato dell'indennità di disponibilità anche con riferimento alla somministrazione, in considerazione della comune natura dell'indennità di disponibilità nei due contratti di lavoro. Tuttavia occorre rilevare le differenze della somministrazione rispetto al lavoro intermittente, cercando di proporre una soluzione interpretativa, in attesa di chiarimenti da parte del Ministro del Lavoro ovvero direttamente da parte dell'Ente Previdenziale.

Per la somministrazione, dal momento che il legislatore ha mutuato letteralmente molte norme già contenute nella legge n. 196/1997 sul lavoro interinale, come quelle viste in precedenza sull'indennità di disponibilità ed il relativo minimale (art. 9 legge n. 196/1997 ora abrogato dall'art. 85 della legge in esame), ci si può richiamare alle disposizioni di cui alla circolare INPS del 2 ottobre 1998 n. 224 in materia di prestazioni economiche di malattia e maternità nel lavoro interinale introdotto dalla legge n. 196/1997.

Tale circolare distingue fra lavoro interinale a tempo determinato ed a tempo indeterminato.

Per il primo, il calcolo dell'indennità dovrà essere individuata con riferimento alla retribuzione dell'ultimo mese o del periodo di paga quadrisettimanale immediatamente precedente l'evento, tenendo conto della cessazione del rapporto di lavoro che comporta altresì la cessazione dell'indennità.

Per quello a tempo indeterminato, a seconda del periodo in cui cade l'evento (per il periodo di attesa di assegnazione si percepisce l'indennità di disponibilità, mentre per quelli di effettiva utilizzazione si percepisce una vera e propria retribuzione), ci si riferisce all'importo dell'indennità di disponibilità per le giornate di malattia o maternità che cadono in periodi durante i quali il lavoratore è in attesa di assegnazione, benché l'evento sia iniziato durante un periodo di attività pregressa presso un'azienda utilizzatrice. Ci si riferisce invece alla retribuzione che avrebbe percepito per il lavoro svolto presso l'azienda utilizzatrice e a partire dalla relativa data, nell'ipotesi in cui, a causa del protrarsi dell'evento, il lavoratore non possa prendere servizio presso l'azienda utilizzatrice di nuova assegnazione.

L'interpretazione contenuta in tale circolare sarà probabilmente seguita anche per il contratto di somministrazione, vista l'identità sostanziale con il rapporto di lavoro interinale, anche se, tuttavia, come già rilevato prima per il lavoro intermittente, a seguito dell'emanazione della nuova legge sui congedi parentali che tutela in maniera più ampia la maternità, si creerebbe una discriminazione poco plausibile con i lavoratori a *part-time* verticale, per i quali è previsto un calcolo dell'indennità di maternità molto più favorevole.

4. — Lavoro ripartito.

Alcune disposizioni di carattere previdenziale (ed anche non previdenziale) relative al lavoro intermittente valgono anche per la tipologia contrattuale in esame, come il criterio della proporzionalità del trattamento economico e normativo in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita (art. 44 secondo comma) ed il principio di non discriminazione con il lavoratore di pari livello e mansioni.

A questo proposito si osserva che nell'art. 44 secondo comma non è indicata la parola "maternità" come nel lavoro intermittente, ma esclusivamente il termine "congedi parentali", e ciò giustamente in quanto la legge n. 53/2000 non è più ispirata al principio della tutela della maternità bensì a quello della genitorialità (per cui è da ritenersi superflua l'indicazione fattane all'art. 38 secondo comma per il lavoro intermittente: la differenza fra le due disposizioni è meramente formale ed è dovuta probabilmente ad una insufficiente coordinazione tecnica da parte del legislatore).

Una delle questioni interpretative più rilevanti riguarda il soggetto (altro lavoratore ripartito ovvero datore di lavoro) sul quale deve ricadere il rischio dell'impossibilità della prestazione per malattia, maternità ecc. da parte del coobbligato.

L'art. 41 comma terzo stabilisce espressamente la facoltà per i lavoratori di modificare il loro programma di lavoro (possibilità ribadita dall'art. 42 primo comma lett. a), onerando tuttavia in tale ipotesi l'altro obbligato del rischio dell'impossibilità della prestazione da parte del collega ripartito: "a contrario", nel caso di determinazione dell'orario da parte del datore di lavoro, il rischio dovrebbe ricadere su quest'ultimo.

Maggiori problemi comporta invece l'ultimo comma dell'art. 41, laddove, facendo salva una diversa intesa fra le parti, prevede l'estinzione dell'obbligazione ex art. 1256 c.c., quando si verifichi l'impedimento (e qui la norma non specifica se l'impedimento debba essere temporaneo oppure no) di entrambi i lavoratori.

Tale disposizione genera perplessità, costituendo una grave lesione delle tutele previdenziali se dovesse venire interpretata anche con riferimento ai casi in cui i due coobbligati siano entrambi in malattia e/o in congedo parentale e/o infortunio sul lavoro, cioè temporaneamente assenti per motivi a loro non imputabili (7). Detta interpretazione penalizzante per i lavoratori mal si concilierebbe, peraltro, con il disposto di cui al precedente comma quinto dell'art. 41, ove si prevede l'estinzione del contratto per dimissioni o licenziamento di uno dei coobbligati, e cioè per impedimenti di carattere definitivo totalmente imputabili alla volontà od al comportamento del lavoratore.

Inoltre, occorre osservare che si tratta pur sempre di lavoro subordinato (8), come risulta implicitamente dallo stesso art. 41 comma 5, che prevede l'automatica trasformazione del contratto di lavoro ripartito in normale contratto di lavoro subordinato, nel caso di dimissioni o licenziamento di uno dei coobbligati in cui l'altro lavoratore si renda disponibile a seguito di richiesta del datore di lavoro.

In conclusione, l'interpretazione più conforme alla lettera ed allo spirito della legge sembra essere quella che intende l'impedimento che comporti l'estinzione dell'obbligazione di cui all'art. 41, sesto comma, come esclusivamente di carattere definitivo, come ad esempio la morte o l'invalidità permanente al lavoro di uno dei due coobbligati: quando esso sia di carattere temporaneo, in considerazione del rinvio fatto dalla norma alla disciplina di cui all'art. 1256 c.c., l'estinzione dell'obbligazione avviene soltanto quando l'impossibilità temporanea, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, perduri fino a quando il debitore non possa più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non abbia più interesse a conseguirla.

Infine appare rilevante l'applicazione del principio della proporzionalità (comune al lavoro intermittente): l'art. 45 estende la disciplina del lavoro intermittente, istituendo il calcolo delle prestazioni "a posteriori", in base all'attività effettivamente svolta.

Ciò è facilmente spiegabile dal punto di vista pratico, oltre che per evitare possibili intenti fraudolenti dei coobbligati nei confronti dell'Ente Previdenziale (oltre che del datore di lavoro) nei casi di programma concordato fra le parti: con questa disposizione tuttavia si ripropongono i problemi (e le possibili soluzioni) visti in precedenza per il lavoro intermittente.

(7) In senso restrittivo, RUZZENENTI, "Lavoro ripartito" in *"La riforma Biagi. Commento al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276"*, Ed. La Tribuna, pag. 111.

(8) In senso contrario, RUZZENENTI, "Lavoro ripartito" in *"La riforma Biagi. Commento al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276"* Ed. La Tribuna, pag. 108.

5. — Lavoro a progetto.

Tale forma di lavoro assume speciale rilievo in considerazione del rilevante impatto quantitativo che avrà sul mondo del lavoro a causa della quasi totale sostituzione delle vecchie collaborazioni coordinate e continuative che, secondo le fonti INPS, sono attualmente stimate in circa 2.500.000.

L'INPS costituisce il primo filtro per la verifica della legittimità dei lavori a progetto (e per impedirne l'utilizzazione impropria a fini di elusione degli obblighi previdenziali connessi al lavoro subordinato), in quanto per ottenere l'iscrizione ai fini previdenziali nella Gestione Separata il collaboratore deve allegare alla domanda di iscrizione anche una copia del contratto, per cui l'Istituto può esaminare se sussistano tutti i requisiti previsti dalla legge, ed *"in primis"* l'esistenza di un progetto, programma o fase di esso: nel caso di mancanza o di insufficienza dei requisiti (e soprattutto del progetto o programma di lavoro), è prassi, prima di respingere la domanda di iscrizione, invitare l'interessato a fornire precisazioni e/o ad integrare la documentazione.

Ciò al fine evidente di evitare che un mero rigetto della domanda di iscrizione induca ad instaurare senz'altro un rapporto di lavoro non regolarizzato, ovvero ad utilizzare altre tipologie contrattuali il cui schema formale sia idoneo ad eludere le pur minime tutele previdenziali del lavoro a progetto, come, ad esempio, un'associazione in partecipazione *"mista"*, dove l'associato sia socio di capitale anche se per una somma irrisoria, e cioè — ipotesi tratta direttamente dalla concreta esperienza — per una somma di soli 500 Euro.

Al fine di evitare equivoci, occorre tuttavia premettere che la nuova tipologia contrattuale introdotta dall'art. 61 *"...non sostituisce e/o modifica l'art. 409 n.3 c.p.c., bensì individua ...le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro del collaboratore, utili ai fini della qualificazione della fattispecie nel senso della autonomia o della subordinazione. Sul piano generale, peraltro, il lavoro a progetto non tende, allo stato, ad assorbire tutti i modelli contrattuali riconducibili in senso lato all'area della c.d. parasubordinazione"* (circolare del Ministro del Lavoro n. 1/2004).

Risulta quindi chiara l'intenzione del legislatore da un lato di non creare un *"tertium genus"* oltre alle due categorie fondamentali del lavoro autonomo e del lavoro subordinato (9) e, dall'altro, di delimitare (ma non escludere) il campo di applicazione delle collaborazioni coordinate e continuative per evitare il ricorso a tale tipo di contratto a fini di elusione delle tutele previste per il rapporto di lavoro subordinato, come è stato (ed è) spesso accertato dagli organi ispettivi degli Enti previdenziali.

La norma in esame introduce il progetto o programma come requisito essenziale del lavoro a progetto, proprio perché costituiscono l'elemento caratterizzante del contratto che ne evita l'uso improprio fatto in precedenza per eludere gli obblighi del lavoro subordinato.

(9) In senso contrario, MAGNANI e SPATARO, *"Il lavoro a progetto"* in *"Come cambia il mercato del lavoro"*, IPSOA, pag. 413.

Il carattere autonomo del lavoro a progetto — pur collocato entro un coordinamento il cui fine è il raggiungimento di un risultato — è indiscutibile, e ciò nonostante la presenza di alcune tutele previdenziali tipiche del rapporto di lavoro subordinato: il testo letterale della norma (art. 61 primo comma) utilizza espressioni come “*senza vincolo di subordinazione*” e “*gestiti autonomamente*”, e la Circolare del Ministro del Lavoro n. 1/2004 al punto II ribadisce che le collaborazioni “*...restano caratterizzate dall'elemento qualificatorio essenziale rappresentato dall'autonomia del collaboratore...*”, e precisa che il lavoro a progetto si differenzia da quello a tempo determinato in quanto “*...la durata del rapporto è funzionale alla realizzazione del progetto in regime di totale autonomia...*”.

Sempre al punto II la circolare intitola un apposito paragrafo “*L'autonoma gestione del progetto o del programma*”, ove si riconferma “*in toto*” la natura autonoma del rapporto di lavoro in esame, come d'altra parte ne prendono atto le circolari INPS n. 9 e 27 del 2004.

L'Ente, come già per le precedenti collaborazioni coordinate e continuative, continua ad utilizzare i criteri già stabiliti dalla giurisprudenza per delimitare i confini fra rapporto di lavoro subordinato e lavoro a progetto, ritenendo l'inesistenza di quest'ultimo laddove siano presenti quegli indici sintomatici tipici del lavoro dipendente quali l'assenza di rischio, la periodicità e predeterminazione del compenso, l'obbligo di rispetto di un orario di lavoro e, soprattutto, *l'esercizio del potere di controllo, direttivo e disciplinare da parte del committente / datore di lavoro*.

L'art. 61 primo comma utilizza l'espressione “*prevalentemente personale*”, per cui l'Istituto tende a non ritenere valide le collaborazioni a progetto in cui vi sia una prestazione di carattere esclusivamente personale, come ad esempio le prestazioni svolte da camerieri/barman all'interno di una struttura di bar/ristorazione, mentre considera come valido lavoro a progetto le prestazioni svolte da tali collaboratori quando organizzino autonomamente, e con i loro mezzi, un ricevimento o più ricevimenti per un committente al di fuori di una struttura di ristorazione e presso la sede indicata dal committente.

Occorre poi valutare se l'attività oggetto del progetto debba o meno presentare il carattere della straordinarietà o eccezionalità rispetto all'ordinario ciclo produttivo dell'azienda.

A questo proposito la circolare ministeriale offre un'esauritiva indicazione nel senso di identificare il progetto con “*...un'attività produttiva ...funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale....Il progetto può essere connesso all'attività principale od accessoria dell'impresa*”: da tale definizione si deduce pertanto che il progetto o programma costituisce una forma di prestazione lavorativa che deve essere comunque diversa dall'attività ordinaria – sia essa principale od accessoria - del ciclo produttivo dell'azienda committente (10).

Pertanto, ad esempio, viene considerato valido il lavoro a progetto di organizzazione e gestione di una biblioteca aziendale ancorché l'attività principale dell'azienda sia totalmente diversa.

(10) In senso contrario, MAGNANI e SPATARO, *ibidem*, pag. 415.

Il carattere autonomo del lavoro a progetto comporta peraltro alcune limitazioni delle tutele previdenziali (che si avvicinano in parte a quelle del lavoro subordinato, analogamente a quelle previste per le vecchie collaborazioni coordinate e continuative): l'art 66 prevede la sospensione del rapporto per gravidanza, malattia e infortunio, senza erogazione del corrispettivo.

La maternità presenta la tutela più rilevante, dal momento che il terzo comma dell'art.66 stabilisce che la durata del rapporto sia prorogata comunque di centottanta giorni, senza tuttavia prevedere, a differenza del secondo comma ove si tratta della malattia e dell'infortunio, la possibilità di recesso del committente: l'interpretazione sistematica dell'intero articolo di legge impone quindi di escludere la possibilità di recesso del committente in caso di gravidanza, e ciò indipendentemente dalla durata prevista dal contratto.

L'art. 66 all'ultimo comma richiama infine le disposizioni in materia di tutela della maternità stabilite per i collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla gestione separata di cui al comma 26 dell'art. 2 l. 335/1995 (art. 64 d.lgs. n.151/2001 che rinvia all' art. 59, comma 16, l. 449/1997 e successive modificazioni che ha trovato applicazione con il d.m. 4.4.2002), nonché quelle sulla malattia in caso di degenza ospedaliera (art. 51, comma primo, l. 488/1999 che ha modificato l'art. 59, comma 16, l. 449/1997 che ha trovato applicazione con il d.m. 12.1.2001) e le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (art. 5 d. lgs. 38/2000).

Trattandosi di malattia e maternità, comunque tutelate dal punto di vista della temporanea conservazione del contratto di lavoro, si pone la domanda se sia o meno necessaria una formale comunicazione al datore di lavoro (e/o all'INPS) dell'assenza per malattia o maternità, e se sia o meno necessario l'invio di una certificazione, (come per il lavoro subordinato), ovvero di un'autocertificazione come per le collaborazioni coordinate e continuative (e come per i lavoratori autonomi iscritti alle relative Gestioni pensionistiche).

Dal momento che l'art. 66, secondo comma, tratta di un diritto indisponibile a favore del collaboratore, perché esclude l'estinzione del rapporto prevedendone la mera sospensione, una risposta positiva al primo quesito sembrerebbe essere la soluzione più conforme allo spirito della norma anche a tutela del committente e dell'Ente Previdenziale che eroga le prestazioni di malattia e maternità.

Anche il secondo quesito merita una risposta positiva, a seguito dell'emanazione della circolare del Ministro del Lavoro n. 1/2004 (punto VI) che ha precisato che *“in caso di malattia, infortunio e gravidanza resta fermo l'invio, ai fini della prova, di idonea certificazione scritta”*, in analogia a quanto previsto per le collaborazioni coordinate e continuative, nonché per i lavoratori autonomi iscritti alle relative gestioni pensionistiche, ove è necessaria l'autocertificazione dell'evento malattia/maternità per ottenere l'erogazione dell'indennità relativa dall'INPS, qualora sussistano le condizioni previste dalla legge.

Sempre per gli stessi motivi, identità di genere con le collaborazioni coordinate e continuative e con i lavoratori autonomi iscritti alle relative Gestioni pensionistiche, dovrebbe essere ammesso il potere di verifica delle situazioni autocertificate da parte dell'Ente Previdenziale che eroga le relative indennità.

Sulla tutela della maternità va rilevato che l'art. 66 parla di "gravidanza" e non di "maternità", la quale tuttavia sembra essere implicitamente contemplata, in considerazione dell'espresso richiamo alle norme sulla tutela della maternità per i collaboratori coordinati e continuativi.

Nulla dice la legge sugli eventuali ammortizzatori sociali, quali ad esempio l'indennità di disoccupazione, in ciò peraltro coerente con quanto (non) previsto per i vecchi collaboratori coordinati e continuativi ed in linea con il carattere autonomo del lavoro a progetto.

La categoria delle collaborazioni coordinate e continuative è stata presa in considerazione dal legislatore negli ultimi anni soprattutto dal punto di vista previdenziale (e fiscale), ad iniziare dall'art. 2, comma 26, l. 335/1995 che ha previsto l'obbligatorietà dell'iscrizione nell'apposita Gestione Separata istituita presso l'INPS nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria dei "titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui al comma 2, lettera a) dell'art.49 del testo unico sulle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 917/1986 e successive modificazioni ed integrazioni".

La nuova normativa sui lavori a progetto nulla ha innovato, per cui continua ad applicarsi la disciplina prevista per le collaborazioni coordinate e continuative.

L'art. 45 d.l. n.269/2003 conv. in l. 326/2003 ha recentemente disposto che dal 1 gennaio 2004 l'aliquota contributiva pensionistica per gli iscritti alla Gestione Separata, che non siano assicurati presso altre forme obbligatorie, è stabilita in misura identica a quella prevista per la Gestione pensionistica dei commercianti.

Le circolari INPS n. 27 del 10 febbraio 2004 e n.45 del 10 marzo 2004 indicano con precisione tutte le modalità di calcolo di tale percentuale, nonché l'aliquota per il computo delle prestazioni pensionistiche, differenziando coloro che sono già iscritti a forme obbligatorie di previdenza e coloro che non lo sono.

In sintesi (rinviandosi "in toto" a quanto detto nelle predette Circolari), a partire dal 1 gennaio 2004, le aliquote contributive sono così suddivise:

- 10 per cento per i soggetti iscritti ad altra gestione previdenziale o titolari di prestazione pensionistica non diretta;
- 15 per cento per i titolari di pensione diretta;
- per i soggetti privi di tutela previdenziale, per l'anno 2004, rispettivamente 17,80 per cento fino ad Euro 37.883,00, e 18,80 per cento da Euro 37.883,00 ad Euro 82.401,00.

Infine rilevano l'art. 69 (in punto di meccanismi sanzionatori a fini antielusivi) e i chiarimenti contenuti nella circolare n. 1/2004 del Ministro del Lavoro e nella circolare INPS n. 9 del 22 gennaio 2004.

L'interpretazione dell'art.69, primo comma, sembrerebbe sanzionare la mera mancanza del progetto o programma con la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dall'inizio del rapporto stesso e ciò a titolo di presunzione assoluta senza possibilità quindi di provare il contrario, mentre il secondo comma lascia aperta la possibilità di accertare in via giudiziale quando un rapporto venga svolto con le modalità del lavoro subordinato nonostante lo schema formale del lavoro a progetto, trattandosi di presunzione relativa, e lasciando quindi alla parte interessata l'onere della prova.

Nonostante la chiarezza della norma, la predetta circolare ministeriale (punto X) precisa, per quanto riguarda la disposizione di cui al primo comma, che *“si tratta di una presunzione che può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio prova della esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo”*, leggendo la norma (non si vede infatti come potrebbe una circolare ministeriale interpretare una legge) come una presunzione relativa.

La circolare puntualizza infine che in entrambi i casi (cioè primo e secondo comma), il *“controllo concerne l'esistenza nei fatti di un progetto e non la sua mera deduzione nel contratto. La mancata deduzione del progetto nel contratto preclude solo la possibilità di dimostrarne l'esistenza e la consistenza con prova testimoniale”*.

6. — *Certificazione.*

Dal punto di vista previdenziale i problemi relativi alla certificazione sono sostanzialmente: quelli connessi all'esercizio dell'attività ispettiva e quelli che riguardano il recupero contributivo coattivo.

Appare necessario premettere che è rimasta inalterata la potestà degli enti previdenziali di verificare mediante l'attività ispettiva l'effettiva qualificazione dei rapporti di lavoro, dal momento che nessuna disposizione del d. lgs n. 276/03 o della legge delega n. 30/2003 la esclude: l'art. 8 della legge n. 30/2003 delega infatti al Governo *“la razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro”*, ma di certo non elimina tali funzioni.

L'art. 85 della legge delegata (il cui titolo recita *“Abrogazioni”*), non contiene infatti alcuna abrogazione né esplicita (non indicando alcuna delle norme che riguardano l'attività ispettiva, ed in particolar modo l'art. 3, comma 20, l. 335/1995), né implicita, non risultando alcuna incompatibilità fra queste ultime e *“le disposizioni legislative e regolamentari”* (art. 85 lett. i). Neanche l'art. 79 della legge delegata accenna a limitazioni di alcun tipo all'attività ispettiva connesse all'atto di certificazione ovvero in pendenza del procedimento di certificazione (11).

Un'interpretazione che negasse la possibilità di attività ispettive degli enti previdenziali (e dell'Ispettorato del Lavoro) risulterebbe pure censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale, perché contrasterebbe con il principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), dal momento che gli Enti in questione — conviene ricordarlo — trattano diritti indisponibili tutelati dalla Carta Costituzionale (12).

(11) In tal senso, SOMA, *“Procedure di certificazione”* in *“La riforma Biagi. Commento al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”*, Ed. La Tribuna, pag. 202.

(12) In tal senso, GUADAGNINO (Convegno su *“Le nuove figure contrattuali flessibili e livelli di tutela”* tenuto a Genova il 30-31 gennaio 2004).

Inoltre un'interpretazione, che ritenesse vincolanti gli effetti della certificazione neanche nei confronti degli Enti Previdenziali, potrebbe determinare questioni di legittimità costituzionale, sempre per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), pure dell'art. 78, secondo comma, lett. d), della legge delegata, norma che permette alle parti private di chiedere la certificazione anche di tali effetti, nei cui confronti gli enti previdenziali — oltretutto — hanno la mera possibilità di presentare osservazioni, e sempre che ne siano tempestivamente informati dalla Direzione provinciale del Lavoro (art. 78, secondo comma, lett. a).

Tuttavia l'efficacia meramente dichiarativa e non costitutiva della certificazione nei confronti degli enti previdenziali risulta dalla dizione stessa della legge, laddove parla esclusivamente di *"...esplicita menzione degli effetti in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione"* (art. 78, secondo comma, lett. d), senza che venga prevista alcuna limitazione o qualsivoglia vincolo nei confronti degli enti predetti.

Da quanto appena esposto si argomenta che l'ente previdenziale continua ad avere il diritto-dovere di esercitare l'attività ispettiva e continua altresì ad esercitare il diritto-dovere di agire esecutivamente per il recupero dei contributi mediante il sistema dell'iscrizione a ruolo senza che la certificazione possa essere opposta a tale ente: in sede giudiziaria, il giudice ordinario potrà poi, se del caso, disapplicare l'atto certificativo in base ai principi generali del nostro ordinamento.

Il secondo ordine di problemi, anch'esso connesso all'esercizio dell'attività ispettiva, riguarda la compatibilità dell'efficacia della certificazione nei confronti degli enti previdenziali con le procedure di recupero coattivo dei crediti contributivi.

È necessario in proposito ricordare che, a far data dal 1 luglio 1999, l'art. 17 del d. lgs. n. 46/1999, contenente il "riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo a norma dell'art. 1 della legge n. 337/98", stabilisce le entrate che devono o possono essere riscaldate coattivamente mediante ruolo.

Ai sensi del comma 1 deve avvenire a mezzo ruolo la riscossione coattiva delle entrate dello Stato e degli altri enti pubblici — compresi quelli previdenziali — ad eccezione di quelli pubblici economici.

Fino al 30 giugno 1999, invece, l'art. 2 d.l. 338/89 conv. in l. 389/89 l'iscrizione a ruolo era prevista come semplice opzione in alternativa al decreto ingiuntivo o all'ordinanza-ingiunzione: la principale novità contenuta nell'art. 17, comma 1, consiste quindi nell'obbligo anche per l'INPS di effettuare la riscossione coattiva con il ruolo.

In particolare, l'art. 24 dlgs citato ("Iscrizione a ruolo dei crediti degli enti previdenziali") al primo comma testualmente recita: "I contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici sono iscritti a ruolo, unitamente alle sanzioni ed alle somme aggiuntive calcolate fino alla data di notifica della cartella di pagamento, al netto dei pagamenti effettuati spontaneamente dal debitore".

L'art. 25, comma 1, introduce poi per la prima volta anche in materia previdenziale e in aggiunta alla prescrizione quinquennale, i seguenti termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo:

a) “per i contributi o premi non versati dal debitore” (cioè per gli omessi o tardivi versamenti dei soggetti iscritti nelle gestioni previdenziali), il 31 dicembre dell’anno successivo al termine fissato per il versamento ovvero, “in caso di denuncia o comunicazione tardiva o riconoscimento di debito”, il 31 dicembre dell’anno successivo a quello della conoscenza da parte del dell’ente;

b) “per i contributi o premi dovuti in forza di accertamenti”, il 31 dicembre dell’anno successivo alla data di notifica del verbale ispettivo ovvero, in presenza di ricorso all’Autorità Giudiziaria, il 31 dicembre dell’anno successivo a quello in cui il verbale stesso è divenuto definitivo.

Ora, se all’INPS, come a qualunque altro “terzo”, fosse opponibile la certificazione sino alla sentenza di merito a seguito di contestazione giudiziaria, l’Ente potrebbe incorrere nella decadenza prevista per la non tempestiva iscrizione a ruolo dei suoi crediti.

Per evitare tale conseguenza, l’interpretazione più congrua, anche per evitare censure di legittimità costituzionale per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), nonché per violazione del diritto di difesa (artt. 24 e 113, secondo comma, Cost.), sembra essere quella di ritenere la certificazione compatibile con la iscrizione a ruolo da parte degli Enti Previdenziali.

Tale modalità, peraltro, non risulta abrogata da nessuna disposizione della legge in esame, per cui il sistema di rimedi giurisdizionali adottabili avverso la certificazione non può escluderla per i contributi accertati in sede ispettiva. A seguito di opposizione a cartella esattoriale (ovvero già al verbale di accertamento), potranno essere accertati i presupposti fondanti la pretesa (con l’eventuale disapplicazione dell’atto di certificazione), con i relativi oneri probatori a carico dell’ente previdenziale, attore sostanziale nel giudizio di opposizione (13).

Infine, rispetto alla domanda se possano essere ridotte le sanzioni civili in caso di accertamento dell’erronea qualificazione del contratto e di accoglimento della pretesa contributiva dell’Ente, sembra ragionevole rispondere nel senso indicato in tema di somministrazione di lavoro (14)

(13) In tal senso, DE LUCA (Convegno su “*Le nuove figure contrattuali flessibili e livelli di tutela*” tenuto a Genova il 30-31 gennaio 2004).

(14) In tal senso, SOMA, *ibidem*, pag. 203.

NOTE A SENTENZA

Lavoro (Rapporto di) - Lavoro subordinato e lavoro autonomo - Criteri distintivi - Vincolo della subordinazione - Modalità di svolgimento della attività lavorativa - Potere direttivo - Indici secondari o sussidiari della subordinazione - Volontà delle parti - Nomen iuris - Rilevanza.

Corte di Cassazione - 20.6.2003, n. 9900/03 - Pres. Sciarelli - Rel. Curcuruto - P.M. Velardi (Conf.) - C.O.N.I. (Avv. Tonucci) - INPS (Avv.ti Ponturo, Fonzo, Marchini).

L'indagine centrale ai fini della qualificazione del rapporto è quella diretta ad accertare l'assoggettamento del datore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con la conseguente limitazione della sua autonomia ed il suo inserimento nell'organizzazione aziendale.

Ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, il c.d. nomen iuris attribuito dalle parti allo stesso assume un ruolo nei casi, peraltro marginali, in cui ogni altra circostanza complessivamente valutata non offra elementi decisivi in un senso o nell'altro.

FATTO — Il CONI propose opposizione al decreto con cui il Pretore di Verona, ad istanza dell'INPS, gli aveva ingiunto il pagamento di L. 615.134.375, a titolo di contributi e sanzioni di legge per l'omessa registrazione a libro paga e matricola di 17 lavoratori, assunti formalmente come lavoratori autonomi nel periodo fra il settembre 1980 e l'ottobre 1994 e ritenuti per contro dall'INPS lavoratori subordinati.

A fondamento dell'opposizione, per quanto ancora rileva, il CONI dedusse la prescrizione parziale del credito per il periodo ottobre 1980-gennaio 1985, risalendo al 20 gennaio 1995 l'unico atto interruttivo da parte dell'INPS, e l'insussistenza dei presupposti di fatto per qualificare il rapporto intercorso con i lavoratori come lavoro subordinato.

Il Pretore accolse parzialmente l'opposizione e condannò il CONI al pagamento dei contributi nei limiti della prescrizione decennale. La sentenza, su appello del CONI, contrastato dall'INPS, è stata confermata dal Tribunale di Verona, previo espletamento di consulenza tecnica sulla misura dei contributi dovuti.

Nella motivazione il Tribunale, per quanto ancora rileva, ha premesso anzitutto che la subordinazione lavorativa consiste nell'inserimento organico del lavoratore nella struttura dell'impresa e può esser colta sulla base di elementi oggettivi quali l'assenza di una organizzazione imprenditoriale in capo al lavoratore e il suo assoggettamento al

potere gerarchico del datore di lavoro, mentre non ha rilievo decisivo il *nomen juris* usato dalle parti per qualificare il rapporto.

Il giudice d'appello ha quindi osservato che in base alle risultanze processuali, e in particolare alle testimonianze dei dipendenti, era risultato che i c.d. collaboratori autonomi dei quali il CONI, dotato di un numero limitato di funzionari, si avvaleva erano tenuti ad osservare un orario di lavoro, godevano di una retribuzione fissa mensile, non modificata per effetto di periodi di malattia o ferie, non sopportavano alcun rischio, non avevano alcuna organizzazione lavorativa propria, neppure di tipo elementare, rendevano una prestazione di fatto che si esauriva nella messa a disposizione delle loro energie lavorative.

Quanto ai conteggi dell'INPS, il Tribunale sulla scorta della c.t.u. ne ha confermato la correttezza, sia sotto il profilo dell'inquadramento categoriale che per quel che riguardava la misura degli importi pretesi.

Contro questa sentenza il CONI ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo di ricorso, denunciando, ai sensi dell'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c., omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio, come pure violazione e falsa applicazione degli articoli 2094 e 1362 e seguenti c.c., avuto riguardo al riconoscimento della natura subordinata e rapporto di lavoro, il ricorrente addebita anzitutto alla sentenza impugnata, di essersi limitata a richiamare l'insegnamento di questa Corte sui criteri distintivi del rapporto di lavoro subordinato da quello autonomo, senza svolgere un'indagine specifica sulle singole posizioni lavorative dei 17 collaboratori per i quali erano stati richiesti i contributi ed irrogate le sanzioni, equiparandole tutte senza verificare in concreto l'esistenza per ognuna di esse degli elementi caratteristici o almeno sintomatici della subordinazione, benché nell'atto di appello fossero state messe in rilievo le peculiarità di ciascuna. In secondo luogo, il ricorrente addebita alla sentenza di non aver tenuto conto della volontà delle parti di dar vita ad un rapporto di lavoro autonomo, volontà espressa anche nel trattamento fiscale dei compensi, trascurando quindi tanto la presunzione correlata al *nomen juris* utilizzato dalle parti, quanto il loro comportamento successivo, con cui esse avevano manifestato adesione allo schema contrattuale convenuto. Oltre a ciò, al giudice di merito è ancora addebitata l'omessa effettuazione di qualsiasi indagine sull'esistenza del potere gerarchico del datore di lavoro, e il mancato esame di circostanze, emergenti dalla prova orale, idonee a determinare una diversa decisione della causa, quali la totale inesistenza di qualsiasi esercizio di poteri direttivi, disciplinari e di controllo da parte del CONI nei confronti dei collaboratori, e l'inesistenza di obblighi di presenza o di orario di lavoro da parte di questi ultimi.

Il motivo è sostanzialmente fondato, benché alcune delle tesi che esso contiene non siano condivisibili.

In particolare, non merita approvazione quella che intende far leva sulla volontà delle parti non quale si è manifestata nel concreto svolgimento del rapporto ma come configurata nelle originarie pattuizioni contrattuali, tanto più se, come sostenuto dal

ricorrente, una tale volontà sia, almeno presuntivamente, da considerare conforme al *nomen juris* adoperato dalle parti.

Al riguardo va invece ribadito il prevalente orientamento di questa Corte secondo cui la qualificazione del rapporto compiuta dalle parti nella iniziale stipulazione del contratto non è determinante stante la idoneità, nei rapporti di durata, del comportamento delle parti ad esprimere sia una diversa effettiva volontà contrattuale che una diversa nuova volontà (così, di recente, Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420).

Il comportamento delle parti va dunque considerato e valorizzato proprio perché idoneo a render manifesto il concreto assetto che esse hanno inteso imprimere ai loro rapporti, a prescindere dal carattere confermativo o non della originaria qualificazione da essi voluta, fermo restando il ruolo di questa nei casi, peraltro marginali, in cui ogni altra circostanza complessivamente valutata non offra, ai fini della qualificazione del rapporto, elementi decisivi in un senso o nell'altro.

Va poi aggiunto che, in assenza di precise indicazioni sul contenuto delle pattuizioni originarie non si può accogliere la pretesa del ricorrente di attribuire carattere sintomatico della volontà delle parti all'assoggettamento da parte del CONI a ritenuta d'acconto dei compensi corrisposti ai collaboratori, accettato costantemente da costoro. Si tratta, infatti, di un comportamento dal significato quantomeno ambiguo, non potendo ravvisarsi (e comunque non essendo dedotto) uno specifico interesse dei soggetti coinvolti per un diverso modalità di tassazione. D'altra parte, se, com'è noto, le modalità della retribuzione non hanno di per se rilievo decisivo ai fini che qui interessano, appare arduo attribuire tale rilievo al trattamento fiscale dei compensi. Sono fondate, invece, le ulteriori censure contenute nel motivo.

Premesso che il controllo di questa Corte non riguarda la valutazione da parte del giudice del merito dei fatti e delle prove, ma solo il ragionamento giustificativo delle conclusioni raggiunte in base alle risultanze processuali, si deve osservare che la dimostrazione del positivo riscontro della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato fra il CONI e ognuno dei 17 collaboratori è affidato, nella sentenza, ad un primo gruppo di asserzioni così riassumibili: il CONI aveva un numero limitato di dipendenti, e si avvaleva di c.d. collaboratori autonomi; questi, tuttavia, erano tenuti ad osservare un orario di lavoro, godevano di una retribuzione fissa mensile, e tale retribuzione non subiva alcuna variazione per effetto di periodi di malattia o della fruizione di ferie.

La corrispondenza ai fatti di tali affermazioni deriva, secondo il Tribunale, dalle testimonianze assunte, in particolare dalle dichiarazioni del teste Malignaggi.

La sentenza contiene poi una seconda affermazione, secondo la quale quella dei lavoratori in argomento era "una prestazione di mero fatto, che si esauriva, in assenza di alcun rischio o di organizzazione lavorativa, anche elementare, nella messa a disposizione delle energie lavorative dei dipendenti".

Benché possa apparire come la conclusione che il Tribunale trae da una serie di fatti, questa seconda affermazione, nell'economia della sentenza, è presentata piuttosto come una circostanza di fatto, il cui supporto probatorio sarebbe costituito dalle dichiarazioni di taluni testi (Tommasetti, Brivonese, Barbi, Roner, Frustoli, e Bonora), non contraddette da quelle del già menzionato Malignaggi.

Ulteriore elemento di riscontro, sarebbe costituito dalle dichiarazioni rese dai collaboratori all'ispettore dell'INPS, da questi richiamate nella sua deposizione, e confermate, del resto, direttamente dagli stessi collaboratori ascoltati come testimoni.

Questa seconda affermazione, da intendere necessariamente come ulteriore base per la conclusione raggiunta, e da riguardare quindi nel suo profilo fattuale, equivale a dire che le prove assunte avevano dimostrato l'assenza di rischio o di una organizzazione anche elementare in capo ai lavoratori.

Fatte tali premesse, deve subito osservarsi che, come esattamente sottolineato dal ricorrente, pur avendo ricordato, benché sinteticamente, l'insegnamento di questa Corte circa i criteri di qualificazione di un rapporto come subordinato od autonomo, richiamando in proposito essenzialmente l'assenza di organizzazione imprenditoriale e l'assoggettamento a potere gerarchico del datore di lavoro, la sentenza impugnata, giustifica in realtà la ritenuta sussistenza del rapporto di lavoro, con il riscontro di una serie di elementi, quali l'osservanza di un orario di lavoro, la cadenza e la misura fissa della retribuzione, come pure l'assenza di rischio, che, nel costante orientamento di questa Corte assumono natura meramente sussidiarie e non decisiva (v. fra le molte, recentemente, la già cit. Cass. 4 febbraio 2002 n. 1420). Quindi, l'aver orientato la propria indagine in base ai criteri meramente sussidiari di accertamento della concreta esistenza della subordinazione, costituisce un primo errore della sentenza impugnata, dal momento che essa non si dà carico di spiegare perché si sia reso necessario il ricorso ai suddetti criteri e sia stata invece tralasciata l'indagine centrale in materia, ossia quella diretta ad accertare l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con la conseguente limitazione della sua autonomia ed il suo inserimento nella organizzazione aziendale (Cass. 2 aprile 2002 n. 4682). Il che è tanto meno comprensibile in quanto non emergono dalla sentenza profili di specificità, né per ciò che attiene alla natura della prestazione né per quel che riguarda la struttura organizzativa del CONI, tali da rendere evidente la scarsa concluzione del ricorso al criterio fondamentale di distinzione delle due fattispecie. Inoltre, dovendo decidere delle posizioni di 17 collaboratori e di un arco di tempo che andava dal 1980 al 1994, il Tribunale avrebbe dovuto chiarire la ragione per la quale non aveva ritenuto di dover effettuare un'indagine sulle singole posizioni lavorative, non risultando dalla motivazione della sentenza alcun elemento che possa indiscutibilmente giustificare una assoluta uniformità di situazioni per un così lungo periodo di tempo.

A parte questi rilievi di ordine generale, già idonei peraltro a rendere inadeguata la motivazione della sentenza, si deve osservare ulteriormente che in realtà dalle dichiarazioni testimoniali, riportate nel ricorso, non sembra adeguatamente giustificato neppure il positivo riscontro degli anzidetti indici secondari di subordinazione.

Infatti le testimonianze Tomassetti, Brivonese e Barbi, hanno riguardo testuale ed esclusivo ad istruzioni ricevute, pienamente compatibili, come noto, con una collaborazione autonoma, e non contengono invece riferimenti di alcun genere al potere gerarchico del CONI. Il Tribunale avrebbe quindi dovuto spiegare come questi riferimenti testimoniali fornissero argomento per sostenere la sottoposizione dei lavoratori a veri e propri ordini o quantomeno a direttive specifiche e puntuali provenienti dalla controparte, e, naturalmente, l'indagine avrebbe dovuto esser compiuta, ancora una volta, con riferimento specifico alle singole posizioni lavorative coinvolte.

Quanto all'orario di lavoro, le testimonianze Barbi e Roner fanno riferimento ad accordi con i responsabili del CONI e mai ad imposizioni unilaterali da parte di costoro, ed in tal senso è anche la deposizione Malignaggi, benché essa venga indicata nella sentenza come idonea ad avvalorare la tesi della sussistenza dell'obbligo dei collaboratori di rispettare un determinato orario di lavoro.

Quanto al tema, connesso, degli obblighi di presenza e di giustificazione delle assenze, la testimonianza Bonora depone testualmente in senso contrario, avendo la teste riferito che non potendo recarsi al lavoro a seguito di un incidente si era limitata ad avvertire il CONI, senza far parola di obblighi di documentazione dell'impedimento.

Nello stesso senso, d'altra parte, appare la deposizione Malignaggi, dalla quale risulta che i collaboratori Walter e Massimiliano Panato, non avevano obbligo di orario, convenivano i compensi per le loro prestazioni con il presidente del comitato provinciale, si recavano presso la segreteria CONI in un giorno di volta in volta convenuto, anche in questo caso avvertendo di eventuali impedimenti a rispettare l'impegno preso. Non diversamente, sempre in base alla medesima testimonianza, avveniva per la collaboratrice Tomassetti che "in linea di massima" veniva a lavorare tutte le mattine e che, sempre "in linea di massima" riceveva istruzioni dal Malignaggi. Ancora, quanto al collaboratore Veneri risulta dalla medesima testimonianza che egli collaborava "in linea di massima" la mattina, e gestiva autonomamente l'orario di lavoro, il che fra l'altro appare coerente con la circostanza, dedotta dal ricorrente, e sulla quale la sentenza nulla dice, che il Veneri nello stesso periodo lavorava quale insegnante di educazione fisica presso un'altra pubblica amministrazione.

Infine, come già emerge da quel che s'è detto, il Tribunale non si è dato carico di spiegare la totale assenza di occasioni di esercizio di potere disciplinare nei confronti di un numero cospicuo di persone e per un arco di tempo assai ampio. Ora è vero che per poter affermare che vi sia o no tale potere è necessario accertare in fatto quali conseguenze si siano verificate in presenza di fatti che ne giustificano l'esercizio, mentre in assenza di tali fatti il riferimento ai profili disciplinari del rapporto perde di univocità, ma è anche vero che il numero dei collaboratori e la durata del rapporto avrebbero dovuto indurre il Tribunale ad indagare anche in questa direzione ed a motivare sui risultati di tale indagine.

Infine, sempre per effetto di una, non adeguatamente motivata, considerazione globale ed unificante della situazione, la sentenza, come rilevato dal ricorrente, non chiarisce la posizione dei soggetti ascoltati in sede di ispezione INPS ma non ulteriormente escussi in giudizio quali testi, né degli altri che non avevano rilasciato dichiarazioni in sede ispettiva.

Il motivo va quindi accolto.

Conseguentemente la sentenza è cassata con rinvio della causa per un nuovo esame alla luce anzitutto dei criteri di distintivi fra collaborazione autonoma e lavoro subordinato, ricordati in precedenza. Il giudice di rinvio accerterà quindi con riguardo a ciascuno dei diciassette collaboratori l'effettivo assoggettamento al potere direttivo e disciplinare e il loro inserimento nell'organizzazione del CONI, ricorrendo solo in via eventuale, qualora tale indagine non dovesse fornire sicuri elementi di riscontro, anche agli ulteriori criteri sussidiari.

Gli ulteriori motivi di ricorso restano per tanto assorbiti.

(Omissis)

**UN NUOVO CONTRIBUTO DELLA CASSAZIONE
AL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE
DEL RAPPORTO DI LAVORO.**

1. — *Il problema della qualificazione del rapporto di lavoro: in particolare, il ruolo svolto dall'ente previdenziale*

La sentenza in epigrafe affronta una problematica antica e controversa, rinvigorita dalla riforma del mercato di lavoro attuata con il d.lgs. 276/2003: la qualificazione del rapporto di lavoro, nell'ambito di una sempre più duttile linea di separazione tra il lavoro subordinato e quello autonomo (1).

Come è stato ampiamente rilevato dalla dottrina giuslavoristica, fattori "esogeni" — quali l'evoluzione dei sistemi produttivi e delle forme di organizzazione del lavoro, l'informatizzazione, la terziazizzazioni dei processi, le esternalizzazioni e i decentramenti produttivi — e fattori "endogeni" — ovvero l'espansione delle tutele anche a tipi di lavoro diversi da quello subordinato *tout court* (2) — hanno provocato quella che si suole definire "crisi della subordinazione" (3). Con tale concetto si intende la sfumatura dei caratteri tipici del lavoro subordinato, con conseguente attenuazione dei tratti distintivi rispetto al lavoro autonomo ed ampliamento della "zona grigia" dei lavori a cavallo tra la subordinazione e l'autonomia. Attualmente, come la Cassazione ricorda spesso, qualsiasi lavoro può essere svolto sia in forma subordinata che autonoma, e gli elementi della collaborazione e dell'assoggettamento ai poteri datoriali, di cui all'art. 2094 c.c., possono non risultare nettamente, ponendo dubbi sulla disciplina normativa e previdenziale applicabile al caso di specie (4).

(1) Il problema è stato affrontato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 115 del 31 marzo 1994, n. 115, Mass. Giur. Lav., 1995, 523.

(2) Cfr F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Bologna, 1992, 24 e ss.

(3) Il fenomeno è stato analizzato da una ricca e copiosa dottrina. Cfr per tutti M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, a cura di M. PEDRAZZOLI, Bologna, 1989, 43; P. TOSI, *La distinzione tra autonomia e subordinazione*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 33; M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2003, 99 e ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, 49 ss.; F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, cit., 24 ss.; A. BELLAVISTA, *Flessibilità e collaborazione*, Dir. Lav., 2003, 393. Per le questioni più strettamente previdenziali: M. CINELLI, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia: quale ruolo per la previdenza sociale?*, Riv. It. Dir. Lav., 1996, I, 399.

(4) Le figure lavorative che hanno destato maggiori perplessità interpretative sono, ad esempio, quella del pony-extrass, del venditore porta a porta, dell'animatore dei villaggi turistici, del propagandista farmaceutico, del collaboratore ad un giornale, del lettore di bollette, del lettore universitario, del consulente, dell'addetto ai totalizzatori degli ippodromi, ecc...

A tali problemi qualificatori si aggiungono quelli indotti da una strisciante e ormai consolidata tendenza alla “fuga” verso il lavoro autonomo e parasubordinato, determinata, tra le varie cause, anche al maggior costo previdenziale del lavoro subordinato, le cui aliquote contributive sono state recentemente ridefinite nella Circolare INPS n. 179 del 20 novembre 2003 (5); fuga che, spesso, si manifesta nelle forma patologica del mascheramento del lavoro subordinato dietro lo schermo delle collaborazioni autonome, ovvero attraverso il meccanismo della simulazione.

La sentenza in epigrafe si riferisce proprio ad una fattispecie di questo tipo.

Il caso riguarda una rivendicazione contributiva avanzata dall’INPS nei confronti dell’Ente Coni, fondata sull’assunto che una serie di collaborazioni autonome celavano, per le modalità di svolgimento, dei rapporti di lavoro subordinato. Tale pretesa è stata accolta sia in primo grado che in appello, con la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi, fatti salvi quelli estinti in virtù della prescrizione decennale.

La vicenda non risulta affatto nuova, in quanto frequentemente la qualificazione giudiziale del rapporto, ed in particolare la rilevazione della natura subordinata dello stesso, è conseguente ad azioni giudiziali promosse dall’INPS (6). L’ente previdenziale, nella veste di “soggetto esponenziale di interessi coinvolti nella questione qualificatoria” — ossia, il riconoscimento dei contributi spettanti al singolo lavoratore e “la conquista al bilancio delle entrate contributive di centinaia di migliaia di lavoratori” (7) — ha svolto un ruolo rilevante nella complessa vicenda della qualificazione.

Oltre al contributo alla formazione di precedenti giurisprudenziali (8), l’ente previ-

(5) Reperibile nel sito www.inps.it

(6) Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit.; Cass. 15 marzo 2003, n. 3831, a quanto consta inedita; Cass. 8 gennaio 2001, n. 151, *q. Riv.*, 2001, 335; Cass. 15 gennaio 2001, n. 477, *q. Riv.*, 2001, 558; Cass. 20 dicembre 1999, n. 14343, *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 2585; Cass. 15 giugno 1999, n. 5960, *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 1404; Corte App. Venezia 22 gennaio 2001, *Riv. Giur. Lav.*, 2002, 759, con nota di V. BRINO, *Sul rilievo dato alla dipendenza economica nella qualificazione del rapporto di lavoro*; Corte App. Firenze, 14 marzo 2001, *Lav. Giur.*, 2001, con osservazioni di M. MISCIONE.

(7) P. TOSI, cit., 40.

(8) In particolare è stato stabilito che, a fronte di situazioni qualificatorie controverse e di rapporti subordinati mascherati nella veste formale del lavoro autonomo, l’azione giudiziale, pur essendo volta all’applicazione di norme imperative, non esime l’INPS, in quanto attore sostanziale, dall’onere di provare rigorosamente la subordinazione della quale si richiede l’accertamento (Pr. Milano 3 dicembre 1998, *Lav. Giur.*, 1999, 965, con commento di G. GAROFALO).

Nell’opposta situazione di lavori autonomi aventi forma subordinata, la giurisprudenza ha riconosciuto all’INPS il potere di agire prima di ricorrere in giudizio, annullando d’ufficio, in sede di autotutela, il provvedimento o l’atto amministrativo di ammissione alla posizione contributiva “risultante *ab origine* in contrasto con la normativa vigente, come nel caso in cui faccia difetto il necessario presupposto rappresentato dal rapporto di lavoro subordinato” (Cass. 8 febbraio 2000, n. 1399, *Giur. Lav.*, 2000, 498; Cass. 10 maggio 1995, n. 5088, *q. Riv.*, 1995, 920; Cass. 20 novembre 1991, n. 12466). Nel caso in cui il giudice accerti la simulazione di un rapporto di lavoro autonomo, allo scopo di costituire una situazione previdenziale vietata da norme imperative di ordine pubblico, il contratto è stato considerato nullo per illiceità della causa, con conseguente inapplicabilità dell’art. 2126, 1° comma, c.c. e travolgimento del rapporto previdenziale per il periodo pregresso (Cass. 4 giugno 1999, n. 5516, *Not. Giur. Lav.*, 2000, 253).

denziale ha tentato di intervenire più attivamente nella soluzione del “dilemma” qualificatorio, per gestire il proprio contenzioso e sbrogliare la matassa dell’inquadramento contributivo di alcuni lavori collocati nell’area grigia. Per tali ragioni le esigenze di razionalizzazione hanno interessato, oltre al legislatore, anche l’ente, il quale ha cercato di ridefinire la linea di confine tra le due aree attraverso delle circolari (circolare 8 agosto 1989, n. 179, 23 marzo 1990, n. 74, 14 novembre 1996), che hanno ricondotto entro l’area subordinata alcune tipologie di lavoro. Il risultato, secondo un’opinione dottrinale, è stato quello di aver aggiunto maggiore confusione in un quadro già complesso (9).

Il problema delle qualificazione e della simulazione del rapporto di lavoro è stato affrontato nuovamente dall’INPS con una circolare, la n. 11 del 4 aprile 2003, che presenta elementi di indubbia ambiguità e ha già sollecitato vivaci critiche (10). L’INPS ha stabilito che la collaborazione impropria, ovvero la dissimulazione di una subordinazione dietro le spoglie del lavoro autonomo e della collaborazione, deve essere considerata alla stregua di un’omissione contributiva. Dunque, a meno che non sia riscontrabile l’elemento dell’intenzionalità, da provare rigorosamente, non si applicano le più gravi sanzioni relative all’evasione contributiva (11). Questa scelta, conforme ad un orientamento volto ad ammorbidire le sanzioni in materia contributiva, nasce dalla ragionevole previsione di un incremento del fenomeno simulatorio, determinato dal fatto che molti dei rapporti di lavoro inquadrati nelle nuove forme flessibili (d.lgs. n. 276/2003), potranno assumere, per alcuni aspetti di ambiguità normativa, una conformazione di tipo subordinato. Dunque, gli organi ispettivi dovrebbero “chiudere gli occhi” di fronte a casi di simulazione, fingendo che vi sia un genuino slittamento del rapporto verso il paradigma della subordinazione, a meno che non sia palese la volontà elusiva. Si tratta, non di meno, di una linea interpretativa, che potrebbe anche influenzare, nella sua ispirazione di fondo, i giudici, i quali, tuttavia, hanno già palesato un atteggiamento simile, preferendo “risolvere il tutto nell’ottica di una corretta qualificazione (del rapporto), senza indagare se vi sia stata o no una volontà simulatoria delle parti” (12).

Dunque, anche per quanto concerne i riflessi previdenziali, è necessario fare i conti con i criteri distintivi tra il lavoro autonomo e subordinato disegnati dalla legge, ed enucleati dalla giurisprudenza, investita del delicato compito di calare nella realtà due nozioni, quelle di cui all’art. 2094 e 2222 c.c., caratterizzate da una notevole duttilità

(9) P. TOSI, cit., 41.

(10) Per la critica della Cgil si legga www.cgil.it

(11) La circolare recita: “in tutti i casi si proceda, anche a seguito di accertamento ispettivo, alla trasformazione del rapporto di lavoro, non possa configurarsi la fattispecie dell’evasione, e, conseguentemente, per la determinazione delle sanzioni, deve farsi riferimento alla lett.a) del comma 8 del già citato art.116, secondo le misure e nei limiti indicati nella parte prima, p.1.1 della circolare n.110/2001”. La sanzione viene così ridotta dal 30% al 5,5% (sanzione civile Tuir) e comunque non può essere superiore al 40% dell’importo dei contributi non corrisposti entro la scadenza di legge. Le nuove linee sono retroattive e decorrono dal 1° Ottobre 2000.

(12) L. NOGLER, *Sull’inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, Riv. It. Dir. Lav., 1997, 317.

interpretativa (13) e di selezionare le forme di lavoro riconducibili all'ombrello della subordinazione, con tutte le tutele ad esso connesso, tra cui quella previdenziale.

Numerosi "monitoraggi" dottrinali della ricca casistica hanno tentato di evidenziare orientamenti e tendenze, il ruolo che i giudici hanno rivestito nella vicenda della crisi e che possono svolgere nell'ambito della flessibilità delle forme di lavoro (14). Una risposta a simili dubbi non appare immediatamente desumibile dalla lettura delle sentenze in materia, posto che, anche se negli ultimi anni si va consolidando un orientamento dominante, emergono ancora delle oscillazioni interpretative.

2. — *Il metodo adottato per l'operazione di qualificazione.*

La sentenza in commento arricchisce una copiosa giurisprudenza in tema di individuazione degli estremi del lavoro subordinato, con particolare riferimento ai c.d. indici sussidiari, senza aggiungere nulla di nuovo. Il disposto della sentenza, sviluppata in parte attraverso la tecnica del richiamo dei precedenti, costituisce tuttavia un punto di riferimento per la ricostruzione degli ultimi orientamenti dominanti.

La prima osservazione desumibile dalla lettura di tale pronuncia e delle ultime sentenze in materia è il persistente tentennamento in ordine al metodo da adottare per la qualificazione dei rapporti di lavoro controversi. Sia la Cassazione che i giudici di merito tendono a seguire un determinato *modus procedendi*: dopo aver ricordato la definizione di subordinazione, si esegue un'indagine puntuale sulle singole posizioni lavorative, con valutazione finale della loro corrispondenza allo schema legale della subordinazione.

Uno degli aspetti maggiormente controversi della materia della qualificazione è l'inquadramento di questa operazione ermeneutica all'interno dei due possibili metodi utilizzabili dall'interprete (15).

(13) Ripercorrendo sommariamente quella che è stata definita come la "parabola" della subordinazione, si nota come l'art. 2094 e i principi da essa espressi siano stati interpretati dapprima in ossequio ad una concezione istituzionale e comunitarista dell'impresa propria del perioso fascista, poi ad una opposta logica giuridico contrattualistica del lavoro subordinato, prima concepita in termini di parità giuridica delle parti del rapporto, poi in termini di una disparità sostanziale colmata da un intervento normativo integrativo ed inderogabile. Per un'attenta ricostruzione L. CASTELVETRI., *Perché discutere (ancora) di alternativa tra contratto e rapporto di lavoro?*, *Dir. Rel. Ind.*, 2002, 467.

(14) Per lo studio della casistica giurisprudenziale L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, 144; A. GASPARI, *La qualificazione di un rapporto di lavoro controverso*, *Lav. Prev. Oggi*, 2003, 403; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, 95.

(15) Si parla anche di un terzo metodo, quello "tipologico funzionale". Si legge in L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 109: "Il metodo tipologico funzionale intende il tipo come la figura capace di esprimere in modo unitario una realtà complessa, in virtù delle relazioni fondamentali intercorrenti tra i vari elementi che la compongono. La qualificazione si svolge attraverso la valutazione ponderata dell'incidenza che ciascun elemento del caso presenta rispetto agli altri e sulla idoneità a realizzare congiuntamente agli altri la funzione desiderata".

Il primo, il metodo tipologico, è basato sulla riconduzione della fattispecie concreta al tipo legale in base ad un giudizio di non contraddizione o sufficiente conformità o di approssimazione rispetto al modello sociale prevalente di lavoratore subordinato. Pertanto, un rapporto è qualificato come autonomo o subordinato a seconda che, nella sua fisionomia concreta e nelle sue modalità di svolgimento effettive, presenti più caratteristiche dell'uno o dell'altro tipo di lavoro; caratteristiche desunte dai parametri sociali, oltre che legislativi.

Tale metodo si distingue dal quello c.d. sussuntivo che richiede una piena e totale riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta disegnata dalla norma di legge, e non dall'immagine ("arbitrariamente", secondo alcuni autori) (16) desunta dalla realtà sociale.

L'opzione per l'una o l'altra ipotesi metodologica ha alimentato una ricca discussione nella dottrina (17). A chi ritiene che al di là degli inevitabili condizionamenti della realtà sociale il metodo utilizzato dai giudici sia sempre quello sussuntivo, per la riconduzione della fattispecie concreta in una norma, si contrappone chi osserva che "la Cassazione è tipologica senza saperlo", in quanto "un ragionamento che partendo da un insieme di elementi di fatto opera una selezione di quelli rilevanti e ne stabilisce la relazione con un valore o un fine, è appunto un ragionamento sintetico o tipologico". Non manca poi chi, pur propendendo per un dato metodo, evidenzia come entrambi tendano a pervenire agli stessi esiti nell'applicazione giurisprudenziale: l'interprete "che applica il metodo sillogistico sussuntivo opera una valutazione, dovendo egli procedere, comunque, attraverso una fase necessaria di selezione degli aspetti del caso concreto, rilevanti ai fini della qualificazione e di raffronto di essi nell'ambito degli schemi (modelli) previsti dall'ordinamento. Anche il metodo tipologico compie una operazione di riconduzione di una fattispecie concreta ad una astratta, dovendo procedere all'accertamento del fatto ad alla sua qualificazione nell'ambito del tipo ricostruito dall'interprete" (19).

Questa osservazione sembra cogliere nel segno l'orientamento dei giudici, volto, dopo tante incertezze e palesi oscillazioni (20), a "glissare" sul punto, riconducendo un rapporto specifico alla fattispecie astratta, con un approccio che può dirsi tipologico nella valutazione e nel confronto e sussuntivo nel giudizio finale di assimilazione al tipo. Di fatto, il "tipo" del lavoro subordinato disegnato dall'art. 2094 c.c., è stato integrato da una serie di "indici della subordinazione", modellati ad una immagine di lavoratore subordinato che l'evoluzione sociale, normativa e tecnologica ha di fatto progressivamente sfumato.

(16) Per una critica al metodo tipologico L. NOGLER, cit., 125; M. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, Arg. Dir. Lav., 2002, 87.

(17) M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1988, 195; L. MENGHINI, cit., 182 ss.

(18) M. D'ANTONA, *Le metamorfosi della subordinazione*, in Massimo d'Antona, *Opere*, Milano, 2000, 1276.

(19) M. PROIA, cit., 87.

(20) La giurisprudenza, nelle rare occasioni in cui ha affrontato esplicitamente il problema, si è divisa in ordine al metodo da usare. Sul punto cfr. L. MENGHINI, cit., 163.

Negli ultimi anni, “interiorizzato” un modo di condurre l’operazione, la giurisprudenza si è quindi concentrata sul chiarimento del valore e della funzione di questi indici, della loro “graduazione” al fine di collocare il rapporto concreto nell’art. 2094 o 2222 c.c.

3. — L’indice “primario” della subordinazione.

La Cassazione, nella sentenza in epigrafe, ha individuato le modalità di svolgimento dell’operazione qualificatoria, articolando la valutazione in due fasi: la prima, necessaria ed essenziale, concentrata sulla ricerca dell’indice primario della subordinazione; la seconda, eventuale e facoltativa, finalizzata all’analisi degli indici secondari.

Nell’identificare l’indice primario, ovvero l’essenza stessa della subordinazione, la sentenza aderisce ad un orientamento che, pur essendo prevalente, non è accolto pacificamente.

La *condicio sine qua non* per la qualificazione di un rapporto come subordinato e la sua distinzione da quello autonomo, è, secondo la pronuncia in questione, l’eterodeterminazione, ovvero l’assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro (21), “con conseguente limitazione della sua autonomia e il suo inserimento nella organizzazione aziendale”.

Per molto tempo, adottando un’accezione restrittiva, si è ritenuto che il potere direttivo del datore dovesse estrinsecarsi nell’emanazione di direttive specifiche e puntuali (22). In dottrina tale posizione è stata considerata come il segno della persistente capacità persuasiva della concezione istituzionale ed a-contrattuale (23) ed è stata criticata in quanto l’assoggettamento del lavoratore ai poteri datoriali rientrerebbe sul piano degli effetti della subordinazione, e non dell’essenza della stessa (24).

Tale atteggiamento, più che essere sintomatico di una tendenza strisciante verso una impostazione del tutto sorpassata, è il frutto di una timida restrizione della giurispru-

(21) Cass. 7 marzo 2003, n. 3471; Cass. 7 aprile 2003, n. 5426; Cass. 9 aprile 2003, n. 5534, Cass. 11 aprile 2003, n. 5793, a quanto consta inedite; Cass. 20 marzo 2002, n. 4015, *Riv. Giur. Lav.*, 2002, 437, con nota di G. FONTANA, *Subordinazione e collaborazioni coordinate e continuative: l’ennesima “svolta” della Cassazione*; Cass. 2 aprile 2002, n. 4682, *Guida lav.*, 2002, 22; Cass. 23 aprile 2001, n. 5989, *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 869; Cass. 21 novembre 2000, n. 15001, *Rep. Foro It.*, 2000, 735; Cass. 4 novembre 2000, n. 14414, *q. Riv.*, 2001, 365; Cass. 3 giugno 1998, n. 5464, *Giust. Civ.*, 1999, I, 1485; Cass. 16 gennaio 1996, n. 326, *Mass. Giust. Civ.*, 1996, 66; Cass. 29 marzo 1995, n. 3745, *Giur. It.*, I, 1996, 56; Tr. Napoli 11 dicembre 1989, *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, II, 365, con nota di P. ICHINO, *Criteri “prioritari” e criteri “sussidiari” di qualificazione del rapporto di lavoro*; Corte App. Venezia 22 gennaio 2001, cit.

(22) Cass. 23 aprile 2001, n. 5989, cit.

(23) L. CASTELVETRI, cit., 468.

(24) R. SCOGNAMIGLIO, cit., 113.

denza di fronte alla tendenza erosiva che ha interessato il concetto di subordinazione e quindi anche l'elemento che con essa viene identificato. Infatti, a fronte del decentramento e della flessibilità, anche il concetto di eterodirezione è stato "sfaldato" e destrutturato, tanto da sembrare "in crisi l'idea che la titolarità e l'esercizio del potere direttivo (con tutte le specificazioni e le pretese di cui si è arricchito col tempo questo istituto) siano attributi immancabili ed esclusivi della posizione giuridica del datore-creditore del lavoro" (25). Se tale atteggiamento può essere colto come il tentativo di recuperare uno sfuggente criterio di indentificazione "forte" della subordinazione, non può tuttavia dirsi che la giurisprudenza, sul punto, si sia "chiusa" del tutto.

La Cassazione non è rimasta insensibile alla problematica dell'inidoneità della concezione classica del potere direttivo a rappresentare ed inquadrare giuridicamente le nuove realtà lavorative. Già dagli anni ottanta, in relazione a rapporti lavorativi caratterizzati da "una certa autonomia e discrezionalità", come le professioni intellettuali, ha iniziato a farsi strada il concetto di "subordinazione attenuata", evidentemente intriso da suggestioni dottrinali. Sono state individuate due possibili chiavi per la qualificazione dei rapporti così caratterizzati.

Secondo un primo orientamento, sostenuto anche dalla giurisprudenza di merito, il concetto alluderebbe a rapporti di lavoro subordinato contraddistinti da una notevole dilatazione del potere direttivo, che si estrinseca non più mediante ordini continui ed una vigilanza specifica, ma attraverso direttive programmatiche e di coordinamento; dunque, l'interprete dovrebbe andare alla ricerca di questo dato fattuale, pur nella sua labilità (26).

Un'altra accezione, sostenuta dalla Cassazione, coglie l'indice fondamentale della subordinazione "attenuata", nella "persistenza nel tempo dell'obbligo giuridico di compiere determinate prestazioni" (27) e "dell'obbligo di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità, fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite" dallo stesso, "in funzione dei programmi cui è destinata la produzione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro" (28). Non mancano poi posizioni che, meno bruscamente,

(25) P.TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)*, Arg. Dir. Lav., 2003, 85.

(26) Cass. 13 aprile 2002, n. 5366, in cui si parla "dall'esistenza di un potere direttivo del datore di lavoro che, pur nei limiti imposti dalla connotazione professionale della prestazione lavorativa, abbia un'ampiezza di estrinsecazione tale da consentirgli di disporre, in maniera piena, della stessa nell'ambito delle esigenze proprie della sua organizzazione produttiva"; Corte Appello Potenza, 12 ottobre 2000, *Or. Giur. Lav.*, 2000, 924; Tr. Milano 16 ottobre 2000, *Or. Giur. Lav.*, 2000, 930.

(27) Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, 272, con nota di C. AGOSTINI, *Subordinazione e metodi di qualificazione del rapporto*; Cass. S.u. 7 dicembre 1999, n. 865, Cass. pen. 31 ottobre 1984, *Cass. pen.*, 1986, 999; Cass. 13 novembre 1984, n. 5748;

(28) Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, cit.; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 126, con nota di A. STANCHI *Qualificazione del rapporto tra autonomia, subordinazione e subordinazione "attenuata"*, il quale evidenzia che parlare di subordinazione attenuata "non significa affatto...l'attenuazione degli obblighi (oneri ex art. 2697 c.c.) di prova del vincolo obbligatorio come descritto dalla Corte. La natura intellettuale della prestazione rende, in termini di oneri ex art.2697 c.c., a maggior ragione e pertanto indispensabile una più rigorosa, la necessità della prova della subordinazione"; Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842, *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 423, con nota di L. NOGLER, *Negli obiter dicta della Cassazione si consolida la giurisprudenza "Simoneschi" in tema di subordinazione*; Cass. 25 febbraio 2000, n. 2171, cit.; in dottrina tale accezione è accolta da SCOGNAMIGLIO, 114.

cumulano i due criteri identificando la subordinazione nella permanenza dell'obbligo del lavoratore di tenere a disposizione del datore le energie lavorative e nella permanenza del suo assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore (29).

Anche se la sentenza in commento valorizza l'accezione classica dell'eterodirezione, si può rilevare nella giurisprudenza un fermento interpretativo volto al ripensamento in chiave "flessibile" e moderna dei criteri tradizionali, al fine di coniugarli meglio con le nuove figure lavorative, sia tipizzate, come il lavoro a chiamata, sia non tipizzate, come le recenti figure di lavoro intellettuale. E ciò non si traduce nell'individuazione di concetti nuovi, ma nella valorizzazione di altri concetti classici, come quello della collaborazione previsto dall'art. 2094 c.c..

4. — Gli indici "secondari" della subordinazione.

La sentenza in commento conferma la giurisprudenza prevalente in materia di interpretazione degli indici secondari della subordinazione, quali l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva, l'uso di strumenti produttivi del datore, lo svolgimento della prestazione nei locali datoriali, l'assenza di rischio del lavoratore, la predeterminazione del contenuto delle prestazioni da parte del datore, le modalità della retribuzione, a tempo ed indipendente dal risultato, e l'obbligo di osservare un dato orario di lavoro (30). Tali criteri sono stati al centro di molte aspettative per la soluzione del problema qualificatorio, tanto da costituire anche l'oggetto di una proposta di legge che introdurrebbe la presunzione legale della subordinazione (31).

La Cassazione, nella sentenza in commento, ha aderito alla giurisprudenza prevalente che attribuisce a tali indici un valore meramente indiziario (32). Secondo questo orientamento, poiché tali criteri riflettono alcuni caratteri che possono essere compati-

(29) Cass. 25 febbraio 2000, n. 2171, cit.; Cass. 15 maggio 1987, n. 4515; Cass. 14 febbraio 1985, n. 1287.

(30) Cass. 6 luglio 2001, n. 9152, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, 272, con nota di C. AGOSTINI, *Subordinazione e metodi di qualificazione del rapporto*; M. GARATTONI, *Subordinazione, parasubordinazione e collaborazione coordinata e continuativa*, Roma, 2003, 13 ss.

(31) Gli indici del rapporto di lavoro subordinato individuati dalla proposta di legge D'Antona sono: inserimento stabile del prestatore nell'organizzazione dell'impresa, lo svolgimento della prestazione nei luoghi e con gli strumenti del datore di lavoro, la soggezione a direttive puntuali e a direttive costanti sull'esecuzione della prestazione, la soggezione a vincoli di orario e ad una disciplina sui riposi e sulle ferie, la previsione di un corrispettivo a misura determinata o determinabile pagato a scadenze fisse. Per una critica a tale progetto, consultabile in G. GHEZZI (a cura di) *La disciplina del mercato di lavoro*, Roma, 1996, 197, si veda L. NOGLER, cit., 311.

(32) Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842, cit.; Cass. 15 luglio 2002, n. 10262, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, 249, con nota di L. PANAIOTTI, *Prova della subordinazione e inapplicabilità dell'art. 2112 c.c. in caso di avvicendamento tra concessionarie per la gestione dell'appalto nelle esattorie*; Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, cit.; Cass. 25 febbraio 2000, n. 2171, cit.; Corte App. Bari 14 marzo 2002, n. 259; A. Potenza 20 dicembre 2001, *Foro it.*, 2002, I, 2741; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Milano, 2000, 269 ss.

bili con il modello di lavoratore autonomo, “anche tutti insieme, non sono sufficienti a supportare la sussunzione del rapporto dentro lo schema del lavoro subordinato”, se “risulta carente o indimostrato” (33) il criterio primario, ovvero il potere direttivo e disciplinare del datore o la collaborazione. Dunque gli indici “non determinanti”, possono essere utilizzati solo se cumulati con l’indice tipico.

Tale posizione sembrerebbe essere viziata da una lieve contraddizione di fondo: se l’elemento tipico della subordinazione risultasse in modo netto, non si ricorrerebbe agli indici giurisprudenziali.

Alcune pronunce hanno superato simile obiezione, attribuendo agli indici un valore presuntivo. Siffatto orientamento ammette la verifica alla luce di tali indici anche in caso di infruttuoso accertamento del potere direttivo e gerarchico, riconoscendo la subordinazione nel caso in cui sussistano presunzioni gravi, precise e concordanti (34). Gli indici, quindi, potrebbero essere utilizzati alla stregua di “circostanze spia” “da valutarsi complessivamente, insieme a qualsiasi altro elemento rivelatore che si presenta nei singoli e svariati casi” (35).

Questa lettura ripropone il dibattuto problema della discrezionalità giudiziale nella valutazione della subordinazione, che rievoca anche le non sopite questioni legate al metodo tipologico o sussuntivo. I giudici hanno percepito le difficoltà legate al modo in cui valutare e graduare tali indici, tanto che sul punto è dato cogliere un atteggiamento oscillante: nel corso degli anni, dalla piena negazione di qualsiasi valore agli stessi, si è passati, pur tra varie contraddizioni, al riconoscimento del loro valore indiziario e all’affermazione della possibilità di utilizzarli, sia in chiave integrativa che in chiave sostitutiva di quello primario, ma mai per confutare l’esito dello stesso (36).

5. — *La rilevanza della volontà delle parti e il nomen iuris.*

Sul valore dell’autoqualificazione del rapporto di lavoro operato dalle parti è possibile rilevare un preciso percorso della giurisprudenza.

Occorre premettere che la volontà contrattuale è desumibile sia dal *nomen iuris* attribuito al tipo ed al regolamento contrattuale, sia dal comportamento tenuto dalle parti nella fase successiva. Essendo il contratto di lavoro un atto di autonomia contrattuale, l’attività interpretativa e qualificatoria (che di essa è un aspetto) dovrebbero essere condotte alla stregua di quanto previsto dall’art. 1362 c.c., che impone all’in-

(33) Pr. Roma 19 febbraio 1994, *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, 273, con nota di M. CARO, *Sulla qualificazione del lavoro giornalistico*.

(34) Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, cit.; Cass. 6 luglio 2001, n. 9152, cit.; Tr. Napoli 11 dicembre 1989, cit.; Pr. Parma 6 giugno 1994, *Or. Giur. Lav.*, 62, con nota di M. DEL CONTE, *Lavoro autonomo e lavoro subordinato: la volontà e gli indici di denotazione*.

(35) Corte App. Venezia 22 gennaio 2001, cit.; Cass. 27 marzo 2000, n. 3674, *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 369.

(36) Per un’analisi puntuale dell’evoluzione vedi L. MENGHINI, cit., 165 e A. GASPARI, cit. 415.

terprete di ricercare la comune volontà delle parti, superando la formulazione letterale e valutando il comportamento complessivo delle stesse, anche successivo alla stipulazione del contratto. La giurisprudenza giuslavoristica ha applicato con rigore questa prescrizione normativa sia perché nel rapporto di lavoro subordinato sono frequenti delle discrepanze fra volontà cartolare e i comportamenti esecutivi finalizzate ad eludere normative imperative ed inderogabili di legge, sia perché, come ha rilevato la Corte Costituzionale, nell'ambito di principi e valori di rango costituzionale, non è possibile neppure al legislatore "negare la qualificazione giuridica di rapporto di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura" (37).

Proprio l'accentuazione della natura oggettiva del rapporto pare abbia costituito lo snodo centrale dell'evoluzione della giurisprudenza in materia. In una prima fase, muovendo dalla necessità di tutelare la subordinazione anche quando era formalmente esclusa dalle parti (o per volontà simulatoria, o per errore nell'identificazione del rapporto), la giurisprudenza ha negato qualsiasi valore qualificatorio alla volontà esterna rappresentata dal *nomen iuris* (38). La qualificazione veniva condotta esclusivamente sulla base del comportamento tenuto dalle parti e della conformazione effettiva del rapporto, con l'uso degli indici primari e secondari della subordinazione. Il giudice tendeva, dunque, a sostituire il dato oggettivo emergente dai fatti a quello soggettivo della volontà delle parti, senza tener conto che proprio sulla ricerca di quella volontà dovesse concentrarsi l'analisi delle caratteristiche e della fisionomia del rapporto.

Solo in un secondo momento, la volontà negoziale espressa dal *nomen iuris*, dalle previsioni contrattuali (molto spesso non considerate dai giudici) (39), nonché dal comportamento delle stesse è stata oggetto di una notevole rivalutazione. In questa parabola evolutiva sono state raggiunte due punte di massima valorizzazione della scelta dei soggetti in merito al tipo ed al regolamento contrattuale: la prima, nella considerazione che si debba attribuire una rilevanza prioritaria al contenuto del documento contrattuale in caso di comprovata parità di forza contrattuale fra le parti (40); la seconda nella previsione per cui, in caso di autoqualificazione del rapporto come autonomo, il giudice possa procedere ad una diversa qualificazione solo a fronte di una prova rigorosa, univoca, nitida della subordinazione (41).

Tale scelta della giurisprudenza di legittimità ha sollevato in dottrina atteggiamenti contrastanti: all'entusiasmo di chi vi coglieva un passo avanti nella valorizzazione della libertà contrattuale dei contraenti, si contrapponeva chi, cautamente, faceva nota-

(37) Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit.

(38) Cass. 6 maggio 1986, n. 3038, *Foro It. Rep.*, 1986, 419; Cass. 30 novembre 1982, n. 65, *Foro It. Rep.*, 1982, 261; Cass. 3 novembre 1981, n. 5807, *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, II; per un'ampia e puntuale rassegna vedi L. MENGhini, cit., 165 ss.

(39) MENGhini, cit., 165 ss.

(40) Cass. 21 novembre 2000, n. 15001, *Guida Lav.*, 2001, 3, 27; Cass. 17 aprile 1990, n. 3170, *Riv. Giur. Lav.*, 1991, II, 195.

(41) Cass. 5 marzo 2001, n. 3200, *Mass. Giust. Civ.*, 2001, 407; Cass. 18 aprile 2001, 5665, *Mass. Giust. Civ.*, 2001, 810; Cass. 20 gennaio 2000, n. 608, *q. Riv.*, 2000, 570; Tr. Milano 16 marzo 2001, *Or. Giur. Lav.*, 2001, I, 67; Pr. Roma 29 settembre 1998, *Dir. lav.*, 222, con nota di R. SCIOTTI; Pr. Torino 27 luglio 1994, n. 5778, *q. Riv.*; Pr. Roma, 19 febbraio 1994, cit.

re che il *nomen iuris* può essere utilizzato solo come parametro per “riportare il consenso (che è poi più spesso volontà “dominante” di una parte) entro i confini segnati dalla tassatività del tipo legale”, non potendo le parti, ex art. 1362 c.c., “apporre una etichetta “d’origine” sui “prodotti” confezionati, al fine di “selezionare” a proprio libito (in verità si potrebbe dire “scegliere”) la normativa regolatrice” (42).

L’orientamento tutt’oggi dominante è quello che, sempre nell’ottica della valutazione della volontà dei contraenti ex art. 1362 c.c., privilegia la volontà desumibile dal comportamento delle parti rispetto a quella emergente dal *nomen iuris*. Il *nomen iuris* va tenuto presente, ai fini della rilevazione della volontà, come indice privo di un valore assorbente, “e, in caso di contrasto tra dati formali e dati fattuali relativi alle caratteristiche e modalità delle prestazioni, è necessario dare prevalente rilievo ai secondi, dato che la tutela relativa al lavoro subordinato, per il suo rilievo pubblicistico e costituzionale, non può essere elusa per mezzo di una configurazione pattizia non rispondente alle concrete modalità di esecuzione del rapporto” (43). Il rilievo dell’autoqualificazione sembra dunque essere stato ridimensionato, nella considerazione, supportata anche dalla Corte Costituzionale (44), che “la forza creatrice della volontà” (45) non può giungere al punto di selezionare la legge regolatrice degli interessi, soprattutto se si tratta di una legge inderogabile.

La sentenza in commento sembra propendere per un orientamento ancor più restrittivo, già emerso in alcune pronunce (46), attribuendo all’autoqualificazione disposta dalle parti l’unico rilievo di parametro valutativo “nei casi, peraltro marginali, in cui ogni altra circostanza complessivamente valutata non offra, ai fini della qualificazione del rapporto, elementi decisivi in un senso o nell’altro”. Il *nomen iuris* sembrerebbe quasi essere “declassato”, da indice secondario, da valutarsi unitamente agli altri indici giurisprudenziali, ad indice di “terza categoria”.

All’interno di una tendenza alla valorizzazione della volontà dei contraenti e al rigetto delle presunzioni giudiziali di subordinazione ispirate ad un generale *favor* per il lavoratore, sorge il dubbio che la posizione espressa dalla Cassazione nella sentenza in commento, segni, seppur in modo embrionale, il ritorno ad un atteggiamento di svalutazione del ruolo della volontà stessa, e quindi l’inizio di un processo involutivo.

Gilda Del Borrello

*Dottoranda di ricerca in diritto previdenziale
comparato e riforma del Welfare dell’Università Federico II di Napoli*

(42) L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, *Lav. Dir.*, 1993, 31. Per una critica alla svalutazione della volontà delle parti L. CASTELVETRI, cit., 479.

(43) Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit.; Cass. 28 marzo 2003, n. 4870; Cass. 15 marzo 2003, n. 3831, a quanto consta inedite; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, cit.; Cass. 20 marzo 2002, n. 4015, cit.; Cass. 4 aprile 2002, n. 1420; Cass. 5 marzo 2001, n. 3200, *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 407 Cass. 8 gennaio 2001, n. 151, *q. Riv.*, 2001, 335; Cass. 15 gennaio 2001, n. 477, *q. Riv.* 2001, 558; Cass. 6 febbraio 2001, n. 1666, *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 608; Cass. 17 marzo 2001, n. 3887, *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 516; Cass. 13 luglio 2000, n. 9292, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 220, con nota di M. TIRABOSCHI, *Lavoro dirigenziale e novazione simulata*; Pr. Roma 29 settembre 1998, *Dir. Lav.*, 1998.

(44) Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit.

(45) L. MONTUSCHI, cit., 31.

(46) Cass. 17 marzo 2001, n. 3879, *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 514; Cass. 9 gennaio 2001, n. 224, *Dir. Prat. Lav.*, 2001, 25.

I

Impiego pubblico - In genere - Comparto scuola - Accesso per promozione ai ruoli di responsabile e di assistente amministrativo - Esaurimento del concorso e non contestazione di esso - Utilizzazione della graduatoria permanente - Controversie relative alla nomina alla qualifica superiore denunziandosi circostanze ostative alla nomina di altri aspiranti per fatti successivi all'espletamento della procedura concorsuale - Giurisdizione del giudice ordinario - Devoluzione.

Corte di Cassazione - SS.UU. - Ord. 3.2.2004, n. 1989 - Pres. Grieco - Rel. Vidiri - P.M. Pivetti (Diff.) - Russo (Avv.ti Verrecchia, Manfellotto) - Buttarazzi ed altri (Avv.ti Sipala, Schiavi).

In tema di accesso, per promozione, ai ruoli di responsabile e di assistente amministrativo del comparto "scuola", ai sensi degli artt. 551 e ss. del D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (e succ. modif.), deve riconoscersi stante il carattere generale della giurisdizione del giudice ordinario in relazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (art. 63, comma 1, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165), a fronte del quale la perpetuazione della giurisdizione del giudice amministrativo (prevista dal comma 4 dello stesso art. 63) riveste una portata limitata ed eccezionale — la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie nelle quali, sul presupposto della definitività della graduatoria permanente, e senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso ed il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina alla qualifica superiore cui si aspiri, specificamente contestando l'utilizzazione della graduatoria permanente alla stregua di circostanze successive all'esaurimento del concorso (e ad esso estranee), denunziate come ostative alla nomina alla detta qualifica di altri aspiranti nei cui confronti si rivendichi una posizione preferenziale.

II

Impiego pubblico - In genere - Riparto della giurisdizione - Criteri - Concorso riservato al personale interno di amministrazione pubblica - Bando di concorso e svolgimento della procedura selettiva - Natura - Effetti - Controversie relative - Giurisdizione del giudice ordinario - Devoluzione - Limiti - Fattispecie.

Corte di Cassazione - SS.UU. - Ord. 10.12.2003, n. 18886 - Pres. Grieco - Rel. Roselli - P.M. Marinelli (Conf.) - Andriani (Avv.ti Paletti, Rubino) - Azienda USL 1 di Agrigento.

Nel nuovo sistema di riparto della giurisdizione di cui all'art. 68 del D.Lgs. n. 29 del 1993, nel testo sostituito dall'art. 29 del D.Lgs. n. 80 del 1998 (ora trasfuso nell'art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001), sono devolute alla cognizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, incluse le assunzioni, ancorché vengano in considerazione atti presupposti", e a quella del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti della pubblica amministrazione", con la conseguenza che la vicenda modificativa del rapporto di lavoro con un'amministrazione pubblica quale quella attinente allo svolgimento di un concorso interno, è attribuita all'AGO, non inerendo ad una procedura concorsuale, in considerazione del fatto che il bando di concorso riservato al personale interno ed il conseguente svolgimento della procedura selettiva rappresentano atti di gestione del rapporto di lavoro, espressione della capacità di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, "ex" art. 4 del D.Lgs. n. 29 del 1993, sostituito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 80 del 1998; ora art. 5, secondo comma, del D.Lgs. n. 165 del 2001, sempre che non si tratti di prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore. (Nella specie, la S.C ha rilevato che non vi era alcuna novazione oggettiva del rapporto di lavoro, trattandosi di semplice passaggio di livello, senza variazione di area o di categoria).

I

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Frosinone, Anna Russo, dipendente del Provveditorato degli Studi di Frosinone, in servizio presso l'Istituto Magistrale "M.T. Varrone" in qualità di collaboratore scolastico, con contratto a tempo indeterminato, riferiva che a seguito di concorso interno per titoli e prova pratica ai sensi dell'art. 557 del D.Lgs. n. 297/1994 (giusta decreto del Provveditore agli Studi di Frosinone n. 19724 del 5 giugno 1996) era stata inserita nella graduatoria provvisoria degli idonei per il profilo professionale di assistente amministrativo della scuola al posto n. 90. In seguito, giusta l'art. 6, comma 9, della legge n. 124/1999, la detta graduatoria era divenuta permanente ed era stata utilizzata dal Ministero della Pubblica Istruzione per l'immissione in ruolo degli assistenti amministrativi, secondo il contingente annuale.

In data 5 marzo 2001 era stata effettuata da parte del Provveditorato agli studi convocazione per la nomina nei ruoli per il profilo di assistente amministrativo di n. 53 soggetti idonei secondo l'ordine della suddetta graduatoria, ed erano stati stipulati n. 49 contratti a tempo indeterminato, ed essa ricorrente era stata la prima non convocata.

Successivamente, a seguito del ricorso proposto da Paolina Diana, occupante il n. 101 iniziale, la stessa era stata inserita al n. 84 posto, maturando anche essa il diritto a nomina.

La mancata convocazione non trovava, però, giustificazione, atteso che due delle nomine effettuate riguardavano soggetti illegittimamente presenti nella graduatoria, in quanto Sonia Gabriele collocata al 82 posto, aveva perso il diritto a rimanere nella graduatoria *de qua* prima del 5 marzo 2003, essendosi dimessa.

Ed invero, l'art. 557 del D.Lgs. n. 297/1994 prescrive, quale requisito soggettivo necessario al momento della promozione, l'essere impiegato di ruolo nella qualifica immediatamente inferiore a quella di assistente. La Gabriele aveva con il Provveditore degli Studi stipulato in data 13 marzo 2001 un nuovo contratto, ma detto contratto, peraltro instaurato — sempre nella qualifica di collaboratore scolastico — *ex art.* 554 del D.Lgs. 297 del 1994, non poteva far rivivere il requisito perduto con le dimissioni. Sarebbe stato, quindi, necessario un nuovo inserimento nella graduatoria, per il quale la Gabriele avrebbe dovuto superare il periodo di prova, che alla data della nuova chiamata (20 marzo 2001) non era nemmeno decorso.

Inoltre, contro il disposto del già citato articolo 557 (e disposizioni connesse), il passaggio di ruolo non poteva avvenire alterando il contingente presente. Anche la posizione di Filomena Buttarazzi, numero 66 della graduatoria, doveva ritenersi irregolare perché il Provveditore agli Studi aveva in data 4 maggio 1998 annullato la nomina quale collaboratrice scolastica perché la stessa, assunta con i benefici della riserva *ex legge* n. 428 del 1968, aveva prodotto al momento dell'assunzione documentazione attestante un falso stato di invalidità. La caducazione dell'assunzione, avendo comportato l'espulsione della Buttarazzi dal posto di lavoro, ne avrebbe dovuto causare anche l'esclusione dalla graduatoria *ex art.* 557/1994, ma — come dichiarato dallo stesso Provveditorato nella missiva diretta all'ULPMO in data 18 giugno 2001 — la signora Buttarazzi era rimasta ugualmente iscritta — senza però il requisito del diritto alla riserva — nelle graduatorie provinciali permanenti.

Tutto ciò premesso, Anna Russo conveniva in giudizio il Ministro dell'Istruzione ed il Provveditore degli Studi di Frosinone davanti al Tribunale della stessa città perché, previa disapplicazione della graduatoria nella parte in cui comprendeva ancora Sonia Gabriele e Filomena Buttarazzi e delle connesse nomine alle stesse conferite, venisse disposta la nomina nei ruoli per il profilo di assistente amministrativo di altri due soggetti, tra cui essa ricorrente.

A seguito di richiesta (della Russo) di provvedimento d'urgenza, il giudice del lavoro ha negato detto Provvedimento dichiarando il proprio difetto di giurisdizione per essersi in presenza di una censura alla procedura concorsuale e, specificamente, in presenza "di una contestazione del risultato finale del concorso espletato".

Sulla base dei suddetti fatti, Anna Russo propone ricorso preventivo di giurisdizione, instando per la declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario.

Resiste con controricorso Filomena Buttarazzi.

Sia la Russo che la Buttarazzi hanno depositato memoria *ex art.* 378 c.p.c..

Il Procuratore Generale ha depositato le sue conclusioni.

DIRITTO — 1. In via pregiudiziale vanno rigettate le eccezioni di inammissibilità del ricorso, sollevate da Filomena Buttarazzi che al riguardo ha, dapprima, lamentato

di essere stata nel giudizio di merito soltanto “parte sostanziale” e non “processuale” (perché evocata in causa solo nella fase cautelare), ed ha, poi, dedotto che il ricorso ex art. 41 c.p.c. non poteva trovare ingresso essendo stato emesso, nel corso del giudizio di merito, un procedimento cautelare.

1.1. — Per dichiarare infondate le suddette eccezioni è sufficiente rimarcare che — in linea con quanto affermato da queste Sezioni Unite — nulla si oppone all’esame del ricorso della Russo, avendo il presente giudizio come contraddittori tutti i soggetti già evocati nel giudizio davanti al Tribunale di Frosinone (cfr. Cass., Sez. Un., 9 agosto 2000 n. 558), e non essendo preclusa la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione dalla circostanza che il giudice adito per il merito sia stato richiesto anche di un provvedimento cautelare urgente di tutela del diritto azionato (cfr.: Cass., Sez. Un., 17 luglio 2001 n. 9650; Cass., Sez. un., 11 giugno 2001 n. 7859).

2. — La ricorrente Anna Russo sostiene che, nella specie, si controverte di diritti riguardanti soggetti di un rapporto di lavoro, e per i quali l’avanzamento del profilo professionale è connesso allo *status* di dipendente. In altri termini, deduce che la devoluzione all’autorità giudiziaria ordinaria va intesa come riferita a qualsiasi fase del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, è cioè a qualsiasi momento del suo svolgimento, a partire dalla instaurazione e sino alla estinzione, sì da comprendere, quindi, anche quelle fasi intermedie relative ad ogni eventuale vicenda modificativa del rapporto stesso, pure se finalizzate alla progressione in carriera ed anche se caratterizzate da una vicenda selettiva di tipo concorsuale. Sottolinea ancora che essa istante non impugna la graduatoria ma lamenta unicamente la mancata nomina nei ruoli per il profilo d’assistente amministrativo, evidenziando pertanto un *petitum* ed una *causa petendi* che si fondano sul diritto all’assunzione e non sull’interesse generico alla regolarità della procedura concorsuale.

2.1. — L’assunto della ricorrente va condiviso e va, pertanto, dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

3. — Ai fini di un ordinato *iter* motivazionale appaiono opportune alcune puntualizzazioni sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, con riferimento specifico alle vicende che interessano il rapporto lavorativo di quanti svolgono la loro attività alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

3.1. — È stato osservato come la decisione di ricondurre sotto la disciplina del diritto civile e della contrattazione collettiva di diritto comune i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti della pubblica amministrazione (art. 2, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 29/1993, poi sostituito dall’art. 2 D.Lgs. n. 80/1998, ed, infine, dall’art. 2 D.Lgs. n. 165/2001) — decisione considerata dalla Corte Costituzionale non solo del tutto legittima e compatibile con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 ma anche finalizzata a garantire l’efficienza dell’azione della pubblica

amministrazione (cfr. Corte Cost. 16 ottobre 1997 n. 309) - non poteva non comportare, come immediata e coerente conseguenza, l'attribuzione delle relative controversie al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro.

3.2. — Sulla base dell'ampia formula adoperata dall'art. 63, comma 1, del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 ("Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, ad eccezione ..."), la dottrina ha precisato che la devoluzione al giudice ordinario di tutta la materia del lavoro pubblico costituisce una regola di carattere generale, che porta a riconoscere la competenza di detto giudice ogni qual volta l'oggetto della controversia è il rapporto di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione, anche se finiscono per venire in discussione atti amministrativi presupposti, atteso che ciò che rileva è la natura del rapporto giuridico controverso.

Ed in questa direzione si è opportunamente puntualizzato come l'inerenza della controversia al rapporto di lavoro ed il riferimento alla materia giuslavoristica debbano essere intese nel senso più lato possibile, sia per quanto attiene ai criteri di collegamento tra il rapporto e la controversia, che da esso trae origine (essendo sufficiente che il rapporto di lavoro si presenti come antecedente o presupposto necessario della situazione di fatto in ordine alla quale viene chiesta la tutela giurisdizionale), sia per quanto riguarda la riconducibilità delle situazioni sostanziali azionate al diritto soggettivo o all'interesse legittimo, essendo tale discriminare del tutto irrilevante al fine del riparto della giurisdizione.

3.3. — È stato, infine, sia in dottrina che in giurisprudenza osservato come — allo scopo di garantire una effettiva ed incisiva tutela ai lavoratori — al giudice ordinario nella disapplicazione degli atti amministrativi presupposti (cfr. artt. 68 D.Lgs. n. 29/1993; 29 D.Lgs. 80/1998, ed ora 63 D.Lgs. 165/2001) — debbano essere riconosciuti gli stessi poteri e lo stesso ambito di competenza del giudice amministrativo; ed è stato, a tale riguardo, anche affermato che la sua cognizione "comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali e procedurali, di modo che allo stesso giudice ordinario resta affidata la pienezza della tutela estesa a tutte le garanzie procedurali del rapporto previste dalla legge e dai contratti" tanto da comprendere "anche i vizi formali" (cfr. Corte Cost. 23 luglio 2000 n. 41).

3.4. — A fronte di una tale regola che — come detto — assume portata generale, le disposizioni che nella materia in esame prevedono ancora oggi il perpetuarsi del giurisdizione del giudice amministrativo si configurano come norme eccezionali ed operano sotto un duplice versante.

3.4. — Ed infatti, con una prima eccezione, di portata soggettiva, per riguardare il personale in regime di diritto pubblico contemplato ora dall'art. 3 del D.Lgs. 165/2001, il legislatore devolve le controversie relative alle categorie di cui alla sud-

detta disposizione — con le questioni attinenti ai diritti patrimoniali connessi — alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001).

3.5. — Con una seconda eccezione, che, in quanto relativa alla costituzione del rapporto di lavoro, assume — invece — una portata oggettiva, lo stesso legislatore devolve “le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni” alla giurisdizione del giudice amministrativo che, come si evince dallo stesso tenore letterale del comma 4 dell’art. 68, è di legittimità e non esclusiva.

4. — L’indicato carattere generale della giurisdizione del giudice ordinario in relazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche — a fronte della quale la perpetuazione della giurisdizione amministrativa riveste, come detto, una portata limitata ed eccezionale — disvela l’intento legislativo di realizzare una sostanziale equiparazione dell’impiego pubblico a quello privato, di portare così a compimento un lungo procedimento di loro graduale assimilazione, e di rispondere positivamente agli auspici dell’estensione, anche al settore pubblico, di tutte quelle incisive garanzie e tutele assicurate ai lavoratori privati a partire dalle leggi 20 maggio 1970 n. 300 e 11 agosto 1973 n. 533.

4.1. — Nell’ambito delle caratteristiche e delle finalità sottese al quadro normativo descritto va, dunque esaminata —, ai fini dell’individuazione del giudice competente — la vicenda in relazione alla quale la Russo chiede l’intervento di queste Sezioni Unite.

Tale esame impone una lettura del D.Lgs. 16 aprile 1994 n. 297 (testo unico delle disposizioni legislative legali in materia di istruzione relative alle scuole di ogni ordine e grado), che tenga, appunto, conto ai fini del riparto della giurisdizione degli indicati principi di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001.

5. — L’art. 551 del D.Lgs. n. 297 del 1994, applicabile — così come sostituito dal comma 1, dell’art. 6 (“Personale amministrativo, tecnico e ausiliario — ATA) della legge 3 maggio 1999 n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) alla fattispecie in esame, nel regolare l’accesso al ruolo dei responsabili amministrativi stabilisce che tale accesso ha luogo “mediante concorso per titoli ed esami e attingendo alla graduatoria permanente di cui all’art. 553” (primo comma); regola il caso in cui la graduatoria di un concorso per titoli ed esami sia esaurita e rimangano posti ad essi assegnati (che vanno aggiunti a quelli assegnati alla graduatoria permanente, e che vanno reintegrati in occasione della procedura concorsuale successiva) (comma 2); statuisce, infine, che “I posti disponibili e vacanti per l’accesso ai ruoli di responsabili amministrativi, detratto il contingente da destinare ai corrispondenti concorsi riservati per il passaggio alla qualifica funzionale superiore di cui al comma 1 dell’art. 557, sono ripartiti nella misura del cinquanta per cento, tra il concorso per titoli ed esami e la graduatoria permanente” (comma 4).

5.1. — L'art. 552 D.Lgs. n. 297 del 1994 (così come modificato dal comma 2 dell'art. 6 della legge n. 124 del 1999), nel regolare i concorsi per titoli ed esami, premette che detti concorsi “sono indetti con frequenza triennale, subordinatamente alla disponibilità dei posti”; specifica tra l'altro che “Spetta agli uffici dell'amministrazione scolastica periferica determinare con decreti, all'inizio di ciascuno dei tre anni scolastici ai quali si riferiscono i concorsi, il numero dei posti da conferire all'inizio di ciascun anno scolastico ai candidati utilmente collocati nelle graduatorie compilate a seguito dei concorsi indetti”, aggiungendo anche che rimane ferma la competenza degli stessi uffici dell'amministrazione scolastica periferica riguardo a tutti gli adempimenti attinenti allo svolgimento delle procedure dei concorsi medesimi, nonché “riguardo all'approvazione degli atti e dei provvedimenti ed attività conseguenti”; precisa, poi, che “Le graduatorie relative ai concorsi per titoli ed esami restano valide sino alla data da cui decorre la validità della graduatoria relativa al concorso successivo corrispondente”.

5.3. — L'art. 553 D.Lgs. n. 247 del 1994 (così come sostituito dal comma 3 della legge n. 124 del 1999) avente ad oggetto le “graduatorie permanenti”, afferma, a sua volta, che le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli dei responsabili amministrativi “sono trasformate in graduatorie permanenti da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'art. 551, comma 4” (comma primo); ne regola le periodiche integrazioni (con l'inserimento di quanti hanno superato le prove dell'ultimo concorso per titoli ed esami e di quanti hanno chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia) ed il loro contemporaneo aggiornamento (in ragione dell'inserimento di nuovi aspiranti) (comma secondo); rimarca, poi, che “le operazioni di cui al comma 2 sono effettuate secondo le modalità definite dal regolamento di cui al comma 3 dell'articolo 401 (comma terzo), e che “la collocazione nella graduatoria permanente non costituisce elemento valutabile nei corrispondenti concorsi per titoli ed esami” (comma quarto).

5.4. — L'art. 557 del D.Lgs. n. 297/1994 (così come sostituito dal comma 9 dell'art. 6 della legge n. 124 del 1999), a cui fa espresso riferimento nel suo ricorso la Russo, detta, poi, testualmente che “Una quota del 30% e, rispettivamente, del 40% dei posti disponibili annualmente nella dotazione della seconda e terza qualifica di cui all'art. 51 del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto “Scuola” ... “è conferita agli impiegati di ruolo delle qualifiche immediatamente inferiori, che siano inseriti in graduatorie permanenti, periodicamente integrabili previo conseguimento di una idoneità in appositi concorsi riservati” (primo comma). Aggiunge, poi, la stessa norma che “Ai concorsi riservati di cui al comma 1 possono partecipare gli impiegati di ruolo delle qualifiche immediatamente inferiori anche se privi del titolo di studio richiesto per l'ammissione alla qualifica cui aspirano, purché in possesso del titolo di studio richiesto per la qualifica di appartenenza e di una anzianità di almeno cinque anni di servizio di ruolo o, a prescindere da tale anzianità, se in possesso del titolo di studio richiesto per la qualifica cui accedono, fatto salvo quanto disposto dall'art. 556, comma 4, per particolari attività tecniche o specialistiche” (secondo comma).

5.5. — Il comma 10 della legge n. 124 del 1998 dispone, infine, la trasformazione nelle “graduatorie permanenti” di cui al suddetto art. 557 delle graduatorie dei concorsi riservati vigenti alla data di entrata in vigore della legge stessa e di quelle da compilare a seguito delle procedure dei medesimi concorsi riservati in corso di svolgimento.

6. — Sulla base del complesso delle norme relative al sistema di accesso al ruolo dei responsabili amministrativi — sistema appesantito, come si è visto, da numerosi adempimenti che non disincentivano di certo il contenzioso in materia - può, dunque, riassuntivamente affermarsi: a) che l’accesso ha luogo mediante concorso per titoli ed esami, con frequenza triennale (cfr. art. 551, primo comma e 552, primo comma) o mediante l’utilizzazione delle graduatorie permanenti; b) che le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli dei responsabili amministrativi vengono, all’esito dei concorsi stessi, trasformate in graduatorie permanenti (cfr. art. 553, comma 4); c) che dette graduatorie sono funzionalizzate alla ripartizione nella misura del cinquanta per cento dei posti disponibili e vacanti per l’accesso ai ruoli di responsabili amministrativi, restando l’altro cinquanta per cento da assegnare attraverso il concorso per titoli ed esami (cfr. combinato disposto art. 553, primo comma, e art. 551, primo e quarto comma); d) che le graduatorie permanenti sono utilizzate al fine del conferimento agli impiegati (di ruolo delle qualifiche immediatamente inferiori), in esse inserite, dei posti disponibili annualmente nella dotazione della seconda e terza qualifica (di cui al contratto collettivo nazionale di lavoro) nei limiti delle prefissate riserve rispettivamente del 30 e del 40 per cento (cfr. art. 557); e) che l’assunzione nei ruoli avviene attraverso un apposito atto di nomina da parte degli organi competenti (cfr. art. 560 D.Lgs. n. 297/1994).

6.1. — Così descritta, seppure a grandi linee, la disciplina legale alla stregua della quale deve essere individuato nella controversia instaurata dalla Russo il giudice competente, questa Corte ritiene che non possa condividersi la tesi sostenuta, in contraddittorio con la stessa Russo, dalla Buttarazzi, che nel controricorso e nella memoria difensiva ha sostenuto che nel caso di specie si sia in presenza “di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, con riferimento alle quali debba essere — in applicazione della regola dettata dall’art. 68 del D.Lgs. n. 29 del 1993 (ed ora dall’art. 63, comma 4 del D.Lgs. n. 165 del 2001) — riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo.

6.2. — Sulla base della lettera del citato art. 557 del D.Lgs. n. 297/1994, ed in linea con tutta l’indicata normativa sull’accesso ai ruoli dei responsabili amministrativi del comparto “Scuola”, deve distinguersi — nella procedura di copertura delle riserve (nella misura del trenta e del quaranta per cento) dei posti disponibili annualmente nei ruoli della seconda e terza qualifica — una fase relativa all’espletamento del concorso, che termina nel momento in cui la graduatoria è divenuta “permanente” e la fase, che iniziata — dopo tale momento — con l’utilizzazione degli esiti, ormai stabilizzati, della suddetta graduatoria, prosegue con la verifica dei requisiti (titolo di studio, anzia-

nità e servizio di ruolo) richiesti per il conferimento dei posti riservati, e termina infine, all'esito di tale verifica, con la nomina in ruolo da parte dei competenti organismi a copertura dei posti oggetto della riserva.

6.3. — È agevole, allora, concludere che va riconosciuta la giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo in tutti i casi in cui la controversia investa le singole procedure concorsuali o tenda ad inficiare la graduatoria disconoscendone la legittimità e chiedendone la modifica, mentre va riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario allorquando si agisca sul presupposto della definitività della graduatoria permanente (cfr. al riguardo: comma 10 art. 6 legge n. 124 del 1999, che prevede la trasformazione della graduatoria dei concorsi riservati nelle graduatorie permanenti) e, allorquando, quindi, senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso ed il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina alla qualifica superiore cui si aspira, specificamente contestando l'utilizzazione che vien fatta della graduatoria permanente alla stregua di circostanze successive all'esaurimento del concorso (e ad esso estranee), denunciate come ostative alla nomina alla qualifica superiore di altri aspiranti nei cui confronti si rivendica una posizione preferenziale.

6.4. — Corollario delle argomentazioni sinora esposte è, dunque, la indiscutibile estraneità della fattispecie in oggetto rispetto a quelle prese in esame dalla recente sentenza di queste Sezioni Unite, secondo cui quando il quarto comma dell'art. 63 D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo "le controversie in materia di procedure concorsuali" fa riferimento alle diverse ipotesi delle vicende concorsuali che riguardano non solo le procedure concorsuali strumentali alla costituzione, e per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche le prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore (cfr. in tali sensi Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2003 n. 15403).

6.5. — In ragione della già indicata (generale) portata del comma 1 dell'art. 63 D.Lgs. n. 165 del 2001, appare, pertanto, doveroso il richiamo agli approdi cui è pervenuta autorevole dottrina che, valorizzando la lettera e la ratio di tale disposizione, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alle controversie che possono sorgere in materia di procedure di assunzione non concorsuale, come avviene (per esempio) per l'avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento, e più precisamente in tutti quei casi in cui in cui l'assunzione al lavoro configuri un atto dovuto per la pubblica amministrazione (cfr. Cass., Sez. Un., 27 maggio 1999 n. 302).

E, nella stessa ottica, risulta altrettanto doveroso il riferimento a recenti pronunziati di queste Sezioni Unite che, in tema di pubblico impiego privatizzato, hanno — con accenti analoghi a quelli propri della dottrina — riconosciuto di competenza del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro (incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro ed il conferimento degli incarichi dirigenziali) (Cass., Sez. Un., 17 luglio 2001 n. 9650; Cass., Sez. Un., 13 luglio 2001 n. 9540), nonché quelle controversie che, dopo l'approvazione della

graduatoria dei vincitori di un concorso e degli eventuali idonei, investano il solo atto di nomina (cfr. al riguardo: Cass., Sez. Un., 26 giugno 2002 n. 9332 ord.), ed infine, quelle riguardanti l'inserzione degli aspiranti in graduatorie ad utilizzazione soltanto eventuale nelle quali il privato fa valere il suo diritto al lavoro, chiedendone la realizzazione ad una pubblica amministrazione dotata di potere di accertamento e di valutazione tecnica in ordine alla sussistenza di determinati requisiti (cfr. Cass., Sez. Un., 22 luglio 2003 n. 11404 ord.).

7. — Per concludere, va ricordato che questa Corte ha avuto modo più volte di ribadire che la giurisdizione si determina in base all'oggetto della domanda, il quale va individuato mediante il criterio non già della prospettazione, bensì del *petitum* sostanziale risultante — in base all'allegazione dei fatti posti a fondamento della pretesa — dalla effettiva natura della controversia in relazione alle particolari caratteristiche del rapporto giuridico dedotto in giudizio. Pertanto, se la domanda stessa si ricolleggi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo volta all'assunzione in servizio o alla nomina - come nel caso di specie — ad un posto di ruolo di qualifica superiore, deve essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario con il riconoscimento del potere di quest'ultimo di provvedere, nel caso concreto, alla disapplicazione dell'atto amministrativo in quanto lesivo del diritto soggettivo (cfr. sul criterio del *petitum* sostanziale *ex plurimis*: Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2003 n. 15472, ord.; Cass., Sez. Un., 2 agosto 2002 n. 11626; Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2001 n. 16218; Cass., Sez. Un., 10 maggio 2001 n. 186; Cass., Sez. Un., 19 novembre 1999 n. 799).

7.1. — Nel caso di specie la Russo rivendica, come si è in precedenza ripetuto, una posizione di diritto soggettivo alla nomina nei ruoli di assistente amministrativo, non chiedendo l'annullamento del concorso o della graduatoria finale, ma basando la sua domanda su circostanze fattuali successive, addebitando in particolare al Ministero dell'Istruzione ed al Provveditore agli Studi di avere fatto mal governo della "graduatoria permanente".

La stessa Russo, infatti, denuncia il disconoscimento del diritto ad un posto di ruolo di assistente amministrativo e ad un contratto di diritto privato, connessi al suo *status* di dipendente, lamentando di essere stata posposta a due altre aspiranti che, per la situazione in cui si erano venute a trovare al momento della sua negata nomina, non potevano — a giudizio della suddetta Russo — far valere analogo diritto, per esserne l'una (Sonia Gabriele) decaduta (per la sopravvenuta stipula di un nuovo contratto e per la conseguenziale perdita del requisito — richiesto per la promozione — della qualifica immediatamente inferiore rispetto a quella di assistente), e per versare anche l'altra (Filomena Buttarazzi) in una condizione ostativa alla detta nomina (perché, assunta con i benefici e nella riserva di cui alla l. n. 482 del 1968, non era risultata invalida, il che avrebbe dovuto comportare la non utilizzabilità, a suo vantaggio, della graduatoria ex art. 557 del D.Lgs. n. 297 del 1994).

7.2. — Il coordinamento della norma attributiva della giurisdizione (art. 63, comma 1, D.Lgs. n. 165 del 2001) con quella recante la disciplina transitoria della materia (art. 69,

comma 7 medesimo decreto) porta, dunque, a riconoscere la sussistenza del momento del collegamento con la giurisdizione ordinaria, per la collocazione temporale delle questioni oggetto di esame da parte di questa Corte a periodi posteriori al 30 giugno 1999.

Ed invero, l'azione spiegata dalla Russo, incentrata sulla sua mancata convocazione in data 5 marzo 2001 da parte del Provveditorato degli Studi, per la nomina nei ruoli per il profilo di assistente amministrativo, rende operante il consolidato orientamento giurisprudenziale — che le Sezioni Unite reputano di dovere ribadire — secondo cui l'art. 45, comma 17, D.Lgs. n. 80 del 1998 (ora art. 69, comma 7, D.Lgs. n. 165 del 2001 cit.), nel trasferire al giudice ordinario le controversie di pubblico impiego privatizzato, pone il discrimine temporale tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa con riferimento non ad un atto giuridico o al momento della instaurazione della controversia, bensì al dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze poste a base della pretesa avanzata, con la conseguenza che, se la lesione alla situazione giuridica dedotta in causa abbia origine, come nel caso di specie, da un comportamento omissivo, si deve fare riferimento al momento della realizzazione di tale fatto dannoso (cfr. tra le tante: Cass. Sez. Un., 3 marzo 2003 n. 3145 cit.; Cass. Sez. Un., 15 novembre 2002 n. 15161; Cass., Sez. Un., 3 ottobre 2002 n. 14216).

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

(Omissis)

II

FATTO — che con ricorso del 26 ottobre 2000 al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia Renato Andriani esponeva di essere dirigente medico di secondo livello presso il Servizio per le tossicodipendenze (Sert) ad alta utenza appartenente all'Azienda unità sanitaria locale di Agrigento n. 1, la quale, dopo avere bandito il concorso interno per il posto di direttore responsabile ai sensi dell'art. 2 l. 18 febbraio 1999 n. 45, lo aveva revocato, senza patere perciò valutare i titoli dello stesso Andriani, candidato;

— che questi chiedeva l'annullamento dell'atto di revoca e degli atti presupposti;

— che con ordinanza del 23 novembre 2000 il Tar rigettava la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati, ritenendo di negare la giurisdizione amministrativa;

— che l'Andriani con ricorso a questa Corte chiede il regolamento di giurisdizione, notando di avere ottenuto una declinatoria anche dal Tribunale di Agrigento, adito ex art. 700 cod. proc. civ., e precisando di volere il regolamento "nell'ambito del giudizio ancora pendente innanzi al Tar Sicilia";

— che il Pubblico ministero ha chiesto dichiararsi la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

DIRITTO — Che l'emissione di un provvedimento in sede cautelare da parte del giudice di primo grado non preclude il regolamento di giurisdizione, stante il suo carattere provvisorio e non decisorio (Cass. 11 novembre 1998 n. 11351);

— che ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. n. 45 del 1999 e per quanto qui interessa, ai fini dei Sert ad alta utenza i posti di dirigente responsabile di secondo livello sono conferiti “mediante concorsi interni per titoli”;

— che nel caso di specie, trattandosi di riparto della giurisdizione a norma dell'art. 68 d. lgs. n. 29 del 1993, sostituito prima dall'art. 29 d. lgs. n. 80 del 1998 e poi dall'art. 63 d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, debbono essere trattate “dal giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ...includere le controversie concernenti l'assunzione al lavoro ...ancorchè vengano in considerazione atti presupposti” (comma 1), mentre “restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”;

— che pertanto ogni vicenda modificativa del rapporto di lavoro già in atto, quale attinente ad un concorso interno, non può essere riportata al detto comma 4, ossia alle “procedure concorsuali per l'assunzione”;

— che il concorso riservato al personale interno riguarda la gestione del rapporto di lavoro, espressione della “capacità ed esercizio di poteri del privato datore di lavoro” di cui all'art. 4, comma 2, d. lgs. n. 29 del 1993, come sostituito prima dall'art. 4 d. lgs. n. 80 del 1998 e poi dall'art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001, con la conseguenza che le controversie ad essi attinenti sono relative al rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 29, comma 1, cit.;

— che in tal senso queste Sezioni unite si sono già espresse con le sentenze 22 marzo 2001 n. 128, 11 giugno 2001 n. 7859, 10 dicembre 2001 n. 15602, 26 giugno 2002 nn. 9332 e 9334;

— che tutto ciò tanto più vale quando, come nel caso di specie, si tratti non di atti di svolgimento della procedura di selezione dei candidati ai fini dell'assunzione bensì dell'atto di revoca del bando di concorso;

— che a diverso avviso non induce la recentissima sentenza di queste Sezioni unite 15 ottobre 2003 n. 15403, secondo cui il quarto comma dell'art. 63 cit. 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;

— che, infatti, nel caso di specie non si tratta di contratto collettivo che preveda la divisione del personale in aree o fasce ma, come leggesi nello art. 2, comma 1, l. n. 45 del 1999, si tratta di semplice passaggio di livello, senza variazione di area o di categoria ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro;

— che, dichiarata la giurisdizione ordinaria, le spese dell'intero processo possono essere compensate per giusti motivi.

(Omissis)

**ULTIME PRONUNCE DELLE SEZIONI UNITE SULLA GIURISDIZIONE
IN TEMA DI SELEZIONI INTERNE, ANCORA GIUDICE DEL LAVORO
MA NESSUN RIPENSAMENTO. BREVI RIFLESSIONI.**

Le due ordinanze in epigrafe vedono le Sezioni Unite della Cassazione tornare a pronunciarsi a favore della giurisdizione della magistratura ordinaria in materia di concorsi interni del pubblico impiego. Non si può, però, sostenere che tali ordinanze segnalino un ritorno al precedente orientamento della Corte di Cassazione, che riconosceva la giurisdizione in materia di selezioni per i passaggi interni in capo al giudice ordinario, dopo la recente inversione di rotta (Cass. S.U. 15 ottobre 2003 n. 15403) (1).

Le ordinanze in esame riguardano, infatti, fattispecie del tutto diverse da quelle che avevano portato la Suprema Corte ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, e proprio in forza della diversità dei casi concreti la Suprema Corte giustifica il riconoscimento della giurisdizione della magistratura ordinaria.

Ma, se ciò è indubbio riguardo all'ordinanza più recente, lo stesso non può affermarsi con riferimento alla pronuncia n. 18886/2003, la quale suscita qualche perplessità con riferimento all'argomentazione logica su cui si basa (v. *infra*).

Come è noto, chiamate a pronunciarsi su una selezione interna per primo dirigente, le S.U. con la sentenza n. 15403/2003 avevano statuito che la giurisdizione del G.A. sussiste non soltanto in materia di concorsi pubblici — così come disciplinato dall'art. 63, quarto comma, del D. Lgs. n. 165/2001 — ma anche di selezioni interne. Veniva così ribaltato il precedente indirizzo giurisprudenziale e dottrinale. A tale pronuncia si è recentemente conformato anche il Consiglio di Stato (2).

Si tratta di un orientamento che a prima vista può apparire del tutto in linea — troppo? — con quanto indicato dalla giurisprudenza costituzionale in materia di selezioni interne.

Invero, sebbene la Corte Costituzionale non si sia mai pronunciata direttamente sulla giurisdizione in materia *de qua*, in varie sentenze ha indicato nel concorso pubblico lo strumento da utilizzare non solo per accedere al pubblico impiego, ma anche per l'avanzamento di carriera, in modo da meglio realizzare il principio del buon andamento della P.A. (3).

La Consulta, pare per rafforzare tale assunto, si è spinta poi a configurare il passaggio ad una posizione superiore come accesso ad un nuovo posto di lavoro, con l'ovvio corollario che la relativa procedura selettiva debba rimanere soggetta al concorso pubblico.

(1) La Cassazione in precedenza aveva sempre riconosciuto la giurisdizione in materia di concorsi interni in capo al giudice ordinario, basandosi su un'interpretazione letterale dell'art. 63 D.Lgs. n. 165/2001 che, al quarto comma, conserva una giurisdizione residua del G.A. in materia di procedure concorsuali solo "per l'assunzione" dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (v. Cass. n. 128 del 22 marzo 2001 e n. 15602 del 10 dicembre 2001). Tale posizione era stata confermata dalla dottrina che vedeva nelle selezioni interne un atto di gestione del datore di lavoro pubblico, ormai privatizzato e pertanto conoscibile dalla magistratura del lavoro.

(2) Cons. Stato 10 dicembre 2003 n. 8143.

(3) V. per tutte, dopo la privatizzazione, C. Cost. 16 maggio 2002 n. 194.

Al di là dei dubbi che possono essere avanzati circa l'equiparazione tra avanzamento di carriera ed accesso a nuovo posto di lavoro (4), la Cassazione ha meramente affermato in tema di giurisdizione quello che appare *prima facie* l'indirizzo della Corte Costituzionale relativamente alle procedure selettive interne.

Deve essere, tuttavia, sottolineato come un'interpretazione sistematica delle varie pronunce della Consulta avrebbe potuto portare ad una lettura diversa delle stesse.

La Corte Costituzionale, allorché parla di selezioni per il passaggio di qualifica, si riferisce infatti, di regola, a procedure aperte anche all'esterno (5). In tali fattispecie le procedure selettive, proprio perché rivolte anche ad ipotetici candidati che accederebbero per la prima volta al pubblico impiego, sarebbero necessariamente configurabili come selezioni per l'accesso al pubblico impiego, *ergo* andrebbero effettuate attraverso il concorso pubblico e ricadrebbero sotto la giurisdizione del giudice amministrativo (6).

Una simile lettura consentirebbe di individuare una giurisdizione residuale del giudice ordinario per le ipotesi — che la Corte Costituzionale ha affermato marginali, ma che nella realtà del lavoro pubblico continuano ad essere maggioritarie — in cui le selezioni non concedano alcuno spazio a candidati provenienti dall'esterno (7).

Passando all'esame delle ordinanze della Cassazione che qui interessano, non vi è dubbio che con la decisione n. 1989 del 3 febbraio 2004 le S.U. si siano pronunciate su di una controversia che aveva ad oggetto, non tanto una procedura per i passaggi interni, quanto atti successivi alla pubblicazione della graduatoria e quindi atti datoriali di gestione del risultato scaturente dalla selezione e pertanto di competenza del G.O. Tale era invero l'orientamento della stessa Cassazione anche prima del recente *revirement*.

(4) Per fermarne solo alcuni: nella maggior parte dei concorsi interni il dipendente transitato alla posizione ordinamentale superiore non viene chiamato a stipulare un nuovo contratto di lavoro; nella classificazione delle Aree in cui risulta suddiviso il personale delle PP.AA., come disegnata dalla contrattazione collettiva dei vari comparti, emerge talora che tra qualifiche appartenenti alla stessa Area sia difficile individuare differenze di mansioni tali da configurare un nuovo posto di lavoro.

(5) È il caso di ricordare le pronunce con cui ha ritenuto costituzionalmente illegittime le procedure selettive riservate ai soli dipendenti della P.A. (cfr. per tutte C. Cost. 23 luglio 2002 n. 373).

(6) Certo non può condividersi la tesi secondo cui la Consulta nell'ordinanza n. 2/2001 avrebbe inteso identificare "*passaggio di qualifica*" e "*nuova assunzione*". Si trattava, nella fattispecie, di un concorso pubblico che ammetteva a partecipare alla selezione, con una quota di riserva, i dipendenti interni alla P.A. indicente appartenenti alla qualifica immediatamente inferiore a quella a concorso. Il TAR rimettente aveva ritenuto che la procedura concorsuale in contestazione avesse natura giuridica diversa secondo lo status dei partecipanti, se interni o esterni all'istituto. Proprio per ribadire la natura unica del concorso esterno bandito, al di là della posizione giuridica del candidato, la Consulta ha invece confermato come tale procedura fosse "*una procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando*". È pertanto ovvio che la Corte Costituzionale abbia ritenuto palesemente erronea l'interpretazione del TAR. La partecipazione al concorso anche di candidati interni non poteva evidentemente mutare la natura della procedura stessa, che rimaneva di assunzione.

(7) Così si è espressa recentemente anche parte della dottrina che ha, peraltro, sottolineato come la Consulta non abbia mai affermato che le selezioni interne siano procedure concorsuali per l'assunzione ma si sia, in effetti, pronunciata solo sulla modalità con cui procedere agli avanzamenti di carriera, ovvero il concorso pubblico (vedi R. ROMAGNOLI, *La questione della giurisdizione nelle controversie in materia di prove selettive per l'accesso ad una fascia o area funzionale superiore*, MGL, 2004, 112 e ss.).

Gli atti successivi (la nomina dei vincitori, gli eventuali trasferimenti a seguito del passaggio alla qualifica superiore, ecc.) dovevano e devono invece essere conosciuti dal Giudice del Lavoro, in quanto atti di gestione del rapporto di lavoro da parte del datore. Rispetto, pertanto, a tali fattispecie l'inversione di tendenza attuata con la sentenza n. 15403/2003 non ha portato alcun cambiamento.

Con l'ordinanza n. 1886 del 10 dicembre 2003 le S.U. si sono poi pronunciate in merito ad un bando di concorso interno per un posto di direttore responsabile, indetto e poi revocato da una ASL. Anche in tal caso trattasi, come *supra*, di atti di gestione datoriali, nella fattispecie antecedenti la procedura selettiva e pertanto sotto la giurisdizione del Giudice del Lavoro.

Tra le premesse utilizzate dalla Corte per affermare la giurisdizione del G.O., due paiono sollevare alcune perplessità circa la conferma del principio affermato con la sentenza n. 15403/2003.

La prima si configura laddove le Sezioni Unite ribadiscono *“che il concorso riservato al personale interno riguarda la gestione del rapporto di lavoro, espressione “della capacità ed esercizio di poteri del privato datore di lavoro” di cui all’art. 4, comma 2 d. lgs. n. 29 del 1993, come sostituito prima dall’art. 4 d. lgs. n. 80 del 1998 e poi dall’art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001, con la conseguenza che le controversie ad essi attinenti sono relative al rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 29, comma 1, cit.”*. In tal modo, le Sezioni Unite sembrano affermare nuovamente l'orientamento *ante revirement*, riconoscendo alle selezioni interne natura di atto privatistico del datore di lavoro pubblico e di conseguenza di competenza del G.O.

Atteso che il CCNL di riferimento non distingue il personale in fasce od aree, non pare altresì convincere il ragionamento che porta la Corte a non ritenere trattarsi nel caso concreto di passaggio a categoria o area diversa, bensì di mero passaggio di livello, *“ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro”*, motivando così la giurisdizione del Giudice del Lavoro.

È indubbio, infatti, che nella sostanza il passaggio alla posizione di direttore responsabile comporti la sottoscrizione di un nuovo contratto di lavoro, una diversa responsabilità in capo al dirigente medico, una differenza di mansioni e comunque un avanzamento di carriera, tant'è che la ASL aveva indetto una selezione per l'attribuzione dell'incarico, in linea con la giurisprudenza costituzionale sopra ricordata che vede nella procedura selettiva il meccanismo necessario per l'avanzamento di carriera.

Se nella fattispecie le Sezioni Unite hanno ritenuto che non si possa individuare una novazione oggettiva del rapporto di lavoro, risulta allora difficile comprendere come le stesse S.U. abbiano invece individuato tale novazione allorché si tratti di una procedura selettiva relativa ad un comparto in cui la contrattazione collettiva abbia proceduto ad una classificazione del personale in Aree e posizioni economiche che, però, non comporti una sostanziale differenza di mansioni tra le stesse aree, né un significativo aumento di responsabilità per i dipendenti e, soprattutto, non preveda la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro.

Elisa Nannucci

*Funzionario Amministrativo INPS
Sede Regionale per la Toscana*

Opere Pubbliche - Trattativa privata - Mancata allegazione del tariffario individuale da parte dell'Istituto di vigilanza - Inammissibilità dell'offerta - Esclusione - Legittimità.

Giustizia amministrativa - Trattativa privata - Interesse a ricorrere - Concorrente legittimamente escluso - Insussistenza.

T.A.R. LIGURIA - 14.2/19.3.2002, n. 317/02 - Pres. Arosio - Rel. Vigotti - Mondialpol S.r.l. (Avv.ti Paoli, Francia, Marconi) - INPS (Avv.ti Iovino, De Ruvo, Zaffina) Vigili dell'Ordine S.r.l. (Avv.ti Piscitelli, Montalbani).

È legittima l'esclusione da una gara a trattativa privata di un Istituto di vigilanza che non abbia prodotto il provvedimento prefettizio di approvazione delle tariffe praticate ai sensi dell'art. 257 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635 (nel caso di specie era stato prodotto il provvedimento prefettizio di fissazione delle tariffe minime e massime).

Il concorrente legittimamente escluso da una gara d'appalto non ha interesse all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, neppure sotto la forma dell'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura.

DIRITTO — La ricorrente impugna gli atti della gara, per trattativa privata, dalla quale è stata esclusa per non aver allegato il provvedimento prefettizio di approvazione delle tariffe relative ai servizi di vigilanza effettuati l'anno precedente a quello in corso al momento della procedura.

È impugnato altresì il provvedimento finale di aggiudicazione del servizio alla ditta controinteressata: ma, per indagare se questo capo del ricorso è ammissibile, occorre verificare la fondatezza o meno della pretesa relativa all'esclusione, posto che l'interesse all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione non è ravvisabile in capo al concorrente legittimamente escluso dalla gara, neppure sotto la forma dell'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura.

Tanto premesso, può passarsi all'esame dei motivi rivolti avverso la deliberazione con la quale la ricorrente è stata appunto esclusa dalla trattativa e, quale atto presupposto, del capo della lettera invito che richiedeva l'allegazione dell'approvazione prefettizia delle tariffe per i servizi di vigilanza.

La ricorrente sostiene di aver soddisfatto l'onere mediante la produzione, insieme con l'offerta, del provvedimento prefettizio di fissazione delle tariffe minime e massime. Tale documento, peraltro, non può considerarsi equipollente a quello voluto dall'amministrazione, che consisteva, secondo quanto richiesto dalla lettera

invito, nel “provvedimento... relativo all’approvazione delle tariffe inerenti i costi dei servizi di vigilanza svolti... nell’anno precedente a quello in corso”, vale a dire, con ogni evidenza, la specifica allegazione, da parte del singolo concorrente, delle tariffe praticate (nell’ambito della fascia di oscillazione determinata dal prefetto con il provvedimento generale), e del relativo provvedimento di approvazione.

Occorre a questo proposito ricordare che il provvedimento di approvazione delle tariffe praticate dal singolo istituto di vigilanza costituisce, ai sensi dell’art. 257 R.D. n. 635 del 1940, requisito essenziale per l’autorizzazione all’esercizio dell’attività di vigilanza: e, se i limiti fissati con il provvedimento generale non sono inderogabili (come chiarito dalle circolari ministeriali intervenute in materia, e come si evince dalla stesso tariffario di cui al provvedimento prefettizio in data 18.2.2000, che prevede fasce di oscillazione per ciascun servizio), cionondimeno il tariffario individuale deve sempre essere considerato indispensabile, e indispensabile l’approvazione dello stesso da parte della prefettura. Da tali considerazioni emerge la legittimità, sotto i profili considerati, sia della lettera invito che del provvedimento di esclusione della ditta che, pacificamente, non ha soddisfatto a quanto richiesto dall’amministrazione.

Il ricorso è conclusivamente infondato (e inammissibile per la parte rivolta avverso l’atto di aggiudicazione finale) e va respinto.

(Omissis)

TRATTATIVA PRIVATA, ESCLUSIONE DALLA GARA E INTERESSE A RICORRERE

L'attività della pubblica amministrazione trova fondamento e disciplina nella legge (c.d. principio di legalità) dovendo la stessa essere sempre finalizzata al soddisfacimento di un interesse pubblico.

Al riguardo, si è parlato in dottrina di “funzionalizzazione immanente” dell'attività della P.A. e del pubblico agire che deve essere qualificato in modo sostanzialmente diverso rispetto all'attività dei privati: questi sono normalmente liberi di perseguire i propri fini (concetto di autonomia), l'amministrazione deve invece avere sempre come parametro la cura di interessi pubblici (concetto di discrezionalità) (Casetta, “Manuale di diritto amministrativo”, Milano, 2001, 534).

L'esigenza che la condotta dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni abbia sempre come parametro la cura di interessi pubblici è avvertita con forza soprattutto nell'ambito delle loro attività contrattuali.

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione è, infatti, rigidamente disciplinata e “procedimentalizzata”, in quanto alla stipula del contratto l'amministrazione deve pervenire attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Fra le procedure contrattuali, la trattativa privata — che viene in considerazione nella fattispecie sottoposta all'esame del TAR — è quella meno sottoposta a regole procedimentali ed in cui viene riservata all'amministrazione la maggior discrezionalità nella scelta del privato.

Peraltro, secondo pacifica giurisprudenza amministrativa, l'amministrazione è sempre obbligata ad assicurare la *par condicio* fra tutti i partecipanti ed è vincolata al rispetto delle regole dettate ed autoimposte a se stessa con la gara informale o ufficiosa, formalizzate nel bando e/o nella lettera di invito trasmessa ai partecipanti (cfr., ad es., Cons. St., Sez. VI, 29 marzo 2001, n. 1881, in “Cons. Stato”, 2001, I, 804; Cons. St., Sez. V, 14 maggio 2001, n. 2640, *ibidem*, 1124).

Premesso ciò, nella controversia in esame il Tribunale amministrativo regionale della Liguria è stato chiamato a pronunciarsi in merito alla legittimità o meno del provvedimento con cui l'INPS ha deliberato l'aggiudicazione di una trattativa privata per la fornitura di servizio di vigilanza escludendo l'Istituto di vigilanza ricorrente.

In particolare, l'Istituto di vigilanza ricorrente veniva escluso dalla trattativa privata per la fornitura del servizio di vigilanza per la mancata allegazione del provvedimento prefettizio approvativo delle tariffe inerenti i costi dei servizi di vigilanza svolti dalla stessa partecipante nell'anno precedente all'anno in corso, documento prescritto nella lettera di invito quale requisito di partecipazione alla gara. La fornitura del servizio di vigilanza veniva così aggiudicata all'altro concorrente.

La ricorrente assumeva di essere stata estromessa erroneamente dalla gara e ne contestava la stessa legittimità chiedendo l'annullamento dell'intera gara.

Il Tribunale amministrativo regionale della Liguria ha respinto il ricorso sottolineando che il provvedimento di approvazione delle tariffe praticate dagli Istituti di vigilanza

za costituisce requisito essenziale per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vigilanza, e che il tariffario individuale e l'approvazione dello stesso da parte della Prefettura devono essere sempre considerati presupposti indispensabili per lo svolgimento di tale attività ai sensi dell'art. 257 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635.

Nella considerazione della legittimità dell'esclusione, il TAR ha affermato che non sussisteva in capo alla ricorrente nessun interesse all'annullamento dell'aggiudicazione, neppure sotto il profilo dell'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera gara.

In altri termini, il TAR ha ritenuto che, nell'ipotesi in cui sia accertata la legittimità dell'esclusione, l'impresa concorrente non può contestare eventuali altri vizi del procedimento de quo per carenza di interesse.

Infatti, l'interesse alla rinnovazione della gara da parte del concorrente legittimamente escluso si configura come un mero interesse di mero fatto, non tutelabile come interesse legittimo (in questi termini, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23 gennaio 1986, in "Cons. Stato", 1986, I, 53; TAR Puglia, Sez. I, 21 settembre 1990, n. 819, in "Arch. giur. oo.pp.", 1991, 1046; TAR Basilicata, 13 luglio 1989, n. 255, ivi, 1989, 1497; TAR Campania, Sez. II, 20 settembre 1989, n. 312, ibidem, 1662; TAR Abruzzo, Sez. Pescara, 11 aprile 1989, n. 202, in "I TAR", 1989, I, 1923).

Stefano Scotto
Funzionario INPS

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Unite Civili

Contributi - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi a favore delle aziende operanti nel Mezzogiorno - Proroga generalizzata ex art. 1, primo comma, D.L. n. 71 del 1993 sino al periodo di paga in corso al 31 maggio 1993 - Operatività con riferimento allo sgravio totale decennale di cui all'art. 59, nono comma, DPR n. 218 del 1978 - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione SS.UU. - 10.4/18.7.2003, n. 11252 - Pres. Delli Priscoli - Rel. Prestipino - P.M. Iannelli (Conf.) - INPS (Avv.ti Correra, Ponturo, Fonzo) - Petrucci (Avv.ti Di Domenica, Marini).

Il nuovo sistema dello sgravio contributivo totale introdotto con l'art. 1, secondo comma, del decreto legge n. 71 del 1993, convertito nella legge n. 151 dello stesso anno, ha sostituito quello regolato dall'art. 59, nono comma, del testo unico approvato con il DPR n. 218 del 1978, essendo stata la nuova disposizione di legge dettata per disciplinare una materia già regolata dalla legge precedente, la cui abrogazione è quindi intervenuta per manifesta incompatibilità, ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, e dovendosi escludere, in base al generale criterio ermeneutico di cui all'art. 12 delle stesse preleggi, che il legislatore, nel momento in cui ha dettato una disciplina inerente allo sgravio totale ed in relazione ad una fattispecie che potrebbe, in teoria, essere regolata non solo dalla norma sopravvenuta, ma anche da quella precedente, abbia inteso creare un sistema di "doppio binario", che consentirebbe che l'imprenditore, a suo piacimento, possa scegliere la disciplina a lui più favorevole; pertanto, la proroga generalizzata sino al periodo di paga in corso al 31 maggio 1993, prevista dal primo comma dell'art. 1 del D.L. n. 71 del 1993, non riguarda lo sgravio totale decennale di cui al citato nono comma dell'art. 59 del DPR n. 218 del 1978.

FATTO — Con ricorso del 27 gennaio 1995 Romano Petrucci proponeva opposizione avverso il decreto del 22 dicembre 1994 con il quale il Pretore del lavoro di Pescara gli aveva ingiunto di pagare all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) la somma di L. 79.472.379, oltre agli accessori, a titolo di contributi omessi nel periodo dal 1° gennaio 1992 al 31 marzo 1994, e chiedeva che il decreto fosse revocato.

A sostegno dell'opposizione il ricorrente deduceva che i contributi pretesi dall'INPS non erano dovuti, essendo applicabile, in relazione ai lavoratori nei cui confronti era stato redatto il verbale ispettivo, lo sgravio decennale previsto dall'art. 59 DPR 6

marzo 1978 n. 218 in forza della proroga disposta dall'art. 1 D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151.

Costituitosi in giudizio, l'ente convenuto contestava la fondatezza della pretesa avversaria, di cui chiedeva il rigetto, eccependo che lo sgravio annuale introdotto dall'art. 1 D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151, aveva sostituito lo sgravio decennale di cui all'art. 59, nono comma, DPR 6 marzo 1978 n. 218.

Con sentenza del 10 febbraio 1998 il Pretore accoglieva l'opposizione.

Questa decisione, impugnata dall'INPS, veniva confermata dal Tribunale di Pescara con sentenza del 23 novembre 1998.

Il Tribunale osservava che con l'art. 1, primo comma, del legge n. 71 del 1993, convertito nella legge n. 151 del 1993, era stata prorogata fino al 31 maggio 1993 l'intera disciplina prevista dall'art. 59 del DPR n. 218 del 1978, ivi compreso, quindi, il beneficio dello sgravio decennale di cui al nono comma del medesimo art. 59, con la conseguente applicabilità di tale beneficio ai lavoratori nuovi assunti a decorrere dal 1° dicembre 1991 risultanti in soprannumero rispetto all'organico aziendale del 30 giugno 1976. A dire del giudice dell'appello, quindi, non poteva essere condivisa la tesi dell'INPS, dal momento che il secondo comma dell'art. 1 del suddetto decreto legge n. 71 del 1993 aveva introdotto un tipo di sgravio del tutto diverso e non sostitutivo di quello in precedenza contemplato, essendo lo stesso relativo alle imprese industriali operanti nei settori indicati nella delibera del CIPE del 1977 ed essendo, inoltre, inerente ai nuovi lavoratori in soprannumero rispetto all'organico del 30 novembre 1991.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'INPS, che ha dedotto un unico motivo.

Ha resistito con controricorso e con successiva memoria il Petrucci.

Il ricorso è stato assegnato dal Primo Presidente a queste Sezioni Unite per la composizione di un contrasto sorto all'interno della Sezione Lavoro della Corte nell'interpretazione delle disposizioni di legge sopra indicate.

Prima dell'udienza davanti alle Sezioni Unite entrambe le parti hanno depositato una ulteriore memoria.

DIRITTO — Con l'unico motivo dell'impugnazione l'Istituto ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1, commi primo e secondo, D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151, in relazione all'art. 14 L. 2 maggio 1976 n. 183, oltre a vizi di motivazione (art. 360, primo comma n. 3 e 5, c.p.c.) e sostiene che lo sgravio annuale previsto dal secondo comma del suddetto art. 1 del decreto legge n. 71 del 1993 ha sostituito quello decennale, previsto dall'art. 14 della legge n. 183 del 1976, il quale non può ritenersi più operativo tranne che per quei lavoratori in forza alle aziende da epoca precedente al 1° dicembre 1991 (per i quali lo sgravio continua ad essere applicato per un decennio dalla data di assunzione). Questa interpretazione, ad avviso del medesimo ricorrente, trova conforto nella relazione che aveva accompagnato, nella Camera dei Deputati, il disegno di legge di conversione del suddetto decreto legge e dalla quale emerge l'intenzione del legislatore di limitare ad un anno lo sgravio decennale contemplato dalla normativa a quel tempo vigente, essendo stato il beneficio consentito solamente alle imprese operanti nei settori indicati dal CIPE e riguardo ai lavoratori neo assunti in eccedenza rispetto alla data del 30 novembre 1991.

Il motivo è fondato.

I. — Il sistema degli sgravi contributivi per le imprese industriali ed artigiane “che impiegano dipendenti nei territori indicati dall’art. 1 del testo unico approvato con DPR 30 giugno 1967 n. 1523” (relativo alle “leggi sul Mezzogiorno”) è stato introdotto dall’art. 18 D.L. 30 agosto 1968 n. 918, come modificato dalla legge di conversione 25 ottobre 1968 n. 1089, con il quale è stata prevista una riduzione del 10% sui contributi da corrispondere all’Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, con decorrenza dal periodo di paga successivo a quello in corso alla data del 31 agosto 1968 e fino al 31 dicembre 1972 (commi primo e secondo; v. anche il terzo comma per la ripartizione fra datori di lavoro e lavoratori), ed una ulteriore riduzione, a decorrere dal periodo di paga in corso al 31 ottobre 1968, per il personale occupato dopo il 30 settembre 1968 in soprannumero rispetto a quello impiegato in tale data (quarto comma).

Queste disposizioni di legge sono state successivamente prorogate e parzialmente modificate (v. il D.L. 5 luglio 1971 n. 429, convertito in L. 4 agosto 1971 n. 589), finché con l’art. 14 L. 2 maggio 1976 n. 183, recante la “disciplina dell’intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976 - 80”, è stato previsto, per le imprese industriali “operanti nei settori che saranno indicati dal CIPE”, oltre che per “le aziende artigiane e le imprese alberghiere”, e fino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1986, uno sgravio totale dei contributi dovuti all’INPS per il personale assunto nel periodo dal 1° luglio 1976 al 31 dicembre 1980 in aggiunta a quello effettivamente occupato alla data del 30 giugno 1976.

Con l’art. 59 DPR 6 marzo 1978 n. 218, contenente il testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, tutte le disposizioni di legge sopra indicate sono state raccolte in un unico corpo.

In particolare, per quanto qui interessa, nel primo comma di tale articolo è stato recepito l’art. 18, primo comma, del decreto legge n. 918 del 1968, come risultante dalla legge di conversione (e come poi modificato dall’art. 1, terzo comma, del decreto legge n. 429 del 1971, convertito in legge n. 589 del 1971), nel quinto comma è stato immesso il quarto comma del medesimo decreto legge n. 918 del 1968, mentre nel nono comma è stata inserita, con alcune modifiche (è stato soppresso il riferimento alle imprese artigiane e alberghiere), la disposizione contenuta nel suddetto art. 14 della legge n. 183 del 1976.

Pertanto, poiché questo è il dato legislativo che occorre tenere presente per la soluzione che deve essere data alla questione sottoposta all’esame della Corte, appare utile rimarcare che nel primo comma dell’art. 59 è stata inserita la previsione dello sgravio, nella misura del 10% e fino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1980, sul complesso dei contributi gravanti sulle imprese aventi dipendenti nei territori del Mezzogiorno (v. i commi successivi con riferimento ad uno sgravio supplementare e aggiuntivo nella ricorrenza delle condizioni previste); nel nono comma, invece, è stata recepita la disposizione avente per oggetto lo sgravio totale (c.d. decennale, come si vedrà fra breve) “fino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1986” e relativa ai nuovi assunti dal 1° luglio 1976 al 31 dicembre 1980 “ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 giugno 1976”.

Ai fini della decisione, inoltre, e soprattutto allo scopo di stabilire l’ambito del pre-

sente giudizio di legittimità, in punto di fatto va pure precisato che il dibattito che si è sviluppato fra le parti nella fase di merito, come risulta dalla sentenza emanata dal giudice dell'appello, ha riguardato la perdurante vigenza o l'avvenuta abrogazione della norma contenuta nel suddetto nono comma dell'art. 59 del DPR n. 218 del 1978, il quale aveva fatto riferimento, come giova ribadire, alle "aziende industriali operanti nei settori che saranno indicati dal CIPE" e non già anche alle aziende artigiane e alle imprese alberghiere menzionate nell'art. 14 L. 2 maggio 1976 n. 183 (sicché non possono essere presi in considerazione gli accenni fatti dal controricorrente nei suoi scritti difensivi alle imprese da ultimo indicate).

II. — Con l'art. 2 D.L. 30 gennaio 1979 n. 20, convertito in L. 31 marzo 1979 n. 92, è stato disposto, con norma di carattere generale — per così dire, di chiusura, essendo stata dettata per sostituire una volta per tutte la data del 31 dicembre 1986 — che lo sgravio totale previsto dal nono comma dell'art. 59 del testo unico degli interventi nel Mezzogiorno avrebbe avuto durata decennale "a decorrere dalla data di assunzione del lavoratore": da questa disposizione è derivata la definizione di "decennale" dello sgravio di che trattasi.

III. — La data del 31 dicembre 1980, concernente i nuovi assunti e indicata dall'art. 59 del DPR n. 218 del 1978 come termine finale per l'operatività dello sgravio totale, è stata più volte prorogata con norme contenute in decreti legge succedutisi nel tempo — non tutti convertiti in legge e i cui effetti non sempre poi sono stati fatti salvi — o con vere e proprie disposizioni di legge ordinaria.

Nel disporre la proroga il legislatore ha utilizzato le seguenti tecniche.

In un primo tempo la normativa si è limitata ad indicare che "la validità delle disposizioni del testo unico 6 marzo 1978 n. 218, e delle altre leggi riguardanti i territori meridionali, contenenti l'indicazione del termine del 31 dicembre 1980, è prorogata al..." (v., ad esempio, l'art. 1 del D.L. 22 dicembre 1980 n. 898, non convertito in legge, ma i cui effetti sono stati fatti salvi dall'art. 4 D.L. 28 febbraio 1981 n. 36, convertito in L. 29 aprile 1981 n. 163; v. altresì l'art. 1 del decreto legge da ultimo indicato).

In un secondo momento, con varie disposizioni di legge emanate a cadenze successive, è stata, dapprima, via via prorogata la durata della Cassa per il Mezzogiorno e poi è stato stabilito che "fino alla stessa data continuano ad avere validità le disposizioni del testo unico 6 marzo 1978 n. 218" (v., ad esempio, l'art. 1 D.L. 26 novembre 1981 n. 679, convertito in L. 26 gennaio 1982 n. 13 e le identiche successive disposizioni poi raccolte nell'articolo unico della L. 23 dicembre 1982 n. 941).

Successivamente è stata adoperata una diversa formula, essendo stato stabilito che "il termine di cui all'art.... (indicato nel precedente testo legislativo prevedente la proroga), relativo allo sgravio contributivo di cui all'art. 59 del testo unico della legge sugli interventi nel Mezzogiorno... è differito fino a tutto il periodo di paga in corso al..." (v., per questa formulazione, ad esempio, l'art. 2 D.L. 19 gennaio 1991 n. 18, convertito in L. 20 marzo 1991 n. 89 nonché l'art. 1 L. 19 luglio 1991 n. 214).

Come risulta da tutte queste disposizioni legislative, via via emanate nel tempo e a prescindere dalla tecnica usata dal legislatore per dilazionare il beneficio, la proroga ha riguardato il termine finale previsto per i lavoratori "nuovi assunti" rispetto a quelli

impiegati alla data del 30 giugno 1976 (*rectius*, rispetto al numero complessivo dei lavoratori impiegati al 30 giugno 1976);

sicché lo sgravio totale è divenuto operativo, per ognuno di tali lavoratori nuovi assunti, per la durata di dieci anni dalla data della assunzione.

IV. — In un tempo ancora successivo, nei decreti legge emanati per attuare la proroga, oltre alla relativa disposizione (con l'utilizzazione della formula da ultimo indicata), è stata inserita una ulteriore, diversa disposizione.

Ciò è accaduto per la prima volta con il D.L. 21 gennaio 1992 n. 14, non convertito in legge, nel cui art. 1, dopo il primo comma, contenente il differimento "a tutto il periodo di paga in corso al 30 novembre 1992" del termine "di cui all'art. 1 della legge 19 luglio 1991 n. 214, relativo allo sgravio contributivo di cui all'art. 59 del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno", è stato dettato il seguente secondo comma: "Per i nuovi assunti dal 1° dicembre 1991 al 30 novembre 1992, ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 novembre 1991 nelle aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE, lo sgravio contributivo di cui all'art. 59, comma 1, del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978 n. 218, è concesso in misura totale dei contributi posti a carico dei datori di lavoro, dovuti all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, per un periodo di un anno dalla data di assunzione del singolo lavoratore sulle retribuzioni assoggettate a contribuzioni per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti".

Le norme contenute nell'art. 1 del decreto legge da ultimo indicato sono state inserite nei successivi decreti legge 21 luglio 1992 n. 345, non convertito e i cui effetti non sono stati fatti salvi, 18 settembre 1992 n. 383, 19 novembre 1992 n. 442, 18 gennaio 1993 n. 12, pure non convertiti ma i cui effetti poi sono stati fatti salvi (v. l'articolo unico della L. 20 maggio 1993 n. 151) e, infine, nel D.L. 22 marzo 1993 n. 71 (v. l'art. 1), convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151, che è quello che viene in evidenza nel presente giudizio e che contiene, rispetto ai precedenti, alcune modifiche relative ai termini (che vengono differiti).

In conclusione, come appare opportuno precisare, nel decreto legge applicabile alla fattispecie oggetto del presente giudizio il legislatore ha inserito due distinte disposizioni (art. 1, commi primo e secondo): la prima relativa alla proroga del termine stabilito per il godimento degli sgravi contributivi previsti dall'art. 59 del testo unico approvato con DPR n. 218 del 1978, il quale è stato differito al 31 maggio 1993; la seconda avente per oggetto il c.d. sgravio totale per i lavoratori nuovi assunti nel periodo "dal 1° dicembre 1991 al 31 maggio 1993, ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 novembre 1991, per le assunzioni verificatesi fino al 30 novembre 1992 e da quest'ultima data per gli altri casi, nelle aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE", per un "periodo di un anno dalla data di assunzione del singolo lavoratore".

V. — La questione che si pone nel presente giudizio è se il secondo comma dell'art. 1 D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151 — relativo allo sgravio totale annuale per i lavoratori nuovi assunti nel periodo dal 1° dicembre 1991

al 31 maggio 1993, ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 novembre 1991, nelle aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE — abbia sostituito o abbia invece affiancato il nono comma dell'art. 59 DPR 6 marzo 1978 n. 218 (e successive modifiche), con il quale, come giova ricordare, era stato previsto uno sgravio totale decennale per i lavoratori nuovi assunti ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 giugno 1976 nelle aziende industriali operanti nei settori che saranno indicati dal CIPE. In altre parole, posto che con l'art. 59, nono comma, del DPR n. 218 del 1978 dal legislatore era stato previsto a beneficio delle suddette aziende uno sgravio totale decennale, il punto è se tale sgravio decennale sia venuto meno, per abrogazione implicita della norma che lo aveva previsto, a seguito dell'entrata in vigore della disposizione contenuta nell'art. 1, secondo comma, del decreto legge n. 71 del 1993, convertito nella legge n. 151 dello stesso anno, oppure se, dovendo le due norme considerarsi entrambe vigenti, i due sgravi abbiano continuato a coesistere.

La prima delle due tesi è stata affermata dalla Sezione Lavoro in due coeve sentenze (Cass. 13 marzo 2001 n. 3626 (1) e 3635 (2)), nelle quali è stato dato rilievo, per così dire, all'interpretazione storico-sistematica dell'istituto degli sgravi contributivi (v. nello stesso senso, successivamente, anche Cass. 9 agosto 2002 n. 12127); la seconda in una (di poco) precedente sentenza (Cass. 2 marzo 2001 n. 3082), che viceversa ha dato esclusivo valore all'interpretazione letterale delle norme contenute nel decreto legge n. 71 del 1993.

Tale contrasto ha determinato l'assegnazione del presente ricorso a queste Sezioni Unite.

VI. — La tesi della coesistenza dei due sgravi totali e, quindi, della perdurante vigenza del nono comma dell'art. 59 del DPR n. 218 del 1978 anche dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di legge che hanno introdotto lo sgravio annuale, affermata in questo giudizio dal Tribunale di Pescara, dalla sentenza della Sezione Lavoro sopra indicata è stata basata sulle seguenti considerazioni.

La proroga, disposta dal primo comma dell'art. 1 del decreto legge n. 71 del 1993 fino al 31 maggio 1993, ha riguardato indistintamente tutti i tipi di sgravio previsti dall'art. 59 del DPR n. 218 del n. 1978, ivi compreso quello c.d. decennale menzionato nella norma di cui al nono comma, la quale norma, lungi dall'essere stata abrogata, continua ad operare in favore delle aziende che assumano lavoratori “non in soprannumero alle date indicate”. Viceversa, lo sgravio annuale introdotto dal secondo comma del medesimo art. 1 del decreto legge concerne esclusivamente le aziende industriali “che assumano dipendenti in soprannumero rispetto a quelli in forza al 30 novembre 1991”.

In tale sentenza è stato, inoltre, sostenuto che non potevano essere condivisi gli argomenti addotti dall'INPS a favore della tesi contraria, da un lato, perché la relazione di accompagnamento alla legge di conversione del decreto legge “non esclude la contemporanea vigenza dei due sgravi di cui si discute, atteso il loro diverso ambito operativo” e, dall'altro, perché l'art. 92 del Trattato CEE non è altro che una norma programmatica, rivolta ad impedire che nelle legislazioni nazionali vengano emanati determinati provvedimenti, agevolativi per le imprese, che possano alterare il mercato.

VII. — Di ben altro spessore, perché utilizzano, oltre al dato letterale della disposizione di legge, elementi di carattere storico-logico-sistematico, traendo conforto anche dai lavori preparatori della legge di conversione del decreto legge n. 71 del 1993, sono gli argomenti esposti nelle due sentenze della Sezione Lavoro, pure sopra indicate (alle quali, come si è detto, adde Cass. 9 agosto 2002 n. 12127), che hanno sostenuto la tesi ora propugnata dall'Istituto ricorrente.

In tali sentenze, in primo luogo, è stato posto l'accento sul complessivo sistema normativo che il legislatore ha fatto succedere all'emanazione del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno (DPR n. 218 del 1978) e, in base ad una interpretazione logico-sistematica di tutte le disposizioni regolanti la materia *ratione temporis*, è stato rilevato che il legislatore, proprio con l'introduzione dello sgravio totale annuale, non poteva che volere la soppressione dello sgravio decennale.

Nelle due sentenze è stata sottolineata "l'incongruenza", sul piano pratico, che deriverebbe dalla ritenuta coesistenza di due sottosistemi di sgravio totale "pur diversificati quanto al termine di riferimento dell'organico incrementato e quanto alla durata dell'incentivo", giacché le due fattispecie, in concreto, "si sovrapporrebbero in relazione al momento finale della loro vigenza, rappresentato, per entrambe le ipotesi, dal 31 maggio 1993"; sicché resterebbe affidata all'esclusiva opzione imprenditoriale, in modo non coerente con il sistema, "la scelta del beneficio, in funzione, ovviamente, della maggior durata decennale, pur rispetto ad assunzioni incrementate ricadenti nello stesso periodo e convergenti quanto all'identità oggettiva dell'incentivo" (v. gli esempi concreti, evidenziati nella sentenza n. 3626 del 2001, che pongono in evidenza la rilevata "incongruenza" che deriverebbe dalla ritenuta coesistenza dei due sottosistemi).

Da parte di entrambe le sentenze, infine, è stato fatto riferimento "alla relazione di accompagnamento del disegno di legge di conversione del D.L. n. 71 n. 93 (XI legislatura-atto Camera n. 2436), secondo cui per la limitatezza dei mezzi finanziari a disposizione, che non avrebbe consentito l'integrale differimento degli sgravi nella misura previgente, è stato necessario ridurre di un punto lo sgravio percentuale previsto dal comma 1 dell'art. 59 del DPR 6 marzo 1978 n. 218... e limitare lo sgravio totale ad un anno".

VIII. — Stabilisce l'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale che le norme di legge sono abrogate, oltre che per espressa previsione contenuta in una legge posteriore, "per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore".

Tenuto conto di questo generale principio, va data adesione all'indirizzo giurisprudenziale espresso nelle due sentenze indicate nel paragrafo VII, che ha il merito di avere individuato l'impossibilità, sul piano logico, della coesistenza di due sottosistemi normativi, regolanti, con differente disciplina, la medesima materia. Ed invero, come è stato correttamente precisato nelle due suddette sentenze, deve escludersi che il legislatore, nel momento in cui ha dettato una disciplina inerente allo sgravio totale e in relazione ad una fattispecie che potrebbe, in teoria, essere regolata non solo dalla norma sopravvenuta, ma anche da quella precedente, abbia inteso creare il sistema del doppio binario (in tal modo consentendo, oltre tutto, come è stato sottolineato dalle due indicate sentenze, che l'imprenditore, a suo piacimento, possa scegliere la discipli-

na a lui più favorevole); e si deve, invece, ritenere che il nuovo sistema dello sgravio totale, introdotto con l'art. 1, secondo comma, del decreto legge n. 71 del 1993, convertito nella legge n. 151 dello stesso anno, abbia sostituito quello regolato dall'art. 59, nono comma, del testo unico approvato con il DPR 6 marzo 1978 n. 218, essendo stata la nuova disposizione di legge dettata per disciplinare una materia già regolata dalla legge precedente, la cui abrogazione, oltre tutto, è intervenuta per manifesta incompatibilità.

Questa interpretazione trova conferma nei seguenti argomenti, il primo dei quali è direttamente attinente al significato che deve trarsi dalle parole usate nella norma di legge sopravvenuta "secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore" (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale).

Diversamente da quanto era stato fatto con i provvedimenti legislativi antecedenti, i quali, ancorché con formulazioni diverse, si erano limitati a prorogare il termine stabilito in tutte le norme inserite nei diversi commi dell'art. 59 del testo unico delle leggi sul Mezzogiorno — con ciò facendo chiaramente intendere che la proroga era stata attuata non solo con riferimento allo sgravio del 10% previsto dal primo comma, ma anche per quello totale (decennale) contemplato dal nono comma — viceversa, nel decreto legge applicabile alla fattispecie oggetto del presente giudizio (ed in quelli che lo avevano immediatamente preceduto senza essere convertiti in legge), il legislatore ha sdoppiato la disciplina, avendo utilizzato il primo comma per la previsione della proroga ulteriore e avendo poi creato un comma diverso per i lavoratori "nuovi assunti". E già questa differente tecnica indica che ai lavoratori nuovi assunti è stata rivolta una disciplina del tutto diversa dalla precedente, dettata in sua sostituzione, non essendo logico prevedere, come è bene ribadire, che per i medesimi si sia voluto istituire il sistema del doppio binario.

Pertanto, il rilievo che induce vieppiù a ritenere la validità di questa opzione interpretativa si basa sulla esegesi della norma contenuta nel secondo comma dell'art. 1 del decreto legge n. 71 del 1993, nella quale è stata ricalcata, pressoché testualmente — fatta eccezione, com'è ovvio, per le previsioni relative al periodo di riferimento dello sgravio e alla durata del beneficio — la disposizione contenuta nel nono comma dell'art. 59 del Testo unico delle leggi sul Mezzogiorno.

Ed è, quindi, sintomatico il fatto che siano state menzionate, con identica dizione, le "aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE", mentre, quanto alla precisazione attinente allo sgravio "concesso in misura totale dei contributi posti a carico dei datori di lavoro", non è privo di significato il richiamo fatto allo "sgravio contributivo di cui all'art. 59, comma primo, del testo unico di cui al comma 1", formulazione, codesta, identica a quella usata nel suddetto nono comma di tale art. 59.

Dalle considerazioni che precedono deriva la fondatezza della tesi secondo cui il legislatore del 1993 ha dettato, senza sovrapporla a quella precedente ma sostituendola, una nuova normativa concernente lo sgravio contributivo totale per le imprese che operano nei settori indicati dal CIPE. Se, poi, a tali considerazioni si aggiungono, come è stato osservato nelle due sentenze alla cui opzione interpretativa deve essere prestata adesione, gli argomenti tratti dall'esame degli atti parlamentari che hanno dato vita alla legge di conversione del decreto legge di cui si discute, tale opzione interpretativa viene vieppiù rafforzata, dato che l'intenzione del legislatore, risultante dalle

parole usate nella norma, emerge anche dai rilievi e dalle discussioni che hanno accompagnato l'*iter* parlamentare per l'approvazione della legge.

Nel caso in esame, tenuto conto dell'ambito del presente giudizio (v. l'argomentazione svolta a conclusione del paragrafo I) e rilevato l'errore di diritto che inficia la sentenza impugnata e che è stato puntualmente denunciato dall'Istituto ricorrente - avendo il Tribunale di Pescara deciso la controversia in base alla scelta interpretativa della quale in questa sede è stata affermata l'infondatezza sul piano giuridico - il ricorso deve essere accolto e la medesima sentenza deve essere cassata. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, a norma dell'art. 384, primo comma, c.p.c., la causa deve essere decisa nel merito e deve essere rigettata l'opposizione proposta da Romano Petrucci avverso il decreto ingiuntivo emesso dal Pretore di Pescara il 22 dicembre 1994.

Giuste ragioni ricorrono, in considerazione del contrasto interpretativo che ha dato luogo all'intervento delle Sezioni Unite, per compensare per intero fra le parti le spese di entrambi i gradi della fase di merito e di questa fase di legittimità.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 321

(2) *Idem, idem, idem*

Contributi - Assicurazione contro le malattie - Esonero del datore di lavoro dal versamento dei contributi di malattia nell'ipotesi di regolamentazione pattizia delle relative prestazioni a suo carico - Desumibilità dall'art. 6 L. n. 138 del 1943 - Esclusione - Principio solidaristico e principio di automaticità delle prestazioni relative alle assicurazioni sociali obbligatorie - Operatività - Conseguenze.

Corte di Cassazione - SS.UU. - 3.4/27.6.2003, n. 10232 - Pres. Grieco - Rel. Roselli - P.M. Palmieri (Conf.) - IGD Centrale Acquisti ora METRO Centrale Acquisti (Avv.ti Caroleo, Tranquillo) - INPS (Avv.ti Correrà, Ponturo, Fonzo).

L'art. 6, secondo comma, L. n. 138 del 1943, che esonera l'INPS dal pagamento dell'indennità quando il trattamento economico di malattia venga corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro in misura non inferiore a quella fissata dai contratti collettivi, non vale ad escludere l'obbligo di contribuzione previdenziale a favore dell'INPS. (Massima non ufficiale).

FATTO — Con ricorsi al Pretore di Milano depositati tra il 14 settembre 1995 ed il 10 maggio 1996 la S.p.A. IGD Centrale acquisti, ora Metro centrale acquisti, ed altre società qui indicate in epigrafe chiedevano, in via diretta oppure in opposizione a decreti ingiuntivi, l'accertamento negativo del loro obbligo a versare all'INPS i contributi per malattia a decorrere dal 1° gennaio 1994, giacché in base al contratto collettivo aziendale esse erano tenute a corrispondere ai dipendenti ammalati l'importo dell'intera retribuzione netta, sostituendosi così all'Istituto previdenziale nell'obbligazione indennitaria.

Costituitosi il convenuto e riunite le diverse cause, il Pretore rigettava le domande con decisione del 30 maggio 1997, confermata con sentenza del 16 settembre 1998 dal Tribunale, il quale osservava che secondo l'art. 6, capoverso 1, 11 gennaio 1943 n. 138 l'indennità di malattia non era dovuta quando il relativo trattamento economico fosse corrisposto, per legge o per contratto collettivo, dal datore di lavoro o da altri enti, ciò che si verificava nel caso di specie per effetto di contratto aziendale. L'esonerazione dell'INPS dalla prestazione previdenziale non valeva tuttavia ad escludere l'obbligo contributivo delle datrici di lavoro attualmente appellanti, giacché tale esclusione poteva giustificarsi in un regime della contrattazione collettiva, quale quello corporativo ancora vigente nel 1943, caratterizzato dall'efficacia generale dei patti, ossia estesa anche ai lavoratori non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti.

Nel regime attuale, per contro, di efficacia del contratto collettivo limitata ai lavoratori iscritti, il datore di lavoro rimaneva assoggettato a tutti gli obblighi previdenziali quand'anche avesse volontariamente assunto l'obbligazione di pagare l'indennità di malattia ai dipendenti.

Contro questa sentenza ricorrono per cassazione la S.p.A. Metro centrale acquisti insieme alle litisconsorti. L'INPS resiste con controricorso.

Tutte le parti hanno presentato memoria.

Nell'udienza del 20 novembre 2001 la Sezione lavoro, rilevato un contrasto giurisprudenziale in ordine all'interpretazione dell'art. 6 cit., trasmetteva gli atti al Primo Presidente per eventuale assegnazione della causa alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 374 cod. proc. civ..

Il Primo Presidente disponeva in conformità. Nuove memorie da entrambe le parti in prossimità dell'udienza.

DIRITTO — 1. — Nella memoria presentata in prossimità dell'udienza il controricorrente INPS chiede dichiararsi cessata la materia del contendere poiché le ricorrenti hanno chiesto ed ottenuto dal mistero del lavoro il beneficio della riduzione delle somme dovute in aggiunta ai contributi previdenziali. La richiesta di tale beneficio, previsto dall'art. 1, comma 217, L. 27 dicembre 1996 n. 662, equivarrebbe, secondo il controricorrente, a riconoscimento del debito contributivo.

La richiesta non può trovare accoglimento.

Quando all'inadempimento del debito la legge connetta una sanzione pecuniaria, la manifestazione della volontà espressa dal debitore ed intesa a fruire di una diminuzione legislativa della sanzione non equivale a riconoscimento del debito poiché può essere mossa da una finalità soltanto provvisoria e precauzionale. Essa non determina perciò la cessazione della materia del contendere nel processo avente ad oggetto l'accertamento del debito.

2. — Con l'unico motivo le ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 6, secondo comma, L. 11 gennaio 1943 n. 138, sostenendo che l'esonero, ivi previsto in favore dell'INPS, dall'obbligazione indennitaria per malattia nel caso in cui questa sia a carico del datore di lavoro per previsione di contratto collettivo o di legge, comporta necessariamente l'assenza della corrispondente obbligazione contributiva, e ciò non soltanto in regime corporativo, ossia di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, ma anche nel regime attuale di diritto comune.

3. — Il motivo non è fondato.

Stabilisce il capoverso dell'art. 6 cit.: "L'indennità (di malattia) non è dovuta quando il trattamento economico di malattia è corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro o da altri enti in misura pari o superiore a quella fissata dai contratti collettivi ai sensi del presente articolo. Le prestazioni corrisposte da terzi in misura inferiore a quella indennità saranno integrate dall'ente (previdenziale) fino a concorrenza".

Il successivo art. 9, primo comma, pone la contribuzione a carico dei lavoratori e dei datori di lavoro. Nel testo originario esso prevedeva che la misura del contributo fosse determinata dal contratto collettivo o dagli organi sindacali o da un regio decreto di iscrizione autoritativa all'ente previdenziale, ma tale previsione è stata superata con la soppressione dell'ordinamento corporativo.

4. — Sulla questione ora sottoposta dalle ricorrenti alla Corte, ossia sulla persistenza dell'obbligo contributivo a carico dei datori di lavoro tenuti per contratto collettivo all'erogazione dell'indennità di malattia, la giurisprudenza della Sezione lavoro ha dato, risposte contrastanti.

Con la sentenza 3 dicembre 1999 n. 13535 essa si è espressa in senso negativo in base ai seguenti argomenti.

A) il rapporto fra ente previdenziale e lavoratori assicurati è di natura assicurativa, implicante una corrispondenza tra premio (contributo) e indennizzo, i quali "stanno e cadono" insieme. È esclusa, per contro, una finalità solidaristica del contributo, tale da farlo gravare anche su coloro che non si gioveranno dell'indennità.

B) L'obbligo, gravante sull'INPS, di corrispondere al lavoratore ammalato la sola prestazione economica, ossia l'indennità destinata a sostituire la retribuzione (art. 2110, primo comma, cod. civ.), e non anche le prestazioni sanitarie, oggi a carico del Servizio sanitario nazionale (cfr. artt. 63 e 74 L. 23 dicembre 1978 n. 833), ed il fatto che per l'adempimento di quell'obbligo sia previsto uno specifico contributo (art. 14 L. 23 aprile 1981 n. 155) dimostrano il nesso di necessaria corrispondenza tra contribuzione ed obbligo di effettiva erogazione dell'indennità.

C) L'assoggettamento del datore di lavoro all'obbligo contributivo e, insieme, all'obbligo di indennizzo si tradurrebbe in un ingiustificato arricchimento dell'ente previdenziale.

L'opposto orientamento, affermativo dell'assoggettamento generale alla contribuzione, è espresso nelle sentenze 27 dicembre 1999 n. 14571 e 21 febbraio 2000 n. 1950, che così lo giustificano:

A 1) L'assicurazione dei lavoratori dipendenti contro le malattie si ispira non al

principio mutualistico bensì a quello di solidarietà, vale a dire all'assenza di necessaria correlazione fra contributo e prestazione.

B 1) L'imposizione dell'obbligo di indennizzo sul datore di lavoro ad opera del contratto collettivo non esclude che l'INPS debba pagare l'indennità al lavoratore nel caso di superamento del periodo di cosiddetto comporto o nel periodo di disoccupazione o di sospensione dal lavoro, ai sensi dell'art. 1, comma 6, D.L. 30 dicembre 1979 n. 663 conv. in L. 29 febbraio 1980 n. 33. In tali casi il datore di lavoro non potrebbe invocare l'assenza di sinallagma per sottrarsi al pagamento dei contributi.

C 1) Il rapporto di assicurazione obbligatoria è disciplinato dalla legge con disposizioni imperative, non derogabili dall'autonomia privata, sia pure collettiva.

5. — Ritengono queste Sezioni unite di aderire al secondo degli illustrati ed opposti orientamenti.

È, anzitutto, opinione comunemente ricevuta che il fondamento della previdenza sociale stia nel principio di solidarietà, onde il concetto di sinallagma, ossia di equilibrio di obbligazioni corrispettive, risulta insufficiente alla rappresentazione del sistema. Ed infatti all'apporto contributivo delle categorie interessate si accompagna il costante intervento finanziario dello Stato e quindi della solidarietà generale.

Per di più manca talvolta il legame tra contributi o prestazioni, come nel caso dei contributi di mera solidarietà (cfr. Corte Cost. n. 26 del 2003) o di contribuzione figurativa o, ancora, quando debba operare il principio di automaticità delle prestazioni, di cui all'art. 2116 cod. civ..

Né l'ammontare delle prestazioni è necessariamente proporzionale a quello dei contributi, dipendente dalla quantità della retribuzione imponibile, dalla varietà delle aliquote di computo, dall'età dell'assicurato e nel lungo periodo anche dalle variazioni del prodotto interno (nazionale) lordo.

Poiché, in definitiva, non esiste tra prestazioni e contributi un nesso di reciproca giustificazione causale, ben può persistere l'obbligazione contributiva a carico del datore di lavoro anche quando per tutti o per alcuni dei lavoratori dipendenti l'ente previdenziale non sia tenuto a certe prestazioni.

6. — Occorre aggiungere che l'obbligazione contributiva previdenziale partecipa della natura delle obbligazioni di natura pubblicistica, equiparabili a quelle tributarie a causa della origine legale e della destinazione ad enti pubblici e quindi all'espletamento di funzioni sociali (Cass. 21 luglio 1969 n. 2727).

Non si concorda sulla possibilità di classificare i contributi previdenziali come imposte speciali, di ammontare non collegato all'entità delle prestazioni ma ormai affidato solo a scelte di politica legislativa, o come contributi speciali, ma è certo che essi costituiscono oggetto di un'obbligazione pubblica e, quindi, di un rapporto nato dalla legge, da essa esclusivamente regolato e pertinente alla finanza complementare dello Stato.

Per tale ragione la giurisprudenza esclude la compensabilità tra i crediti degli enti previdenziali per contributi assicurativi ed i crediti vantati verso i medesimi dai datori di lavoro, stante la natura privatistica di questi e pubblicistica di quelli, certamente indisponibili nei sensi dell'art. 1246, n. 5, cod. civ. (Cass. 27 maggio 1982 n. 3264).

Per la stessa ragione l'accertamento sul rapporto di lavoro subordinato, contenuto in una sentenza definitiva, non esplica efficacia riflessa di giudicato nel processo fra datore di lavoro ed ente previdenziale: il rapporto previdenziale, pubblicistico, è infatti *res inter alios acta* rispetto al rapporto privatistico di lavoro (Cass. 8 novembre 1995 n. 11622).

Tutto ciò comporta che il regime legale della contribuzione non può essere alterato, come esattamente afferma Cass., n. 14571 del 1999 cit., da statuizioni dell'autonomia privata. Tali debbono oggi ritenersi quelle contenute nei contratti collettivi, a differenza di quelle vigenti nel regime corporativo, soppresso dal D.L. 5 agosto 1943 n. 721 e dal decreto luogotenenziale 23 novembre 1944 n. 369.

Diversa è la collocazione del contratto collettivo nell'ambito delle fonti del diritto oggettivo, a seconda che si consideri il soppresso ordinamento corporativo o quello attuale.

Nel primo la legge 3 aprile 1926 n. 563 "sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro" stabiliva che le associazioni sindacali legalmente riconosciute dei datori di lavoro e dei lavoratori avessero la personalità giuridica e la rappresentanza legale di tutti i soggetti per cui erano state costituite, "vi siano o non vi siano iscritti" (art. 5). I contratti collettivi da esse stipulati avevano effetto verso tutti i soggetti rappresentati (art. 10, primo comma).

Essi erano, dunque, fonti del diritto eteronome in quanto, a differenza dei contratti di diritto comune (artt. 1098 cod. civ. 1865, 1321 e 1324 cod. civ. 1942), esplicavano efficacia anche *erga non volentes*, e venivano inseriti fra le "norme di diritto" dall'art. 1 n. 3 delle preleggi.

Avveniva così che norme vincolanti *erga omnes* e inderogabili venivano poste da soggetti diversi dallo Stato, ciò che, vigente lo Statuto albertino, costituiva una innovazione di diritto costituzionale.

Con la suddetta soppressione dell'ordinamento corporativo i contratti collettivi, ormai efficaci soltanto *in volentes*, sono stati riportati nella categoria dei negozi giuridici di diritto privato, alla quale appartengono anche i contratti aziendali, benché talvolta se ne estenda l'efficacia a lavoratori non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti (Cass. 11 novembre 1987 n. 8325, 2 maggio 1990 n. 3607, 5 luglio 2002 n. 9764).

Da ciò consegue che l'espromissione dell'ente previdenziale dal debito indennitario, con liberazione *ex lege*, non può assumere oggi, in regime di contratti collettivi di diritto comune, gli stessi significati ed effetti di quelli propri del regime corporativo, ancor vivo quando entrò in vigore la legge n. 138 del 1943, e in particolare non può alterare il regime della contribuzione.

Vigente l'ordinamento corporativo, anche la misura dei contributi previdenziali era rimessa al contratto collettivo o agli organi sindacali competenti ad emettere atti con efficacia generale, (artt. 9 e 4 1. ult. cit.); la natura eteronoma della fonte faceva sì che essa potesse anche determinare la misura di una prestazione pecuniaria pubblicistica.

Nell'ordinamento civilistico l'espromissione volontaria non influisce sul rapporto tra espromittente (nella specie, il datore di lavoro) e debitore originario (l'ente previdenziale), tant'è vero che il primo non può opporre al creditore (il lavoratore) le eccezioni relative al rapporto col secondo (art. 1272 cod. civ.); perciò l'espromissione non comporta necessariamente la liberazione dell'espromittente da debiti verso il debitore originario.

Una volta riportati i contratti collettivi nell'ambito dei negozi giuridici di diritto privato, l'"inammissibile duplicità di pagamenti aventi la stessa causa" e l'"ingiustificato arricchimento" dell'ente previdenziale, ossia la mancanza di giustificazione causale del pagamento del contributo previdenziale paventata nella sent. n. 13535 del 1999 cit., potrebbe aversi anche nel caso in cui fosse il contratto individuale di lavoro ad imporre al datore il trattamento di malattia: se la prospettata eventualità fosse reale, con il conseguente esonero dalla contribuzione, basterebbe una pattuizione tra singoli privati a cancellare un'obbligazione assimilabile a quella tributaria, gravante su uno di loro ed imposta dalla legge a favore di un ente pubblico.

8. — Con i contratti collettivi di diritto comune l'esonero dell'ente dal trattamento ai malattia vale solo nei confronti dei lavoratori iscritti ai sindacati stipulanti e perciò destinatari del contratto collettivo. L'intervento di questo in materia di assicurazione contro la malattia si pone perciò solo come eventualità e comunque non si verifica in caso di inapplicabilità soggettiva del contratto.

Inoltre, l'art. 1, comma 6, D.L. 30 dicembre 1979 n. 663 conv. in L. 29 febbraio 1980 n. 33, stabilisce che l'INPS provvede direttamente al pagamento delle prestazioni di malattia per i lavoratori disoccupati o sospesi dal lavoro e non fruitori della cassa integrazione guadagni.

Ulteriore giustificazione causale dell'obbligo contributivo in questione (Cass. n. 1950 del 2000).

9. — Né alcuna influenza sulla questione di diritto qui in esame esplicano gli artt. 74 L. n. 833 del 1978 e 14 L. 23 aprile 1981 n. 155, i quali, imposto all'INPS l'obbligo di erogare le prestazioni economiche di malattia e lasciate al Servizio sanitario nazionale le sole prestazioni sanitarie, forniscono all'Istituto la provvista, consistente nella quota parte dei contributi di legge, determinandone altresì l'aliquota.

Secondo la tesi qui non accolta, e sulla quale le ricorrenti insistono soprattutto nella memoria presentata in prossimità dell'udienza, la specifica destinazione del contributo INPS, con distinta aliquota, ai trattamenti di malattia sottrarrebbe il contributo stesso ai principi ed al regime generale della contribuzione previdenziale per riportarlo ai principi dell'assicurazione privata, facendone una prestazione corrispettiva (ancorché nell'ambito di un rapporto aleatorio) ossia giustificata sotto il profilo causale soltanto dalla eventualità della controprestazione.

Non sembra, tuttavia, che questa *ratio* possa essere attribuita alle norme testé citate e, quindi, al capoverso dell'art. 6 L. n. 138 del 1943.

La possibile e illimitata diffusione di contratti collettivi idonei a sottrarre intere categorie di lavoratori alla previdenza sociale contro la malattia potrebbe diminuire le risorse dell'ente pubblico al punto da porre in pericolo l'adempimento dei debiti verso gli assicurati ossia potrebbe generare, usando il lessico dell'obbligazione civilistica, una pericolosa menomazione della garanzia patrimoniale generale (art. 2740 cod. civ.) offerta ai creditori dall'ente debitore.

Eventualità negativa che poteva essere remota quando, nel regime corporativo, la contrattazione collettiva era ispirata a criteri pubblicistici ossia anche a valutazioni di economia generale, ma che è incombente nel sistema di relazioni industriali affidato al diritto privato.

In conclusione la specifica destinazione dei contributi INPS di malattia non infirma le considerazioni svolte sopra ossia non esclude né il fondamento solidaristico né la natura tributaria, o se si vuole parafiscale di quei contributi e quindi l'indisponibilità del relativo obbligo ad opera di negozi giuridici di diritto privato.

L'affermazione, contenuta nella memoria delle ricorrenti, secondo cui l'INPS non pretende i contributi di malattia da certe imprese e per certe categorie di lavoratori, tende inammissibilmente ad ampliare il tema della controversia attraverso la prospettazione di fatti nuovi nel giudizio di legittimità.

10. — In conclusione, si deve affermare il principio secondo cui l'art. 6, secondo comma, L. n. 138 del 1943, che esonera l'INPS dal pagamento dell'indennità quando il trattamento economico di malattia venga corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro in misura non inferiore a quella fissata dai contratti collettivi, non vale ad escludere l'obbligo di contribuzione previdenziale a favore dell'INPS.

A questo principio si è uniformato il Tribunale nella sentenza qui impugnata onde il ricorso va rigettato; mentre il sopra illustrato contrasto di giurisprudenza induce alla compensazione delle spese processuali.

(Omissis)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Unite Civili

Contributi - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi a favore delle aziende operanti nel Mezzogiorno - Proroga generalizzata ex art. 1, primo comma, D.L. n. 71 del 1993 sino al periodo di paga in corso al 31 maggio 1993 - Operatività con riferimento allo sgravio totale decennale di cui all'art. 59, nono comma, DPR n. 218 del 1978 - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione SS.UU. - 10.4/18.7.2003, n. 11252 - Pres. Delli Priscoli - Rel. Prestipino - P.M. Iannelli (Conf.) - INPS (Avv.ti Correra, Ponturo, Fonzo) - Petrucci (Avv.ti Di Domenica, Marini).

Il nuovo sistema dello sgravio contributivo totale introdotto con l'art. 1, secondo comma, del decreto legge n. 71 del 1993, convertito nella legge n. 151 dello stesso anno, ha sostituito quello regolato dall'art. 59, nono comma, del testo unico approvato con il DPR n. 218 del 1978, essendo stata la nuova disposizione di legge dettata per disciplinare una materia già regolata dalla legge precedente, la cui abrogazione è quindi intervenuta per manifesta incompatibilità, ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, e dovendosi escludere, in base al generale criterio ermeneutico di cui all'art. 12 delle stesse preleggi, che il legislatore, nel momento in cui ha dettato una disciplina inerente allo sgravio totale ed in relazione ad una fattispecie che potrebbe, in teoria, essere regolata non solo dalla norma sopravvenuta, ma anche da quella precedente, abbia inteso creare un sistema di "doppio binario", che consentirebbe che l'imprenditore, a suo piacimento, possa scegliere la disciplina a lui più favorevole; pertanto, la proroga generalizzata sino al periodo di paga in corso al 31 maggio 1993, prevista dal primo comma dell'art. 1 del D.L. n. 71 del 1993, non riguarda lo sgravio totale decennale di cui al citato nono comma dell'art. 59 del DPR n. 218 del 1978.

FATTO — Con ricorso del 27 gennaio 1995 Romano Petrucci proponeva opposizione avverso il decreto del 22 dicembre 1994 con il quale il Pretore del lavoro di Pescara gli aveva ingiunto di pagare all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) la somma di L. 79.472.379, oltre agli accessori, a titolo di contributi omessi nel periodo dal 1° gennaio 1992 al 31 marzo 1994, e chiedeva che il decreto fosse revocato.

A sostegno dell'opposizione il ricorrente deduceva che i contributi pretesi dall'INPS non erano dovuti, essendo applicabile, in relazione ai lavoratori nei cui confronti era stato redatto il verbale ispettivo, lo sgravio decennale previsto dall'art. 59 DPR 6

marzo 1978 n. 218 in forza della proroga disposta dall'art. 1 D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151.

Costituitosi in giudizio, l'ente convenuto contestava la fondatezza della pretesa avversaria, di cui chiedeva il rigetto, eccependo che lo sgravio annuale introdotto dall'art. 1 D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151, aveva sostituito lo sgravio decennale di cui all'art. 59, nono comma, DPR 6 marzo 1978 n. 218.

Con sentenza del 10 febbraio 1998 il Pretore accoglieva l'opposizione.

Questa decisione, impugnata dall'INPS, veniva confermata dal Tribunale di Pescara con sentenza del 23 novembre 1998.

Il Tribunale osservava che con l'art. 1, primo comma, del legge n. 71 del 1993, convertito nella legge n. 151 del 1993, era stata prorogata fino al 31 maggio 1993 l'intera disciplina prevista dall'art. 59 del DPR n. 218 del 1978, ivi compreso, quindi, il beneficio dello sgravio decennale di cui al nono comma del medesimo art. 59, con la conseguente applicabilità di tale beneficio ai lavoratori nuovi assunti a decorrere dal 1° dicembre 1991 risultanti in soprannumero rispetto all'organico aziendale del 30 giugno 1976. A dire del giudice dell'appello, quindi, non poteva essere condivisa la tesi dell'INPS, dal momento che il secondo comma dell'art. 1 del suddetto decreto legge n. 71 del 1993 aveva introdotto un tipo di sgravio del tutto diverso e non sostitutivo di quello in precedenza contemplato, essendo lo stesso relativo alle imprese industriali operanti nei settori indicati nella delibera del CIPE del 1977 ed essendo, inoltre, inerente ai nuovi lavoratori in soprannumero rispetto all'organico del 30 novembre 1991.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'INPS, che ha dedotto un unico motivo.

Ha resistito con controricorso e con successiva memoria il Petrucci.

Il ricorso è stato assegnato dal Primo Presidente a queste Sezioni Unite per la composizione di un contrasto sorto all'interno della Sezione Lavoro della Corte nell'interpretazione delle disposizioni di legge sopra indicate.

Prima dell'udienza davanti alle Sezioni Unite entrambe le parti hanno depositato una ulteriore memoria.

DIRITTO — Con l'unico motivo dell'impugnazione l'Istituto ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1, commi primo e secondo, D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151, in relazione all'art. 14 L. 2 maggio 1976 n. 183, oltre a vizi di motivazione (art. 360, primo comma n. 3 e 5, c.p.c.) e sostiene che lo sgravio annuale previsto dal secondo comma del suddetto art. 1 del decreto legge n. 71 del 1993 ha sostituito quello decennale, previsto dall'art. 14 della legge n. 183 del 1976, il quale non può ritenersi più operativo tranne che per quei lavoratori in forza alle aziende da epoca precedente al 1° dicembre 1991 (per i quali lo sgravio continua ad essere applicato per un decennio dalla data di assunzione). Questa interpretazione, ad avviso del medesimo ricorrente, trova conforto nella relazione che aveva accompagnato, nella Camera dei Deputati, il disegno di legge di conversione del suddetto decreto legge e dalla quale emerge l'intenzione del legislatore di limitare ad un anno lo sgravio decennale contemplato dalla normativa a quel tempo vigente, essendo stato il beneficio consentito solamente alle imprese operanti nei settori indicati dal CIPE e riguardo ai lavoratori neo assunti in eccedenza rispetto alla data del 30 novembre 1991.

Il motivo è fondato.

I. — Il sistema degli sgravi contributivi per le imprese industriali ed artigiane “che impiegano dipendenti nei territori indicati dall’art. 1 del testo unico approvato con DPR 30 giugno 1967 n. 1523” (relativo alle “leggi sul Mezzogiorno”) è stato introdotto dall’art. 18 D.L. 30 agosto 1968 n. 918, come modificato dalla legge di conversione 25 ottobre 1968 n. 1089, con il quale è stata prevista una riduzione del 10% sui contributi da corrispondere all’Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, con decorrenza dal periodo di paga successivo a quello in corso alla data del 31 agosto 1968 e fino al 31 dicembre 1972 (commi primo e secondo; v. anche il terzo comma per la ripartizione fra datori di lavoro e lavoratori), ed una ulteriore riduzione, a decorrere dal periodo di paga in corso al 31 ottobre 1968, per il personale occupato dopo il 30 settembre 1968 in soprannumero rispetto a quello impiegato in tale data (quarto comma).

Queste disposizioni di legge sono state successivamente prorogate e parzialmente modificate (v. il D.L. 5 luglio 1971 n. 429, convertito in L. 4 agosto 1971 n. 589), finché con l’art. 14 L. 2 maggio 1976 n. 183, recante la “disciplina dell’intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976 - 80”, è stato previsto, per le imprese industriali “operanti nei settori che saranno indicati dal CIPE”, oltre che per “le aziende artigiane e le imprese alberghiere”, e fino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1986, uno sgravio totale dei contributi dovuti all’INPS per il personale assunto nel periodo dal 1° luglio 1976 al 31 dicembre 1980 in aggiunta a quello effettivamente occupato alla data del 30 giugno 1976.

Con l’art. 59 DPR 6 marzo 1978 n. 218, contenente il testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, tutte le disposizioni di legge sopra indicate sono state raccolte in un unico corpo.

In particolare, per quanto qui interessa, nel primo comma di tale articolo è stato recepito l’art. 18, primo comma, del decreto legge n. 918 del 1968, come risultante dalla legge di conversione (e come poi modificato dall’art. 1, terzo comma, del decreto legge n. 429 del 1971, convertito in legge n. 589 del 1971), nel quinto comma è stato immesso il quarto comma del medesimo decreto legge n. 918 del 1968, mentre nel nono comma è stata inserita, con alcune modifiche (è stato soppresso il riferimento alle imprese artigiane e alberghiere), la disposizione contenuta nel suddetto art. 14 della legge n. 183 del 1976.

Pertanto, poiché questo è il dato legislativo che occorre tenere presente per la soluzione che deve essere data alla questione sottoposta all’esame della Corte, appare utile rimarcare che nel primo comma dell’art. 59 è stata inserita la previsione dello sgravio, nella misura del 10% e fino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1980, sul complesso dei contributi gravanti sulle imprese aventi dipendenti nei territori del Mezzogiorno (v. i commi successivi con riferimento ad uno sgravio supplementare e aggiuntivo nella ricorrenza delle condizioni previste); nel nono comma, invece, è stata recepita la disposizione avente per oggetto lo sgravio totale (c.d. decennale, come si vedrà fra breve) “fino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1986” e relativa ai nuovi assunti dal 1° luglio 1976 al 31 dicembre 1980 “ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 giugno 1976”.

Ai fini della decisione, inoltre, e soprattutto allo scopo di stabilire l’ambito del pre-

sente giudizio di legittimità, in punto di fatto va pure precisato che il dibattito che si è sviluppato fra le parti nella fase di merito, come risulta dalla sentenza emanata dal giudice dell'appello, ha riguardato la perdurante vigenza o l'avvenuta abrogazione della norma contenuta nel suddetto nono comma dell'art. 59 del DPR n. 218 del 1978, il quale aveva fatto riferimento, come giova ribadire, alle "aziende industriali operanti nei settori che saranno indicati dal CIPE" e non già anche alle aziende artigiane e alle imprese alberghiere menzionate nell'art. 14 L. 2 maggio 1976 n. 183 (sicché non possono essere presi in considerazione gli accenni fatti dal controricorrente nei suoi scritti difensivi alle imprese da ultimo indicate).

II. — Con l'art. 2 D.L. 30 gennaio 1979 n. 20, convertito in L. 31 marzo 1979 n. 92, è stato disposto, con norma di carattere generale — per così dire, di chiusura, essendo stata dettata per sostituire una volta per tutte la data del 31 dicembre 1986 — che lo sgravio totale previsto dal nono comma dell'art. 59 del testo unico degli interventi nel Mezzogiorno avrebbe avuto durata decennale "a decorrere dalla data di assunzione del lavoratore": da questa disposizione è derivata la definizione di "decennale" dello sgravio di che trattasi.

III. — La data del 31 dicembre 1980, concernente i nuovi assunti e indicata dall'art. 59 del DPR n. 218 del 1978 come termine finale per l'operatività dello sgravio totale, è stata più volte prorogata con norme contenute in decreti legge succedutisi nel tempo — non tutti convertiti in legge e i cui effetti non sempre poi sono stati fatti salvi — o con vere e proprie disposizioni di legge ordinaria.

Nel disporre la proroga il legislatore ha utilizzato le seguenti tecniche.

In un primo tempo la normativa si è limitata ad indicare che "la validità delle disposizioni del testo unico 6 marzo 1978 n. 218, e delle altre leggi riguardanti i territori meridionali, contenenti l'indicazione del termine del 31 dicembre 1980, è prorogata al..." (v., ad esempio, l'art. 1 del D.L. 22 dicembre 1980 n. 898, non convertito in legge, ma i cui effetti sono stati fatti salvi dall'art. 4 D.L. 28 febbraio 1981 n. 36, convertito in L. 29 aprile 1981 n. 163; v. altresì l'art. 1 del decreto legge da ultimo indicato).

In un secondo momento, con varie disposizioni di legge emanate a cadenze successive, è stata, dapprima, via via prorogata la durata della Cassa per il Mezzogiorno e poi è stato stabilito che "fino alla stessa data continuano ad avere validità le disposizioni del testo unico 6 marzo 1978 n. 218" (v., ad esempio, l'art. 1 D.L. 26 novembre 1981 n. 679, convertito in L. 26 gennaio 1982 n. 13 e le identiche successive disposizioni poi raccolte nell'articolo unico della L. 23 dicembre 1982 n. 941).

Successivamente è stata adoperata una diversa formula, essendo stato stabilito che "il termine di cui all'art.... (indicato nel precedente testo legislativo prevedente la proroga), relativo allo sgravio contributivo di cui all'art. 59 del testo unico della legge sugli interventi nel Mezzogiorno... è differito fino a tutto il periodo di paga in corso al..." (v., per questa formulazione, ad esempio, l'art. 2 D.L. 19 gennaio 1991 n. 18, convertito in L. 20 marzo 1991 n. 89 nonché l'art. 1 L. 19 luglio 1991 n. 214).

Come risulta da tutte queste disposizioni legislative, via via emanate nel tempo e a prescindere dalla tecnica usata dal legislatore per dilazionare il beneficio, la proroga ha riguardato il termine finale previsto per i lavoratori "nuovi assunti" rispetto a quelli

impiegati alla data del 30 giugno 1976 (*rectius*, rispetto al numero complessivo dei lavoratori impiegati al 30 giugno 1976);

sicché lo sgravio totale è divenuto operativo, per ognuno di tali lavoratori nuovi assunti, per la durata di dieci anni dalla data della assunzione.

IV. — In un tempo ancora successivo, nei decreti legge emanati per attuare la proroga, oltre alla relativa disposizione (con l'utilizzazione della formula da ultimo indicata), è stata inserita una ulteriore, diversa disposizione.

Ciò è accaduto per la prima volta con il D.L. 21 gennaio 1992 n. 14, non convertito in legge, nel cui art. 1, dopo il primo comma, contenente il differimento "a tutto il periodo di paga in corso al 30 novembre 1992" del termine "di cui all'art. 1 della legge 19 luglio 1991 n. 214, relativo allo sgravio contributivo di cui all'art. 59 del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno", è stato dettato il seguente secondo comma: "Per i nuovi assunti dal 1° dicembre 1991 al 30 novembre 1992, ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 novembre 1991 nelle aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE, lo sgravio contributivo di cui all'art. 59, comma 1, del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978 n. 218, è concesso in misura totale dei contributi posti a carico dei datori di lavoro, dovuti all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, per un periodo di un anno dalla data di assunzione del singolo lavoratore sulle retribuzioni assoggettate a contribuzioni per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti".

Le norme contenute nell'art. 1 del decreto legge da ultimo indicato sono state inserite nei successivi decreti legge 21 luglio 1992 n. 345, non convertito e i cui effetti non sono stati fatti salvi, 18 settembre 1992 n. 383, 19 novembre 1992 n. 442, 18 gennaio 1993 n. 12, pure non convertiti ma i cui effetti poi sono stati fatti salvi (v. l'articolo unico della L. 20 maggio 1993 n. 151) e, infine, nel D.L. 22 marzo 1993 n. 71 (v. l'art. 1), convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151, che è quello che viene in evidenza nel presente giudizio e che contiene, rispetto ai precedenti, alcune modifiche relative ai termini (che vengono differiti).

In conclusione, come appare opportuno precisare, nel decreto legge applicabile alla fattispecie oggetto del presente giudizio il legislatore ha inserito due distinte disposizioni (art. 1, commi primo e secondo): la prima relativa alla proroga del termine stabilito per il godimento degli sgravi contributivi previsti dall'art. 59 del testo unico approvato con DPR n. 218 del 1978, il quale è stato differito al 31 maggio 1993; la seconda avente per oggetto il c.d. sgravio totale per i lavoratori nuovi assunti nel periodo "dal 1° dicembre 1991 al 31 maggio 1993, ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 novembre 1991, per le assunzioni verificatesi fino al 30 novembre 1992 e da quest'ultima data per gli altri casi, nelle aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE", per un "periodo di un anno dalla data di assunzione del singolo lavoratore".

V. — La questione che si pone nel presente giudizio è se il secondo comma dell'art. 1 D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito in L. 20 maggio 1993 n. 151 — relativo allo sgravio totale annuale per i lavoratori nuovi assunti nel periodo dal 1° dicembre 1991

al 31 maggio 1993, ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 novembre 1991, nelle aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE — abbia sostituito o abbia invece affiancato il nono comma dell'art. 59 DPR 6 marzo 1978 n. 218 (e successive modifiche), con il quale, come giova ricordare, era stato previsto uno sgravio totale decennale per i lavoratori nuovi assunti ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 giugno 1976 nelle aziende industriali operanti nei settori che saranno indicati dal CIPE. In altre parole, posto che con l'art. 59, nono comma, del DPR n. 218 del 1978 dal legislatore era stato previsto a beneficio delle suddette aziende uno sgravio totale decennale, il punto è se tale sgravio decennale sia venuto meno, per abrogazione implicita della norma che lo aveva previsto, a seguito dell'entrata in vigore della disposizione contenuta nell'art. 1, secondo comma, del decreto legge n. 71 del 1993, convertito nella legge n. 151 dello stesso anno, oppure se, dovendo le due norme considerarsi entrambe vigenti, i due sgravi abbiano continuato a coesistere.

La prima delle due tesi è stata affermata dalla Sezione Lavoro in due coeve sentenze (Cass. 13 marzo 2001 n. 3626 (1) e 3635 (2)), nelle quali è stato dato rilievo, per così dire, all'interpretazione storico-sistematica dell'istituto degli sgravi contributivi (v. nello stesso senso, successivamente, anche Cass. 9 agosto 2002 n. 12127); la seconda in una (di poco) precedente sentenza (Cass. 2 marzo 2001 n. 3082), che viceversa ha dato esclusivo valore all'interpretazione letterale delle norme contenute nel decreto legge n. 71 del 1993.

Tale contrasto ha determinato l'assegnazione del presente ricorso a queste Sezioni Unite.

VI. — La tesi della coesistenza dei due sgravi totali e, quindi, della perdurante vigenza del nono comma dell'art. 59 del DPR n. 218 del 1978 anche dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di legge che hanno introdotto lo sgravio annuale, affermata in questo giudizio dal Tribunale di Pescara, dalla sentenza della Sezione Lavoro sopra indicata è stata basata sulle seguenti considerazioni.

La proroga, disposta dal primo comma dell'art. 1 del decreto legge n. 71 del 1993 fino al 31 maggio 1993, ha riguardato indistintamente tutti i tipi di sgravio previsti dall'art. 59 del DPR n. 218 del 1978, ivi compreso quello c.d. decennale menzionato nella norma di cui al nono comma, la quale norma, lungi dall'essere stata abrogata, continua ad operare in favore delle aziende che assumano lavoratori “non in soprannumero alle date indicate”. Viceversa, lo sgravio annuale introdotto dal secondo comma del medesimo art. 1 del decreto legge concerne esclusivamente le aziende industriali “che assumano dipendenti in soprannumero rispetto a quelli in forza al 30 novembre 1991”.

In tale sentenza è stato, inoltre, sostenuto che non potevano essere condivisi gli argomenti addotti dall'INPS a favore della tesi contraria, da un lato, perché la relazione di accompagnamento alla legge di conversione del decreto legge “non esclude la contemporanea vigenza dei due sgravi di cui si discute, atteso il loro diverso ambito operativo” e, dall'altro, perché l'art. 92 del Trattato CEE non è altro che una norma programmatica, rivolta ad impedire che nelle legislazioni nazionali vengano emanati determinati provvedimenti, agevolativi per le imprese, che possano alterare il mercato.

VII. — Di ben altro spessore, perché utilizzano, oltre al dato letterale della disposizione di legge, elementi di carattere storico-logico-sistematico, traendo conforto anche dai lavori preparatori della legge di conversione del decreto legge n. 71 del 1993, sono gli argomenti esposti nelle due sentenze della Sezione Lavoro, pure sopra indicate (alle quali, come si è detto, adde Cass. 9 agosto 2002 n. 12127), che hanno sostenuto la tesi ora propugnata dall'Istituto ricorrente.

In tali sentenze, in primo luogo, è stato posto l'accento sul complessivo sistema normativo che il legislatore ha fatto succedere all'emanazione del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno (DPR n. 218 del 1978) e, in base ad una interpretazione logico-sistematica di tutte le disposizioni regolanti la materia *ratione temporis*, è stato rilevato che il legislatore, proprio con l'introduzione dello sgravio totale annuale, non poteva che volere la soppressione dello sgravio decennale.

Nelle due sentenze è stata sottolineata "l'incongruenza", sul piano pratico, che deriverebbe dalla ritenuta coesistenza di due sottosistemi di sgravio totale "pur diversificati quanto al termine di riferimento dell'organico incrementato e quanto alla durata dell'incentivo", giacché le due fattispecie, in concreto, "si sovrapporrebbero in relazione al momento finale della loro vigenza, rappresentato, per entrambe le ipotesi, dal 31 maggio 1993"; sicché resterebbe affidata all'esclusiva opzione imprenditoriale, in modo non coerente con il sistema, "la scelta del beneficio, in funzione, ovviamente, della maggior durata decennale, pur rispetto ad assunzioni incrementate ricadenti nello stesso periodo e convergenti quanto all'identità oggettiva dell'incentivo" (v. gli esempi concreti, evidenziati nella sentenza n. 3626 del 2001, che pongono in evidenza la rilevata "incongruenza" che deriverebbe dalla ritenuta coesistenza dei due sottosistemi).

Da parte di entrambe le sentenze, infine, è stato fatto riferimento "alla relazione di accompagnamento del disegno di legge di conversione del D.L. n. 71 n. 93 (XI legislatura-atto Camera n. 2436), secondo cui per la limitatezza dei mezzi finanziari a disposizione, che non avrebbe consentito l'integrale differimento degli sgravi nella misura previgente, è stato necessario ridurre di un punto lo sgravio percentuale previsto dal comma 1 dell'art. 59 del DPR 6 marzo 1978 n. 218... e limitare lo sgravio totale ad un anno".

VIII. — Stabilisce l'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale che le norme di legge sono abrogate, oltre che per espressa previsione contenuta in una legge posteriore, "per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore".

Tenuto conto di questo generale principio, va data adesione all'indirizzo giurisprudenziale espresso nelle due sentenze indicate nel paragrafo VII, che ha il merito di avere individuato l'impossibilità, sul piano logico, della coesistenza di due sottosistemi normativi, regolanti, con differente disciplina, la medesima materia. Ed invero, come è stato correttamente precisato nelle due suddette sentenze, deve escludersi che il legislatore, nel momento in cui ha dettato una disciplina inerente allo sgravio totale e in relazione ad una fattispecie che potrebbe, in teoria, essere regolata non solo dalla norma sopravvenuta, ma anche da quella precedente, abbia inteso creare il sistema del doppio binario (in tal modo consentendo, oltre tutto, come è stato sottolineato dalle due indicate sentenze, che l'imprenditore, a suo piacimento, possa scegliere la discipli-

na a lui più favorevole); e si deve, invece, ritenere che il nuovo sistema dello sgravio totale, introdotto con l'art. 1, secondo comma, del decreto legge n. 71 del 1993, convertito nella legge n. 151 dello stesso anno, abbia sostituito quello regolato dall'art. 59, nono comma, del testo unico approvato con il DPR 6 marzo 1978 n. 218, essendo stata la nuova disposizione di legge dettata per disciplinare una materia già regolata dalla legge precedente, la cui abrogazione, oltre tutto, è intervenuta per manifesta incompatibilità.

Questa interpretazione trova conferma nei seguenti argomenti, il primo dei quali è direttamente attinente al significato che deve trarsi dalle parole usate nella norma di legge sopravvenuta "secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore" (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale).

Diversamente da quanto era stato fatto con i provvedimenti legislativi antecedenti, i quali, ancorché con formulazioni diverse, si erano limitati a prorogare il termine stabilito in tutte le norme inserite nei diversi commi dell'art. 59 del testo unico delle leggi sul Mezzogiorno — con ciò facendo chiaramente intendere che la proroga era stata attuata non solo con riferimento allo sgravio del 10% previsto dal primo comma, ma anche per quello totale (decennale) contemplato dal nono comma — viceversa, nel decreto legge applicabile alla fattispecie oggetto del presente giudizio (ed in quelli che lo avevano immediatamente preceduto senza essere convertiti in legge), il legislatore ha sdoppiato la disciplina, avendo utilizzato il primo comma per la previsione della proroga ulteriore e avendo poi creato un comma diverso per i lavoratori "nuovi assunti". E già questa differente tecnica indica che ai lavoratori nuovi assunti è stata rivolta una disciplina del tutto diversa dalla precedente, dettata in sua sostituzione, non essendo logico prevedere, come è bene ribadire, che per i medesimi si sia voluto istituire il sistema del doppio binario.

Peraltro, il rilievo che induce vieppiù a ritenere la validità di questa opzione interpretativa si basa sulla esegesi della norma contenuta nel secondo comma dell'art. 1 del decreto legge n. 71 del 1993, nella quale è stata ricalcata, pressoché testualmente — fatta eccezione, com'è ovvio, per le previsioni relative al periodo di riferimento dello sgravio e alla durata del beneficio — la disposizione contenuta nel nono comma dell'art. 59 del Testo unico delle leggi sul Mezzogiorno.

Ed è, quindi, sintomatico il fatto che siano state menzionate, con identica dizione, le "aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE", mentre, quanto alla precisazione attinente allo sgravio "concesso in misura totale dei contributi posti a carico dei datori di lavoro", non è privo di significato il richiamo fatto allo "sgravio contributivo di cui all'art. 59, comma primo, del testo unico di cui al comma 1", formulazione, codesta, identica a quella usata nel suddetto nono comma di tale art. 59.

Dalle considerazioni che precedono deriva la fondatezza della tesi secondo cui il legislatore del 1993 ha dettato, senza sovrapporla a quella precedente ma sostituendola, una nuova normativa concernente lo sgravio contributivo totale per le imprese che operano nei settori indicati dal CIPE. Se, poi, a tali considerazioni si aggiungono, come è stato osservato nelle due sentenze alla cui opzione interpretativa deve essere prestata adesione, gli argomenti tratti dall'esame degli atti parlamentari che hanno dato vita alla legge di conversione del decreto legge di cui si discute, tale opzione interpretativa viene vieppiù rafforzata, dato che l'intenzione del legislatore, risultante dalle

parole usate nella norma, emerge anche dai rilievi e dalle discussioni che hanno accompagnato l'*iter* parlamentare per l'approvazione della legge.

Nel caso in esame, tenuto conto dell'ambito del presente giudizio (v. l'argomentazione svolta a conclusione del paragrafo I) e rilevato l'errore di diritto che inficia la sentenza impugnata e che è stato puntualmente denunciato dall'Istituto ricorrente - avendo il Tribunale di Pescara deciso la controversia in base alla scelta interpretativa della quale in questa sede è stata affermata l'infondatezza sul piano giuridico - il ricorso deve essere accolto e la medesima sentenza deve essere cassata. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, a norma dell'art. 384, primo comma, c.p.c., la causa deve essere decisa nel merito e deve essere rigettata l'opposizione proposta da Romano Petrucci avverso il decreto ingiuntivo emesso dal Pretore di Pescara il 22 dicembre 1994.

Giuste ragioni ricorrono, in considerazione del contrasto interpretativo che ha dato luogo all'intervento delle Sezioni Unite, per compensare per intero fra le parti le spese di entrambi i gradi della fase di merito e di questa fase di legittimità.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 321

(2) *Idem, idem, idem*

Contributi - Assicurazione contro le malattie - Esonero del datore di lavoro dal versamento dei contributi di malattia nell'ipotesi di regolamentazione pattizia delle relative prestazioni a suo carico - Desumibilità dall'art. 6 L. n. 138 del 1943 - Esclusione - Principio solidaristico e principio di automaticità delle prestazioni relative alle assicurazioni sociali obbligatorie - Operatività - Conseguenze.

Corte di Cassazione - SS.UU. - 3.4/27.6.2003, n. 10232 - Pres. Grieco - Rel. Roselli - P.M. Palmieri (Conf.) - IGD Centrale Acquisti ora METRO Centrale Acquisti (Avv.ti Caroleo, Tranquillo) - INPS (Avv.ti Correrà, Ponturo, Fonzo).

L'art. 6, secondo comma, L. n. 138 del 1943, che esonera l'INPS dal pagamento dell'indennità quando il trattamento economico di malattia venga corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro in misura non inferiore a quella fissata dai contratti collettivi, non vale ad escludere l'obbligo di contribuzione previdenziale a favore dell'INPS. (Massima non ufficiale).

FATTO — Con ricorsi al Pretore di Milano depositati tra il 14 settembre 1995 ed il 10 maggio 1996 la S.p.A. IGD Centrale acquisti, ora Metro centrale acquisti, ed altre società qui indicate in epigrafe chiedevano, in via diretta oppure in opposizione a decreti ingiuntivi, l'accertamento negativo del loro obbligo a versare all'INPS i contributi per malattia a decorrere dal 1° gennaio 1994, giacché in base al contratto collettivo aziendale esse erano tenute a corrispondere ai dipendenti ammalati l'importo dell'intera retribuzione netta, sostituendosi così all'Istituto previdenziale nell'obbligazione indennitaria.

Costituitosi il convenuto e riunite le diverse cause, il Pretore rigettava le domande con decisione del 30 maggio 1997, confermata con sentenza del 16 settembre 1998 dal Tribunale, il quale osservava che secondo l'art. 6, capoverso 1, 11 gennaio 1943 n. 138 l'indennità di malattia non era dovuta quando il relativo trattamento economico fosse corrisposto, per legge o per contratto collettivo, dal datore di lavoro o da altri enti, ciò che si verificava nel caso di specie per effetto di contratto aziendale. L'esonerazione dell'INPS dalla prestazione previdenziale non valeva tuttavia ad escludere l'obbligo contributivo delle datrici di lavoro attualmente appellanti, giacché tale esclusione poteva giustificarsi in un regime della contrattazione collettiva, quale quello corporativo ancora vigente nel 1943, caratterizzato dall'efficacia generale dei patti, ossia estesa anche ai lavoratori non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti.

Nel regime attuale, per contro, di efficacia del contratto collettivo limitata ai lavoratori iscritti, il datore di lavoro rimaneva assoggettato a tutti gli obblighi previdenziali quand'anche avesse volontariamente assunto l'obbligazione di pagare l'indennità di malattia ai dipendenti.

Contro questa sentenza ricorrono per cassazione la S.p.A. Metro centrale acquisti insieme alle litisconsorti. L'INPS resiste con controricorso.

Tutte le parti hanno presentato memoria.

Nell'udienza del 20 novembre 2001 la Sezione lavoro, rilevato un contrasto giurisprudenziale in ordine all'interpretazione dell'art. 6 cit., trasmetteva gli atti al Primo Presidente per eventuale assegnazione della causa alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 374 cod. proc. civ..

Il Primo Presidente disponeva in conformità. Nuove memorie da entrambe le parti in prossimità dell'udienza.

DIRITTO — 1. — Nella memoria presentata in prossimità dell'udienza il controricorrente INPS chiede dichiararsi cessata la materia del contendere poiché le ricorrenti hanno chiesto ed ottenuto dal mistero del lavoro il beneficio della riduzione delle somme dovute in aggiunta ai contributi previdenziali. La richiesta di tale beneficio, previsto dall'art. 1, comma 217, L. 27 dicembre 1996 n. 662, equivarrebbe, secondo il controricorrente, a riconoscimento del debito contributivo.

La richiesta non può trovare accoglimento.

Quando all'inadempimento del debito la legge connetta una sanzione pecuniaria, la manifestazione della volontà espressa dal debitore ed intesa a fruire di una diminuzione legislativa della sanzione non equivale a riconoscimento del debito poiché può essere mossa da una finalità soltanto provvisoria e precauzionale. Essa non determina perciò la cessazione della materia del contendere nel processo avente ad oggetto l'accertamento del debito.

2. — Con l'unico motivo le ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 6, secondo comma, L. 11 gennaio 1943 n. 138, sostenendo che l'esonero, ivi previsto in favore dell'INPS, dall'obbligazione indennitaria per malattia nel caso in cui questa sia a carico del datore di lavoro per previsione di contratto collettivo o di legge, comporta necessariamente l'assenza della corrispondente obbligazione contributiva, e ciò non soltanto in regime corporativo, ossia di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, ma anche nel regime attuale di diritto comune.

3. — Il motivo non è fondato.

Stabilisce il capoverso dell'art. 6 cit.: "L'indennità (di malattia) non è dovuta quando il trattamento economico di malattia è corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro o da altri enti in misura pari o superiore a quella fissata dai contratti collettivi ai sensi del presente articolo. Le prestazioni corrisposte da terzi in misura inferiore a quella indennità saranno integrate dall'ente (previdenziale) fino a concorrenza".

Il successivo art. 9, primo comma, pone la contribuzione a carico dei lavoratori e dei datori di lavoro. Nel testo originario esso prevedeva che la misura del contributo fosse determinata dal contratto collettivo o dagli organi sindacali o da un regio decreto di iscrizione autoritativa all'ente previdenziale, ma tale previsione è stata superata con la soppressione dell'ordinamento corporativo.

4. — Sulla questione ora sottoposta dalle ricorrenti alla Corte, ossia sulla persistenza dell'obbligo contributivo a carico dei datori di lavoro tenuti per contratto collettivo all'erogazione dell'indennità di malattia, la giurisprudenza della Sezione lavoro ha dato, risposte contrastanti.

Con la sentenza 3 dicembre 1999 n. 13535 essa si è espressa in senso negativo in base ai seguenti argomenti.

A) il rapporto fra ente previdenziale e lavoratori assicurati è di natura assicurativa, implicante una corrispondenza tra premio (contributo) e indennizzo, i quali "stanno e cadono" insieme. È esclusa, per contro, una finalità solidaristica del contributo, tale da farlo gravare anche su coloro che non si gioveranno dell'indennità.

B) L'obbligo, gravante sull'INPS, di corrispondere al lavoratore ammalato la sola prestazione economica, ossia l'indennità destinata a sostituire la retribuzione (art. 2110, primo comma, cod. civ.), e non anche le prestazioni sanitarie, oggi a carico del Servizio sanitario nazionale (cfr. artt. 63 e 74 L. 23 dicembre 1978 n. 833), ed il fatto che per l'adempimento di quell'obbligo sia previsto uno specifico contributo (art. 14 L. 23 aprile 1981 n. 155) dimostrano il nesso di necessaria corrispondenza tra contribuzione ed obbligo di effettiva erogazione dell'indennità.

C) L'assoggettamento del datore di lavoro all'obbligo contributivo e, insieme, all'obbligo di indennizzo si tradurrebbe in un ingiustificato arricchimento dell'ente previdenziale.

L'opposto orientamento, affermativo dell'assoggettamento generale alla contribuzione, è espresso nelle sentenze 27 dicembre 1999 n. 14571 e 21 febbraio 2000 n. 1950, che così lo giustificano:

A 1) L'assicurazione dei lavoratori dipendenti contro le malattie si ispira non al

principio mutualistico bensì a quello di solidarietà, vale a dire all'assenza di necessaria correlazione fra contributo e prestazione.

B 1) L'imposizione dell'obbligo di indennizzo sul datore di lavoro ad opera del contratto collettivo non esclude che l'INPS debba pagare l'indennità al lavoratore nel caso di superamento del periodo di cosiddetto comporto o nel periodo di disoccupazione o di sospensione dal lavoro, ai sensi dell'art. 1, comma 6, D.L. 30 dicembre 1979 n. 663 conv. in L. 29 febbraio 1980 n. 33. In tali casi il datore di lavoro non potrebbe invocare l'assenza di sinallagma per sottrarsi al pagamento dei contributi.

C 1) Il rapporto di assicurazione obbligatoria è disciplinato dalla legge con disposizioni imperative, non derogabili dall'autonomia privata, sia pure collettiva.

5. — Ritengono queste Sezioni unite di aderire al secondo degli illustrati ed opposti orientamenti.

È, anzitutto, opinione comunemente ricevuta che il fondamento della previdenza sociale stia nel principio di solidarietà, onde il concetto di sinallagma, ossia di equilibrio di obbligazioni corrispettive, risulta insufficiente alla rappresentazione del sistema. Ed infatti all'apporto contributivo delle categorie interessate si accompagna il costante intervento finanziario dello Stato e quindi della solidarietà generale.

Per di più manca talvolta il legame tra contributi o prestazioni, come nel caso dei contributi di mera solidarietà (cfr. Corte Cost. n. 26 del 2003) o di contribuzione figurativa o, ancora, quando debba operare il principio di automaticità delle prestazioni, di cui all'art. 2116 cod. civ..

Né l'ammontare delle prestazioni è necessariamente proporzionale a quello dei contributi, dipendente dalla quantità della retribuzione imponibile, dalla varietà delle aliquote di computo, dall'età dell'assicurato e nel lungo periodo anche dalle variazioni del prodotto interno (nazionale) lordo.

Poiché, in definitiva, non esiste tra prestazioni e contributi un nesso di reciproca giustificazione causale, ben può persistere l'obbligazione contributiva a carico del datore di lavoro anche quando per tutti o per alcuni dei lavoratori dipendenti l'ente previdenziale non sia tenuto a certe prestazioni.

6. — Occorre aggiungere che l'obbligazione contributiva previdenziale partecipa della natura delle obbligazioni di natura pubblicistica, equiparabili a quelle tributarie a causa della origine legale e della destinazione ad enti pubblici e quindi all'espletamento di funzioni sociali (Cass. 21 luglio 1969 n. 2727).

Non si concorda sulla possibilità di classificare i contributi previdenziali come imposte speciali, di ammontare non collegato all'entità delle prestazioni ma ormai affidato solo a scelte di politica legislativa, o come contributi speciali, ma è certo che essi costituiscono oggetto di un'obbligazione pubblica e, quindi, di un rapporto nato dalla legge, da essa esclusivamente regolato e pertinente alla finanza complementare dello Stato.

Per tale ragione la giurisprudenza esclude la compensabilità tra i crediti degli enti previdenziali per contributi assicurativi ed i crediti vantati verso i medesimi dai datori di lavoro, stante la natura privatistica di questi e pubblicistica di quelli, certamente indisponibili nei sensi dell'art. 1246, n. 5, cod. civ. (Cass. 27 maggio 1982 n. 3264).

Per la stessa ragione l'accertamento sul rapporto di lavoro subordinato, contenuto in una sentenza definitiva, non esplica efficacia riflessa di giudicato nel processo fra datore di lavoro ed ente previdenziale: il rapporto previdenziale, pubblicistico, è infatti *res inter alios acta* rispetto al rapporto privatistico di lavoro (Cass. 8 novembre 1995 n. 11622).

Tutto ciò comporta che il regime legale della contribuzione non può essere alterato, come esattamente afferma Cass., n. 14571 del 1999 cit., da statuizioni dell'autonomia privata. Tali debbono oggi ritenersi quelle contenute nei contratti collettivi, a differenza di quelle vigenti nel regime corporativo, soppresso dal D.L. 5 agosto 1943 n. 721 e dal decreto luogotenenziale 23 novembre 1944 n. 369.

Diversa è la collocazione del contratto collettivo nell'ambito delle fonti del diritto oggettivo, a seconda che si consideri il soppresso ordinamento corporativo o quello attuale.

Nel primo la legge 3 aprile 1926 n. 563 "sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro" stabiliva che le associazioni sindacali legalmente riconosciute dei datori di lavoro e dei lavoratori avessero la personalità giuridica e la rappresentanza legale di tutti i soggetti per cui erano state costituite, "vi siano o non vi siano iscritti" (art. 5). I contratti collettivi da esse stipulati avevano effetto verso tutti i soggetti rappresentati (art. 10, primo comma).

Essi erano, dunque, fonti del diritto eteronome in quanto, a differenza dei contratti di diritto comune (artt. 1098 cod. civ. 1865, 1321 e 1324 cod. civ. 1942), esplicavano efficacia anche *erga non volentes*, e venivano inseriti fra le "norme di diritto" dall'art. 1 n. 3 delle preleggi.

Avveniva così che norme vincolanti *erga omnes* e inderogabili venivano poste da soggetti diversi dallo Stato, ciò che, vigente lo Statuto albertino, costituiva una innovazione di diritto costituzionale.

Con la suddetta soppressione dell'ordinamento corporativo i contratti collettivi, ormai efficaci soltanto *in volentes*, sono stati riportati nella categoria dei negozi giuridici di diritto privato, alla quale appartengono anche i contratti aziendali, benché talvolta se ne estenda l'efficacia a lavoratori non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti (Cass. 11 novembre 1987 n. 8325, 2 maggio 1990 n. 3607, 5 luglio 2002 n. 9764).

Da ciò consegue che l'espromissione dell'ente previdenziale dal debito indennitario, con liberazione *ex lege*, non può assumere oggi, in regime di contratti collettivi di diritto comune, gli stessi significati ed effetti di quelli propri del regime corporativo, ancor vivo quando entrò in vigore la legge n. 138 del 1943, e in particolare non può alterare il regime della contribuzione.

Vigente l'ordinamento corporativo, anche la misura dei contributi previdenziali era rimessa al contratto collettivo o agli organi sindacali competenti ad emettere atti con efficacia generale, (artt. 9 e 4 1. ult. cit.); la natura eteronoma della fonte faceva sì che essa potesse anche determinare la misura di una prestazione pecuniaria pubblicistica.

Nell'ordinamento civilistico l'espromissione volontaria non influisce sul rapporto tra espromittente (nella specie, il datore di lavoro) e debitore originario (l'ente previdenziale), tant'è vero che il primo non può opporre al creditore (il lavoratore) le eccezioni relative al rapporto col secondo (art. 1272 cod. civ.); perciò l'espromissione non comporta necessariamente la liberazione dell'espromittente da debiti verso il debitore originario.

Una volta riportati i contratti collettivi nell'ambito dei negozi giuridici di diritto privato, l'"inammissibile duplicità di pagamenti aventi la stessa causa" e l'"ingiustificato arricchimento" dell'ente previdenziale, ossia la mancanza di giustificazione causale del pagamento del contributo previdenziale paventata nella sent. n. 13535 del 1999 cit., potrebbe aversi anche nel caso in cui fosse il contratto individuale di lavoro ad imporre al datore il trattamento di malattia: se la prospettata eventualità fosse reale, con il conseguente esonero dalla contribuzione, basterebbe una pattuizione tra singoli privati a cancellare un'obbligazione assimilabile a quella tributaria, gravante su uno di loro ed imposta dalla legge a favore di un ente pubblico.

8. — Con i contratti collettivi di diritto comune l'esonero dell'ente dal trattamento ai malattia vale solo nei confronti dei lavoratori iscritti ai sindacati stipulanti e perciò destinatari del contratto collettivo. L'intervento di questo in materia di assicurazione contro la malattia si pone perciò solo come eventualità e comunque non si verifica in caso di inapplicabilità soggettiva del contratto.

Inoltre, l'art. 1, comma 6, D.L. 30 dicembre 1979 n. 663 conv. in L. 29 febbraio 1980 n. 33, stabilisce che l'INPS provvede direttamente al pagamento delle prestazioni di malattia per i lavoratori disoccupati o sospesi dal lavoro e non fruitori della cassa integrazione guadagni.

Ulteriore giustificazione causale dell'obbligo contributivo in questione (Cass. n. 1950 del 2000).

9. — Né alcuna influenza sulla questione di diritto qui in esame esplicano gli artt. 74 L. n. 833 del 1978 e 14 L. 23 aprile 1981 n. 155, i quali, imposto all'INPS l'obbligo di erogare le prestazioni economiche di malattia e lasciate al Servizio sanitario nazionale le sole prestazioni sanitarie, forniscono all'Istituto la provvista, consistente nella quota parte dei contributi di legge, determinandone altresì l'aliquota.

Secondo la tesi qui non accolta, e sulla quale le ricorrenti insistono soprattutto nella memoria presentata in prossimità dell'udienza, la specifica destinazione del contributo INPS, con distinta aliquota, ai trattamenti di malattia sottrarrebbe il contributo stesso ai principi ed al regime generale della contribuzione previdenziale per riportarlo ai principi dell'assicurazione privata, facendone una prestazione corrispettiva (ancorché nell'ambito di un rapporto aleatorio) ossia giustificata sotto il profilo causale soltanto dalla eventualità della controprestazione.

Non sembra, tuttavia, che questa *ratio* possa essere attribuita alle norme testé citate e, quindi, al capoverso dell'art. 6 L. n. 138 del 1943.

La possibile e illimitata diffusione di contratti collettivi idonei a sottrarre intere categorie di lavoratori alla previdenza sociale contro la malattia potrebbe diminuire le risorse dell'ente pubblico al punto da porre in pericolo l'adempimento dei debiti verso gli assicurati ossia potrebbe generare, usando il lessico dell'obbligazione civilistica, una pericolosa menomazione della garanzia patrimoniale generale (art. 2740 cod. civ.) offerta ai creditori dall'ente debitore.

Eventualità negativa che poteva essere remota quando, nel regime corporativo, la contrattazione collettiva era ispirata a criteri pubblicistici ossia anche a valutazioni di economia generale, ma che è incombente nel sistema di relazioni industriali affidato al diritto privato.

In conclusione la specifica destinazione dei contributi INPS di malattia non infirma le considerazioni svolte sopra ossia non esclude né il fondamento solidaristico né la natura tributaria, o se si vuole parafiscale di quei contributi e quindi l'indisponibilità del relativo obbligo ad opera di negozi giuridici di diritto privato.

L'affermazione, contenuta nella memoria delle ricorrenti, secondo cui l'INPS non pretende i contributi di malattia da certe imprese e per certe categorie di lavoratori, tende inammissibilmente ad ampliare il tema della controversia attraverso la prospettazione di fatti nuovi nel giudizio di legittimità.

10. — In conclusione, si deve affermare il principio secondo cui l'art. 6, secondo comma, L. n. 138 del 1943, che esonera l'INPS dal pagamento dell'indennità quando il trattamento economico di malattia venga corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro in misura non inferiore a quella fissata dai contratti collettivi, non vale ad escludere l'obbligo di contribuzione previdenziale a favore dell'INPS.

A questo principio si è uniformato il Tribunale nella sentenza qui impugnata onde il ricorso va rigettato; mentre il sopra illustrato contrasto di giurisprudenza induce alla compensazione delle spese processuali.

(Omissis)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Processo civile - Controversie - Procedimento spese giudiziali - Esonero in caso di soccombenza - Beneficiari - Ogni ricorrente indipendentemente dal livello reddituale - Fondamento.

Corte di Cassazione - 12.11.2003, n. 17061 - Pres. Mileo - Rel. Roselli - P.M. De Augustinis (Conf.) - omissis (Avv. Concetti) - INPS (Avv.ti (De Angelis, Di Lullo, Valente)).

Il beneficio dell'esonero dalle spese per soccombenza, previsto dall'art. 152 delle disp. att. cod. proc. civ. in favore del lavoratore soccombente nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali, è applicabile in favore di tutti i lavoratori, e non soltanto in favore dei non abbienti, atteso che la ratio della norma, desumibile anche dalle sentenze n. 85 del 1979 e n. 207 del 1994 (1) della Corte Costituzionale, è quella di evitare che il timore della soccombenza sulle spese impedisca l'esercizio di diritti garantiti dalla Costituzione, fermo il limite della manifesta infondatezza e temerarietà della lite.

FATTO — Ritenuto

— che con sentenza del 15 giugno 2000 il Tribunale di Macerata confermava la sentenza pretorile di rigetto della domanda proposta da *omissis* contro l'INPS ed intesa ad ottenere un assegno ordinario di invalidità;

— che il Tribunale al rigetto dell'appello faceva conseguire la condanna dell'assicurata al pagamento delle spese processuali;

— che contro questa sentenza ricorre per cassazione la *omissis* mentre l'INPS resiste con controricorso;

— che il Pubblico ministero ha chiesto l'accoglimento del ricorso.

DIRITTO — Considerato

— che con l'unico motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ., data dall'aver il Tribunale condannato al pagamento delle spese la soccombente in una causa previdenziale, pur non avendo ritenuto la domanda come infondata e temeraria;

— che il motivo è manifestamente fondato giacché la lettura della sentenza impugnata mostra come il collegio di merito non abbia ravvisato nella pretesa dell'attuale ricorrente alcun elemento di temerarietà (ciò bastando ad escludere il debito per le spese ai sensi dell'art. 152 cit.) ma abbia fatto conseguire la condanna al principio della soccombenza;

— che, perciò, cassata la sentenza impugnata e non occorrendo alcun accertamento in fatto, si può decidere, ai sensi dell'art. 384, primo comma, cod. proc. civ., nel senso

dell'esonero della *omissis* del pagamento delle spese dei gradi di merito;

— che la tesi del controricorrente INPS secondo cui la Corte costituzionale, nel dichiarare con la sent. n. 134 del 1994 (2) incostituzionalità dell'art. 4, comma 2, D.L. n. 384 del 1992 conv. in l. n. 438 del 1992, avrebbe ripristinato l'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. soltanto in favore "dei lavoratori non abbienti", é manifestamente priva di fondamento;

— che infatti nel dispositivo di quella sentenza la dichiarazione di illegittimità dell'art. 4, comma 2, cit. non é in alcun modo limitata e nella motivazione é detto come la norma contrasti con gli artt. 3 e 38 Cost. "nella sua interezza";

— che ivi la Corte costituzionale aggiunge come la distinzione fra lavoratori abbienti e non abbienti già "affidata alla discrezionalità del legislatore" e sia perciò estranea alla giustizia costituzionale;

— che pertanto l'esonero dalle spese processuali stabilito nell'art. 152 cit. conserva validità generale (Cass. 28 agosto 1997 n. 7776).

— che l'INPS, in quanto soccombente, va condannato a pagare le spese di questa fase del processo.

La Corte accoglie il ricorso.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 720

(2) *Idem, idem*, p. 499

Pensioni - Pensione sociale - In genere - Titolare di pensione sociale da prima dell'entrata in vigore del regolamento comunitario n. 1247 del 1992 - Trasferimento in paese membro della UE - Perdita o sospensione del diritto a pensione - Esclusione.

Corte di Cassazione - 12.11.2003, n. 17057 - Pres. Prestipino - Rel. La Terza - P.M. Nardi (Diff.) - Pallanti (Avv.Assennato) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).

In base alla disciplina transitoria prevista dall'art. 2 del regolamento comunitario n. 1247 del 1992, modificativo del regolamento comunitario n. 1408 del 1971, al titolare del diritto alla pensione sociale, conseguito nella vigenza del regime precedente all'entrata in vigore del regolamento modificativo, continua ad applicarsi la previsione di cui all'art. 10 del regolamento comunitario n. 1408 del 1971 (cosiddetto "revoca delle clausole di residenza"), in virtù della quale egli non perde il diritto alla pensione, né può essere sospesa l'erogazione di essa per effetto del trasferimento del beneficiario nel territorio di uno Stato membro dell'UE.

FATTO — Con sentenza del 27 aprile 2000 il Tribunale del lavoro di Arezzo, dichiarava il diritto della ricorrente Pallanti Margherita a percepire dall'INPS la pensione sociale dal primo ottobre 1998, primo giorno del mese successivo al suo rientro in Italia, affermando che la prestazione era stata sospesa dal momento del trasferimento in Francia, per cui al suo ritorno si erano automaticamente ripristinate le condizioni per la sua erogazione, stante la ricorrenza del limite reddituale.

Sull'appello dell'INPS la Corte d'appello di Firenze riformava la statuizione, rigettando la pretesa della Pallanti.

La Corte territoriale — premesso che a partire dal primo gennaio 1996, *ex art. 3* comma 6 della legge n. 335 del 1995, la “pensione” sociale era stata sostituita dall’“assegno” sociale, anch'esso spettante ai cittadini italiani ultra sessantacinquenni residenti in Italia, in possesso di redditi limitati ad un certo ammontare — affermava che erroneamente detta prestazione era stata riconosciuta dal Giudice di primo grado nella vigenza della nuova normativa, nonostante questa prescrivesse limiti reddituali più bassi rispetto a quelli posseduti dall'interessata, sul rilievo che la pacifica mancanza del requisito reddituale prescritto per l'assegno sociale, era sufficiente da sola a giustificare il rigetto della domanda, avendo l'assegno ormai sostituito la pensione sociale; restava così assorbita, secondo la Corte di Firenze, la questione relativa alla permanenza del diritto a seguito del trasferimento in uno degli stati membri della Comunità Europea; in ogni caso la volontà di rinunciare al diritto, chiaramente espressa dalla Pallanti, con l'assistenza del Patronato INCA, aveva indotto l'INPS alla eliminazione della prestazione dal novembre 1997.

Avverso detta sentenza la Pallanti propone ricorso affidato ad un unico complesso motivo illustrato da memoria.

Resiste l'INPS con controricorso.

DIRITTO — La ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 26 e 29 della legge n. 153 del 1969, dell'art. 3 legge n. 335 del 1995, dell'art. 51 del Trattato CEE, della legge n. 1203 del 1957, degli artt. 4 nn. 1 e 4 e 10 del regolamento comunitario 14.6.71 n. 1408, nonché difetto di motivazione. Sostiene la ricorrente che la questione della permanenza del diritto alla pensione sociale a seguito del trasferimento in uno degli stati della Comunità sarebbe rimasta erroneamente assorbita a seguito della sua asserita rinuncia alla pensione sociale di cui godeva dal 1985 e che altrettanto erroneamente sarebbe stato ritenuto, nella vigenza della nuova normativa, la sussistenza del diritto all'assegno sociale nella ricorrenza delle prescritte condizioni; al contrario, per effetto del principio di indisponibilità dei diritti pensionistici, né il trasferimento in Francia, né la rinuncia potevano caducare il diritto alla pensione sociale, perché il soggiorno all'estero potrebbe determinare solo una mera sospensione del trattamento, che dovrebbe essere automaticamente ripristinato al momento del ritorno, alle medesime condizioni vigenti in precedenza; la ricorrente richiama altresì la giurisprudenza di legittimità la quale afferma che in forza del Trattato, del regolamento comunitario e delle sentenze della Corte di Giustizia, il requisito della residenza in Italia non ha efficacia nei confronti dei cittadini italiani che trasferiscono la residenza in uno degli stati della Comunità.

Il ricorso è fondato.

Contrariamente a quanto affermato dalla sentenza impugnata, la legge n. 335/95 (art. 3 comma 6) non ha eliminato il diritto alla pensione sociale per coloro che ne godevano prima del primo gennaio 1996, ma ha introdotto in sua sostituzione, ma solo a partire dal primo gennaio 1996, l'assegno sociale, sottoponendolo a più rigorosi limiti di reddito. Non era quindi sufficiente verificare, per negare il diritto alla prestazione, il superamento dei limiti di reddito prescritti per l'assegno sociale, occorrendo invece valutare preliminarmente se il trasferimento in Francia avesse comportato o no la caducazione della pensione sociale in godimento fin dal 1985, perché in caso positivo (come sostiene l'INPS) la domanda di ripristino avanzata nel 1997 dopo il rientro in Italia dovrebbe essere considerata come nuova domanda, e cioè ormai come domanda di assegno sociale, cui applicare i più rigorosi limiti di reddito; mentre in caso negativo, non vi è dubbio che la ricorrente, al suo rientro in Italia avrebbe diritto al ripristino della pensione sociale, con i più favorevoli limiti di reddito previsti per questa prestazione.

A) Occorre prendere le mosse dalla previsione di cui all'art. 10 del regolamento comunitario n. 1408 del 1971 che prevede la cd. "revoca delle clausole di residenza". La disposizione recita come segue: "Salvo quanto diversamente disposto dal presente regolamento, le prestazioni in denaro per invalidità, vecchiaia, o ai superstiti, le rendite per infortunio sul lavoro o per malattia professionale e gli assegni in caso di morte, acquisiti in base alla legislazione di uno o più Stati membri, non possono subire alcuna riduzione, né modifica, né sospensione, né soppressione, né confisca per il fatto che il beneficiario risiede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel quale si trova l'istituzione debitrice".

b) In un primo momento si ebbe a dubitare dell'applicabilità di detta clausola alla pensione sociale, considerato che detta prestazione poteva rientrare, da un lato, nella sfera di operatività dell'art. 4 paragrafo 2 del citato regolamento del 1971, ove si includono anche le prestazioni a carattere non contributivo, e, dall'altro lato, poteva considerarsi invece esclusa in quanto facente parte dell'assistenza sociale, espressamente espunta dall'ambito di operatività del regolamento in esame dall'ultimo paragrafo del medesimo art. 4.

c) La Corte di giustizia, cui era stata rimessa l'interpretazione degli artt. 4 e 10 del regolamento, con la sentenza del 5 maggio 1983, affermò che la pensione sociale ha carattere previdenziale e che quindi è assimilabile alla pensione di vecchiaia, per cui la revoca della clausola di residenza (di cui al già citato art. 10) interessa anche questo beneficio. Alla giurisprudenza della Corte di giustizia si adeguò la giurisprudenza di questa Corte con le sentenze n. 8508 del 21 agosto 1990 (1), e n. 9884 del 21 settembre 1991.

d) Il regolamento comunitario del 1971 venne modificato ad opera del regolamento successivo n. 1247/92, il quale ha introdotto l'art. 10 *bis*, il quale recita così. "Nonostante l'art. 10 ed il titolo III, le persone alle quali il presente regolamento è applicabile, beneficiano delle prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo di cui all'art. 4 paragrafo 2 *bis* esclusivamente nel territorio dello stato membro nel quale esse risiedono ed in base alla legislazione di tale Stato, purché tali prestazioni siano menzionate nell'allegato II *bis*. Tali prestazioni sono erogate a carico dell'istituzione del luogo di residenza". Non essendovi dubbio che la pensione sociale sia una prestazione speciale in denaro a carattere non contributivo che rientra nel art. 4 paragrafo 2 *bis* (in quanto prevista in via suppletiva alla prestazione di vecchiaia), e poiché la medesima è espressamente indicata nell'allegato II *bis*, unitamente alle prestazioni assistenziali (pensioni ed assegni spettanti ai mutilati e

invalidi civili, ciechi, sordomuti, integrazione al trattamento minimo ecc.), si dovrebbe concludere che alla pensione sociale medesima, alla stregua dell'art. 10 *bis*, non è più applicabile la cd. revoca delle clausole di residenza, per cui il trasferimento del beneficiario in altro Stato membro dell'Unione farebbe venire meno irrevocabilmente il diritto alla prestazione, con la conseguenza che la domanda di ripristino avanzata dalla ricorrente dovrebbe considerarsi nuova domanda, soggetta alle nuove regole introdotte dal gennaio 1996 dalla citata legge 335/95.

e) Trattandosi però di prestazione che era stata riconosciuta nel 1985, e quindi prima dell'entrata in vigore del citato regolamento modificativo n. 1247/92, va applicata la disciplina transitoria dal medesimo prevista, la quale (art. 2) così recita: "La applicazione dell'art. 1 non può avere per effetto la soppressione di prestazioni erogate anteriormente all'entrata in vigore del presente regolamento da parte delle istituzioni competenti degli Stati membri in conformità al titolo III del regolamento CEE n. 1408/71, e a cui si applicano le disposizioni dell'art. 10 del medesimo regolamento". Ne consegue che la pensione sociale della ricorrente, conseguita nella vigenza del regime di revoca delle clausole di residenza, che viene fatto salvo dalla citata disciplina transitoria, non poteva essere né soppressa, e neppure sospesa a seguito del trasferimento in Francia della titolare, di talché persiste il suo diritto alla prestazione con i più favorevoli limiti reddituali previsti per la pensione sociale, e non già con i limiti più rigorosi previsti per l'assegno sociale.

Ne consegue altresì che la attuale ricorrente avrebbe avuto diritto anche al pagamento dei ratei relativi al periodo di residenza in Francia, posto che ai sensi del citato art. 10 detta prestazione non era passibile di sospensione a causa del trasferimento di residenza in altro Stato membro; detto diritto tuttavia è precluso dal giudicato formatosi sul punto, non essendo stata impugnata con appello incidentale dalla attuale ricorrente la statuizione del primo giudice che aveva limitato l'accoglimento della domanda al ripristino della prestazione dal primo ottobre 1998, primo giorno del mese successivo al riacquisto della residenza in Italia.

Ciò premesso è parimenti erronea la sentenza ove ricollega effetti alla rinuncia al diritto che l'interessata avrebbe comunicato all'INPS, stante il principio, desumibile dall'ultimo comma dell'art. 2115 cod. civ., di irrinunciabilità del diritto a pensione (cfr. tra le tante Cass. n. 9729 del 7 ottobre 1997).

Il ricorso va quindi accolto e la sentenza impugnata va cassata. Non essendovi necessità di ulteriori accertamenti in fatto, giacché non è stata impugnata l'affermazione del primo giudice sulla sussistenza del requisito reddituale prescritto per il diritto alla "pensione" sociale, la causa può essere decisa nel merito, con la condanna dell'IPS al ripristino della pensione sociale a decorrere dal primo novembre 1998 (primo giorno del mese successivo al riacquisto della residenza in Italia), con gli interessi di legge sui ratei scaduti. Va confermata la statuizione sulle spese della sentenza di primo grado, mentre vanno poste a carico dell'INPS sia le spese del giudizio d'appello, sia le spese del presente giudizio, liquidate come da dispositivo.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 435.

Contributi - Contributi unificati in agricoltura - Servizio per i contributi - Elenchi - Compartecipanti familiari - Diritto alla iscrizione - Presupposti - Prova della sussistenza del rapporto di lavoro - Sufficienza - Esclusione - Fattispecie.

Corte di Cassazione - 10.11.2003, n. 16865 - Pres. Senese - Rel. Mercurio - P.M. Destro (Conf.) - Bisanti (Avv. Gullo) - INPS (Avv.ti Pulli, Ponturo, Fonzo).

Il diritto dei compartecipanti familiari alla iscrizione negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli si fonda sugli elementi di fatto che legittimano l'esistenza del rapporto contrattuale (apporto di lavoro del conferente, legato da vincoli di parentela, affinità o coniugio con il concessionario, nei limiti consentiti dall'assorbimento di manodopera sul fondo) e gli adempimenti amministrativi richiesti hanno la funzione di consentire la verifica della reale esistenza, consistenza e modalità di svolgimento del rapporto stesso. Ne consegue che per l'accertamento di tale diritto non è sufficiente la sussistenza di un rapporto di lavoro, indipendentemente dal numero delle giornate di lavoro prestate (Nella specie, la Corte Cass. ha confermato la sentenza di merito, che aveva respinto la domanda di accertamento del diritto all'iscrizione per mancanza di prova sul numero di giornate effettivamente lavorate, rilevando l'assenza nel ricorso di ogni riferimento alla consistenza della compartecipazione familiare e la circostanza che la dimostrazione del fabbisogno lavorativo del fondo non valeva a dimostrare quale fosse stato il numero dei giorni dedicati dalla ricorrente alla lavorazione).

FATTO — La sig.ra Donata Bisanti ricorre per la cassazione della sentenza, indicata in epigrafe, del Tribunale di Lecce che ha respinto, nel merito, la domanda da lei proposta nei confronti dell'Istituto nazionale della previdenza sociale per ottenere, in qualità di compartecipante familiare addetta ad attività agricole su determinati fondi, l'iscrizione negli elenchi anagrafici agricoli per l'anno 1993.

Il Tribunale ha ritenuto, per quanto ancora interessa la vicenda, che le prove assunte non offrivano alcun'indicazione sul numero delle giornate lavorate dall'odierna ricorrente e che il fabbisogno lavorativo del fondo, rapportato all'estensione e alle colture praticate, per il quale era stato denunciato il rapporto di compartecipazione familiare, risultava di 95 giornate, secondo quanto accertato da apposita CTU, e non di 102, come richiesto dalla Bisanti.

Contro questa sentenza la ricorrente prospetta due motivi di ricorso per cassazione. Resiste l'Istituto con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo di ricorso per cassazione la ricorrente denuncia la violazione ed erronea applicazione dell'art. 15, DPR 3 febbraio 1970, n. 7 e dell'art. 9, D.Lgs. 11 agosto 1993, n. 375, in relazione all'art. 113, cod. proc. civ., oltre a vizi di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, cod. proc. civ.), perché, stante il diritto all'iscrizione

negli elenchi anagrafici agricoli “indipendentemente dal numero delle giornate prestate, dovendosi avere solo riguardo alla sussistenza di un rapporto di lavoro... di natura subordinata o associativa (nella specie di compartecipazione familiare)...”, il Tribunale, in applicazione dell’art. 113, cod. proc. civ. e del principio del rapporto di continenza, in un *petitum* più ampio, del *petitum* più limitato (come avviene in caso di pensione d’inabilità/assegno d’invalidità o in caso di reintegrazione/riassunzione a seguito di licenziamento) avrebbe dovuto accogliere la domanda d’iscrizione limitatamente a 95 giornate.

Con il secondo mezzo lamenta l’omessa e insufficiente motivazione della sentenza per avere il Giudice d’appello ritenuto carente di prova il numero delle giornate da lei svolte sui fondi in questione, senza tener conto, nell’ottica del principio di ragionevolezza che deve presiedere anche il giudizio civile, della difficoltà della prova sul numero delle giornate lavorate, sia in considerazione della posizione dei fondi, collocati in zone non molto frequentate e della saltuarietà del lavoro agricolo in relazione al ciclo della coltura praticata, sia della valutazione approssimativa, a carattere presuntivo e non assoluto, della CTU.

Appare opportuno, per ragioni di priorità logica, esaminare per primo il secondo motivo di gravame, la cui genericità appare evidente laddove, suggerendo d’importare nel processo civile un istituto proprio del giudizio di costituzionalità delle leggi (in cui il limite di costituzionalità della norma sospettata d’incostituzionalità si definisce attraverso il suo confronto con la regola costituzionale, invocata come misura di paragone, sicché il conseguente giudizio consiste in una ragionevole verifica dell’interpretazione bilanciata di due norme di diversa valenza), si propone surrettiziamente di allentare il canone fondamentale dell’acquisizione della prova sul fatto costitutivo della pretesa, ovvero sulla realtà in contestazione, edulcorandone il principio e fondandolo su una ragionevole interpretazione della prova, che sfilaccia ulteriormente il confine costituito dal principio del libero convincimento del giudice del merito, intangibile se idoneamente e congruamente motivato.

In particolare, attraverso quest’impostazione, la ricorrente tenta di annullare, al di fuori della regola dell’art. 360, n. 5, cod. proc. civ., che consente di confutare una motivazione carente nell’analisi di un dato altrimenti decisivo, la valutazione del Tribunale, secondo la quale non è stata raggiunta la prova della “precisa indicazione del numero delle giornate lavorative effettuate dall’appellante sui fondi indicati in atti”.

Infatti, l’impugnazione si limita a contestare, attraverso l’accennato *escamotage*, il giudizio del Tribunale per il quale “...le prove testimoniali assunte ...non hanno offerto alcuna precisa indicazione in ordine al numero delle giornate lavorative effettuate dall’appellante sui fondi indicati in atti...”, mentre “la CTU... ha invece accertato che sulla base delle colture praticate il fabbisogno lavorativo dei fondi in relazione ai quali è stato denunciato il rapporto di compartecipazione familiare è di 95 giornate”.

Quanto al primo motivo d’impugnazione l’affermazione secondo cui “il diritto alla iscrizione negli elenchi anagrafici agricoli è indipendente dal numero delle giornate prestate, dovendosi avere solo riguardo alla sussistenza di un rapporto di lavoro” appare apodittica e non merita di essere assecondata.

Essa prescinde dall’individuazione degli elementi di fatto che legittimano l’esistenza del rapporto contrattuale su cui si basa la compartecipazione familiare relativamente

all'attività agricola dedotta (contratto di compartecipazione tra concessionario e concedente, composizione del nucleo familiare occupato, ovvero stato di famiglia, ripartizione delle giornate di lavoro tra ciascun compartecipe, derivante dall'applicazione dei valori medi d'estensione e ubicazione del fondo, colture e allevamenti praticati, ecc., (v. art. 7, D.L. 3 febbraio 1970, n. 7, commi 2, 3 e 4, nonché art. 6, commi 3 e 4 D.Lgs. n. 375/93, ora confermato dall'art. 4, commi 12 e 13, del D.L. n. 40/96, infine convertito dalla l. n. 608/96).

Nella compartecipazione familiare (che non ha natura associativa come avviene, invece, nella colonia parziaria, né trova fondamento nell'art. 230 *bis*, cod. civ.), l'elemento caratterizzante è dato dall'apporto del lavoro del conferente, legato da vincoli di parentela, affinità o coniugio, con il concessionario, nei limiti consentiti dall'assorbimento di manodopera sul fondo.

In questo contesto gli adempimenti amministrativi richiesti agli interessati hanno l'obiettivo di consentire la verifica della reale esistenza, consistenza e modalità del suo svolgimento.

La ricostruzione normativa della figura del compartecipante familiare risale al R.D. 24 settembre 1940, n. 1949, in tema, tra l'altro, di "modalità per l'accertamento dei lavoratori dell'agricoltura", dove fu previsto, all'art. 12, che "per ciascun comune" doveva essere compilato "l'elenco nominativo dei lavoratori dell'agricoltura, distinti in ... coloni e mezzadri, compartecipanti, familiari. L'elenco dei mezzadri e coloni deve indicare i componenti della famiglia e l'età di ciascuno".

La disposizione appena riferita trova il suo esplicito richiamo nell'art. 7, comma 2°, del D.L. 3 febbraio 1970, n. 7.

Vi si legge infatti: "Ai fini della compilazione degli elenchi di cui al numero cinque, (ovvero dell'elenco nominativo dei lavoratori agricoli subordinati di cui, appunto, all'art. 12, R.D. 1949/40, come esplicita al n° 5, il precedente comma, che elenca i compiti della commissione locale per la manodopera agricola), la commissione locale per la manodopera agricola ha altresì il compito di accertare, su richiesta motivata degli interessati, le giornate prestate dai compartecipanti familiari, piccoli coloni e coltivatori diretti di cui all'art. 8 della l. 12 marzo 1968, n. 334".

Il successivo terzo comma esplicita: "Per l'accertamento, ai fini previdenziali e contributivi delle giornate di lavoro di cui al comma precedente, si applicano i valori medi d'impiego di manodopera per singola coltura e per ciascun capo di bestiame, stabiliti con deliberazione delle commissioni provinciali di cui all'art. 4 della l. 12 marzo 1968, n. 334, avuto riguardo ai modi correnti di coltivazione dei terreni e di allevamento e custodia del bestiame, nonché alle consuetudini locali".

È significativo, a questo riguardo, richiamare anche il successivo comma quinto, che consente, con espresso riferimento ai compartecipanti familiari, ai piccoli coloni e ai coltivatori diretti di cumulare "le giornate accertate a quelle prestate dai medesimi soggetti in qualità di lavoratori subordinati".

Infatti, il compartecipante familiare è "equiparato, ai fini dei contributi e delle prestazioni previdenziali, ai giornalieri di campagna" (art. 8, l. 12 marzo 1968, n. 334).

In questa ricostruzione sovviene, infine, il decreto legislativo 11 agosto 1993, n.

375, che all'art. 6, commi 3, 4 e 5, per la "dichiarazione della manodopera occupata", recita:

3) I concedenti dei terreni a compartecipazione familiare e a piccola colonia sono tenuti a presentare agli uffici provinciali dello SCAU (ora INPS, ex art. 19, l. 23 dicembre 1994, n. 724) competenti per territorio, su apposito modulo predisposto dal Servizio stesso, una dichiarazione concernente la composizione del nucleo familiare occupato nella coltivazione del fondo, l'estensione e l'ubicazione dei terreni, le colture e gli allevamenti di specie animali praticati.

4) La dichiarazione di cui al comma 3, controfirmata dal titolare concessionario, deve essere prodotta entro trenta giorni dalla stipula del contratto e, successivamente, entro il 30 gennaio di ciascun anno; detta dichiarazione è altresì presentata, nei casi di variazioni intervenute nel corso dell'anno e riferibili ai dati precedentemente dichiarati o accertati, entro trenta giorni dalla data dell'evento. Copia della dichiarazione deve essere consegnata al titolare concessionario perché possa utilizzarla ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 7, comma secondo, del D.L. 3 febbraio 1970, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 marzo 1970, n. 83. Qualora il concedente ometta di presentare la dichiarazione, la stessa può essere presentata dal concessionario entro sessanta giorni dall'inizio di ciascun anno. L'ufficio provinciale dello SCAU effettua l'accertamento sulla sussistenza del rapporto e ne comunica l'esito ai diretti interessati, nonché alla commissione circoscrizionale per il collocamento in agricoltura.

5) Il fabbisogno di manodopera per ciascun fondo concesso a compartecipazione familiare e piccola colonia continua ad essere determinato secondo le modalità previste dall'art. 7, commi terzo e quarto, del D.L. 3 febbraio 1970, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 marzo 1970, n. 83.

6) Le dichiarazioni di cui al presente articolo fanno fede a tutti gli effetti, ferme restando le conseguenze di legge in caso di omissione o di attestazione reticente o infedele degli elementi in esse contenuti".

Il mancato approfondimento, nel ricorso, del complesso delle riferite circostanze impedisce un esame appropriato della censura e svuota di contenuto l'adombrata questione circa un'ipotetica continenza, nella domanda originaria, di un *petitum* inferiore, non solo perché, come detto, manca ogni riferimento alla consistenza della compartecipazione familiare, non essendo stato identificato, nel rispetto del principio di autonomia del ricorso per cassazione, desumibile dall'art. 366, cod. proc. civ., alcun elemento che dia ragione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, del rapporto, ma anche perché il fabbisogno lavorativo del fondo (accertato senza contestazione in 95 giornate) è cosa ben diversa dal numero dei giorni dedicati dalla ricorrente alla lavorazione, di cui le prove testimoniali non hanno saputo dare indicazioni persuasive.

Il ricorso, pertanto, non merita di essere accolto.

Non si fa luogo alla condanna del soccombente al pagamento delle spese processuali di questo giudizio di cassazione ex art. 152, disp. att. c.p.c..

(Omissis)

Contributi - Obbligo e diritto alle assicurazioni - Elementi del rapporto di assicurazione sociale - Contenuto contributi (prestazioni all'istituto assicuratore) - Società cooperative di produzione e lavoro - Erogazione del TFR - Soci lavoratori - Disciplina ex lege n. 196 del 1997 - Equiparazione ai lavoratori subordinati - Contributi versati nel periodo anteriore alla entrata in vigore di detta legge - Efficacia ai fini delle erogazioni del TFR a carico del Fondo di garanzia gestito dall'INPS, ex art. 24, comma 1, di detta legge - Conseguente obbligo di nuova corresponsione dei contributi stessi, restituiti a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 334 del 1995, dichiarativa della insussistenza dell'obbligo di versamento per detto periodo - Questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 Cost. - Manifesta infondatezza.

Corte di Cassazione - 10.11.2003, n. 16848 - Pres. Sciarelli - Rel. Lamorgese - P.M. Velardi (Conf.) - Coop. Portabagagli Firenze SCRL (Avv. Romoli) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo).

L'art. 24, comma 1, della legge n. 196 del 1997 (che, nel sancire la equiparazione dei soci delle cooperative di lavoro ai lavoratori subordinati, tra l'altro, in tema di tutela previdenziale con riguardo al trattamento di fine rapporto, ha stabilito che i contributi previdenziali versati dalle cooperative stesse in favore dei propri soci lavoratori al Fondo di garanzia gestito dall'INPS nel periodo anteriore alla data di entrata in vigore della citata legge, e restituiti a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 334 del 1995 (1), che aveva escluso la obbligatorietà di detta corresponsione con riferimento a quel periodo, dovessero essere nuovamente versati) manifestamente non si pone in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, posto che tale norma attribuisce efficacia ai versamenti precedenti la data di entrata in vigore della legge n. 196 del 1997 ai fini delle relative prestazioni, determinando l'obbligo a carico del Fondo di garanzia di corrispondere le quote di trattamento di fine rapporto maturate prima di detta data, solo con riguardo ai soci delle cooperative che abbiano versato i contributi, godendo le stesse della copertura del Fondo per il periodo pregresso, a differenza di quelle che, non avendo corrisposto i contributi nello stesso periodo, si trovano in una situazione differente dalle prime.

FATTO — Con sentenza del 14 maggio/2 luglio 1999 il Pretore di Firenze rigettava la domanda proposta dalla cooperativa Portabagagli Firenze a r.l., per ottenere dall'INPS la restituzione della somma di lire 242.683.145, versata per contributi al Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto. L'istante aveva dedotto di avere versato nel periodo agosto 1986/maggio 1996 contributi a favore del predetto Fondo per l'importo complessivo innanzi specificato, poi rimborsato dall'ente previdenziale a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 334 del 1995, e quindi di avere di

nuovo corrisposto all'INPS la medesima somma, in base all'art. 24 della legge 24 giugno 1997 n. 196, pagamento che però, a suo avviso, non era dovuto, data l'illegittimità costituzionale della norma che lo imponeva.

Impugnata la decisione dalla cooperativa, il Tribunale la confermava, con sentenza depositata il 27 luglio 2000, affermando l'obbligo della predetta società sulla base del tenore letterale dell'art. 24 della citata legge n. 196 del 1997, e dopo avere dichiarato manifestamente infondata la eccezione di illegittimità costituzionale della norma.

Avverso questa pronuncia la società soccombente ha proposto ricorso per cassazione, con due motivi, illustrati con memoria.

L'Istituto intimato ha resistito con controricorso.

DIRITTO — Il primo motivo di ricorso denuncia vizio di motivazione e critica la sentenza impugnata per avere ritenuto l'esistenza della controprestazione a fronte dell'obbligazione contributiva in questione, in base alla considerazione che il versamento dei contributi per il periodo anteriore all'entrata in vigore della legge avrebbe consentito la corresponsione, a carico del Fondo di garanzia e al verificarsi dei presupposti di legge, delle quote di trattamento di fine rapporto maturate prima di quella data. In tal modo, si sostiene in ricorso, il Tribunale non ha considerato che nel periodo 1986/1996, cui afferivano i contributi, la cooperativa non si trovava in alcuna delle situazioni che costituiscono il presupposto per l'intervento del Fondo di garanzia.

La censura non può essere accolta, poiché il punto cui fa riferimento la ricorrente non concerne la situazione di fatto presupposto per l'applicazione della norma.

Per meglio intendere la portata di questa, è opportuno evidenziare il contesto che determinò l'intervento legislativo. Invero, anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 196 del 1997, i soci di cooperative lavoro non avevano diritto alle prestazioni previste solo per i lavoratori subordinati, quali appunto quelle del Fondo di garanzia, gestito dall'INPS. Ciononostante talune cooperative avevano effettuato il versamento dei contributi al Fondo e la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, primo comma, legge 29 maggio 1982 n. 297, sulla disciplina del trattamento di fine rapporto, nella parte in cui non estendeva ai soci di cooperative di produzione e lavoro la tutela del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto, l'aveva dichiarata infondata, e quindi, a seguito di tale pronuncia, erano stati restituiti i contributi versati da quelle cooperative che avevano interpretato la norma nel senso opposto a quello affermato dal Giudice delle leggi. È poi intervenuta la legge 24 giugno 1997 n. 196, che al primo comma dell'art. 24 ha così stabilito: "Per i crediti dei soci delle cooperative di lavoro trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, e gli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80; restano salvi e conservano la loro efficacia ai fini delle relative prestazioni i contributi versati antecedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge. I contributi rimborsati saranno restituiti dagli organismi cooperativi all'ente previdenziale senza aggravio di oneri accessori entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

Secondo la giurisprudenza di questa Corte (v. sentenze 13 gennaio 2000 n. 304, 24 luglio 2000 n. 9712, 19 aprile 2001 n. 5759) la norma ha efficacia retroattiva e

tale retroattività è soltanto nei confronti delle cooperative che avevano già pagato i contributi al Fondo: infatti, l'insorgenza dell'obbligazione a carico del Fondo di garanzia di corrispondere ai soci lavoratori, nella ipotesi di insolvenza della cooperativa, le quote del trattamento di fine rapporto afferenti al periodo anteriore all'entrata in vigore della legge n. 196 del 1997, deriva dai versamenti dei contributi effettuati al Fondo prima della legge. Di conseguenza nessun rilievo può avere la circostanza negativa dedotta dalla ricorrente, che cioè essa a tale epoca non si trovava in alcuna delle situazioni integranti il presupposto per l'intervento del Fondo di garanzia.

Il secondo motivo deduce l'illegittimità costituzionale dell'art. 24 della citata legge n. 196 del 1997, in relazione al principio di cui all'art. 3 Cost. La norma — si sostiene in ricorso — nell'imporre alle cooperative, le quali in passato avevano effettuato il versamento dei contributi al Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto, ma il cui obbligo era stato escluso con la pronuncia della Corte costituzionale (sentenza 20 luglio 1995 n. 334), di corrispondere a quel titolo, nuovamente, le somme restituite, comporta violazione del principio di uguaglianza, perché sono riferite ad un rischio già esaurito e comunque fanno carico ad alcuni soggetti e non ad altri, assumendo a discriminare delle medesime situazioni soltanto un avvenuto spontaneo pagamento, al quale era seguita la restituzione.

La questione è manifestamente infondata. Si è già innanzi rilevato che la norma, attribuendo efficacia ai versamenti precedenti alla sua entrata in vigore ai fini delle relative prestazioni, determina l'obbligo del Fondo di garanzia del pagamento delle quote di trattamento di fine rapporto maturate prima della legge, sicché non si tratta di imposizione fiscale soltanto nei confronti di talune cooperative ed in relazione ai pagamenti effettuati.

Ciò poi esclude che sussista un'eguaglianza di situazioni fra le cooperative sia che avessero pagato i contributi al Fondo anteriormente alla legge n. 194 del 1997, sia che tanto non avessero fatto, avendo le prime la copertura del Fondo per il periodo pregresso a differenza delle altre che non possono usufruire di detto trattamento per il passato.

Né può ritenersi alcuna utilità per la cooperativa ricorrente ad una sentenza costituzionale additiva che affermi l'obbligo contributivo per tutte le cooperative, anche per i periodi pregressi all'entrata in vigore della legge più volte innanzi richiamata, e neppure la ricorrente può dolersi del discrimine individuato da detta normativa per l'assunzione da parte dell'INPS dell'obbligazione di pagamento delle quote di trattamento di fine rapporto inerenti ai periodi antecedenti alla normativa, discrimine che riguarda le cooperative che non fruiscono di detta copertura assicurativa.

Il ricorso va dunque rigettato.

Ricorrono giusti motivi per la integrale compensazione fra le parti delle spese del presente giudizio.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 1022.

Contributi - Soggetti obbligati - In genere - Società cooperative - Soci lavoratori - Disciplina contributiva relativa al lavoro subordinato - Applicabilità - Fondamento.

Contributi - Soggetti obbligati - In genere - Società cooperative - Cooperative sociali - Disciplina ex lege n. 381 del 1991 - Agevolazioni tributarie e contributive - Applicabilità a cooperative preesistenti alla entrata in vigore della legge - Esclusione - Fattispecie.

Corte di Cassazione - 7.11.2003, n. 16776 - Pres. Mileo - Rel. Cuoco - P.M. D'Angelo (Conf.) - SAP Coop. Soc. Servizio Auto Posteggi Custoditi Firenze (Avv.ti Cassiani, Bacci) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo).

A norma dell'art. 2, comma terzo, R.D. 28 agosto 1924, n. 1422, le società cooperative sono tenute a versare i contributi assicurativi per l'invalidità e la vecchiaia per tutti i soci lavoratori, a prescindere dalla effettiva sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, atteso che tali società, per una generale "fictio juris", propria della materia previdenziale, ai fini contributivi sono considerate datrici di lavoro dei propri soci.

Anche se le cooperative sociali costituiscono una realtà preesistente alla legge 8 novembre 1991, n. 381, secondo la quale le cooperative sociali sono caratterizzate dallo scopo — promozione umana e integrazione sociale dei cittadini — e dal mezzo della relativa attuazione, che può assumere un aspetto oggettivo, in relazione all'attività svolta, ovvero un aspetto soggettivo, in considerazione delle qualità soggettive svantaggiate dei soggetti che possono assumere la qualità di soci, le disposizioni della citata legge, e in particolare quelle che prevedono agevolazioni tributarie e contributive, non hanno efficacia retroattiva. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva ritenuto sussistente l'obbligo contributivo a carico di una società cooperativa, all'origine costituita da ex combattenti e reduci e successivamente anche da invalidi, per la custodia di quadrupedi del mercato ortofrutticolo, attività poi estesa alla custodia di autoveicoli, merci e bagagli).

FATTO — Con ricorso del 3 giugno 1995 la Cooperativa Sociale Servizio Posteggi A.N.C.R. S.c.r.l. propose opposizione avverso il decreto ingiuntivo notificatole il 15 maggio 1995 per il pagamento della somma di lire 11.225.325.778 per contributi non pagati e somme aggiuntive.

Con separato ricorso del 23 gennaio 1998 l'A.N.C.R. S.c.r.l. e Vittorio Parrini in proprio proposero opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione emessa dal Direttore della sede di Firenze dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), per il pagamento di lire 6.530.000 a titolo di sanzioni amministrative.

Dopo la riunione dei due procedimenti, il Pretore respinse le opposizioni. Con sen-

tenza del 18 ottobre 2000 il Tribunale di Firenze ha respinto l'appello.

Afferma il giudicante che l'art. 2 terzo comma del R.D. 28 agosto 1924 n. 1422, nel disporre che "le società cooperative sono datori di lavoro anche nei riguardi dei soci che impiegano in lavori da esse assunti", costituisce una *fictio juris* per cui in materia previdenziale la società cooperativa è considerata datore di lavoro ed il socio lavoratore è considerato prestatore di lavoro subordinato: in tal modo, i soci devono essere assicurati dalla cooperativa, in relazione ai compensi corrisposti, anche ove il rapporto di lavoro subordinato sia inconfigurabile.

Il fatto che nel caso in esame i soci lavoratori non fossero in posizione di subordinazione era pertanto irrilevante: irrilevante la relativa prova.

Poiché la società aveva perfezionato l'iter costitutivo della propria qualità di cooperativa sociale (ai sensi dell'art. 3 della legge 8 novembre 1991 n. 381) dopo il periodo in controversia, nel rapporto in esame questa qualità era irrilevante.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre la S.A.P. Cooperativa Sociale Servizio Auto Posteggi Custoditi S.r.l., percorrendo le linee di due motivi; l'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. — Con il primo motivo, denunciando violazione ed erronea e applicazione dell'art. 2 terzo comma del R.D. 28 agosto 1924 n. 1422, e degli artt. 2094 e segg. e degli artt. 2511 e segg. cod. civ., la ricorrente incorre l'elemento caratterizzante della subordinazione del socio di cooperativa alla sua posizione di alterità rispetto alla struttura sociale della cooperativa stessa.

Solo quando questa alterità vi sia, il rapporto di subordinazione sussiste. Non sussiste ove la prestazione sia effettuata in conformità del patto sociale.

Il giudice ha pertanto la funzione di accertare il concreto atteggiarsi dei singoli rapporti di lavoro.

E nel caso in esame, il giudice, ritenendo che i soci siano assicurati obbligatoriamente presso l'INPS ai fini previdenziali, non ha effettuato questa indagine, e non ha neanche ammesso i mezzi istruttori a tanto diretti.

2. — Il motivo è infondato. "A norma dell'art. 2 terzo comma del R.D. 28 agosto 1924 n. 1422, le società cooperative sono tenute a versare i contributi per l'assicurazione l'invalidità e la vecchiaia per tutti i soci lavoratori, a prescindere dall'effettiva sussistenza d'un rapporto di lavoro subordinato, atteso che tali società, per una generale *fictio juris*, propria della materia previdenziale, ai fini contributivi sono considerate datrici di lavoro dei propri soci" (Cass. 14 dicembre 2002 n. 17915, Cass. 25 maggio 2002 n. 7668).

Per la predetta *fictio*, l'invocata necessità (ai fini dell'obbligo in controversia) del rapporto di alterità fra socio e cooperativa (che nel caso in esame sarebbe esclusa, per l'unitarietà del centro di interessi) non sussiste.

3. — Con il secondo motivo, denunciando violazione ed erronea applicazione dell'art. 3 della legge 8 novembre 1991 n. 381, la ricorrente sostiene che l'attività svolta dalla Cooperativa derivava da quella svolta dal gruppo di "abbadatori" di quadrupedi del mercato ortofrutticolo. Il gruppo si era costituito nel 1924 per dare lavoro ad *ex* combattenti disoccupati e bisognosi, con un'attività poi estesa alla custodia di autoveicoli, merci e bagagli. Dal 1989, la possibilità di iscriversi è limitata agli invalidi civili. Questa origine dimostrava che la Cooperativa, ancor prima dell'ingresso della legge 8 novembre 1991 n. 381,

aveva la natura di cooperativa sociale, immanente alla sua stessa struttura ed al suo scopo.

4. — Anche questo motivo è infondato. Le cooperative sociali, come disciplinate dalla legge 8 novembre 1991 n. 381, sono caratterizzate dallo scopo — promozione umana ed integrazione sociale dei cittadini — e dal mezzo della relativa attuazione. Questo mezzo può assumere un aspetto oggettivo, espresso dalla stessa attività svolta, “gestione di servizi socio-sanitari ed educativi”; ovvero un aspetto soggettivo, espresso dalla qualità “svantaggiata” delle persone (che devono essere almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa, e, compatibilmente con il loro stato, ne devono essere soci).

Le cooperative sociali non nascono con la predetta legge; questa disciplina una realtà preesistente: la natura “sociale” della cooperativa, espressa nei predetti aspetti (di questa preesistenza è riscontro lo stesso art. 12 primo comma, per cui “le cooperative sociali già costituite alla data di entrata in vigore della legge devono uniformarsi alle disposizioni in essa previste”).

Questa preesistenza non determina tuttavia la retroattività delle disposizioni. Ciò, in particolare, per le agevolazioni tributarie (art. 7) e contributive (che, per le persone svantaggiate, “sono ridotte a zero”: art. 4 terzo comma): la misura vistosa di questa agevolazione, la forma letterale con cui è disposta, e la connessione con l’intera disciplina introdotta (in particolare, per l’art. 3 terzo comma e l’art. 6), conducono ad escludere un’efficacia retroattiva della norma.

È da aggiungere che la qualità di persona svantaggiata (quale presupposto per la natura sociale della cooperativa che si caratterizzi per il suo aspetto soggettivo) è normativamente fissata (invalidi, ex degenti di istituti psichiatrici, tossicodipendenti, alcoolisti, minori in età lavorativa ed in difficoltà familiare, condannati ammessi a misure alternative alla detenzione): ai fini di questa natura, la pur apprezzabile qualità di ex combattenti e reduci resta irrilevante.

Per esigenza di completezza è da aggiungere che il ricorrente non ha indicato la percentuale di invalidi lavoratori della cooperativa, nel periodo in controversia.

5. — Il ricorso deve essere respinto. E la ricorrente deve essere condannata al pagamento delle spese del giudizio di legittimità.

(Omissis)

Contributi - Retribuzione imponibile - “Minimale” contributivo commisurato alle retribuzioni stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Nozione - Fattispecie relativa all’indennità di mensa.

Contributi - Retribuzione imponibile - Art. 1 D.L. n. 338 del 1989 - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza - Fondamento.

Corte di Cassazione - 7.11.2003, n. 16762 Pres. Ciciretti - Rel. Roselli - P.M. D'Angelo (Parz. Diff.) - INPS (Avv.ti Ponturo, Correrà, Fonzo) - Di Stefano ed altri (Avv. De Tina).

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 del D.L. n. 338 del 1989, senza le limitazioni derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 36 Costituzione (c.d. "minimo retributivo costituzionale"). (Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva ritenuto escluse dalla base imponibile per il calcolo dei contributi previdenziali somme, quali quelle per indennità di mensa, previste dalla contrattazione collettiva ma non erogate dal datore di lavoro non iscritto ad alcune delle associazioni nazionali stipulanti).

In tema di retribuzione imponibile ai fini dei contributi assicurativi, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, del D. L. n. 338 del 1989, sollevata — in relazione agli artt. 23 e 53 Cost. — sotto il profilo che una contribuzione previdenziale gravante su retribuzioni non effettivamente percepite dai lavoratori violerebbe il principio di capacità contributiva, sia perché detto principio concerne solo i tributi in senso proprio, sia perché le prestazioni patrimoniali dovute ad enti pubblici possono ritenersi contrarie al principio di ragionevolezza quando non corrispondono ad alcun presupposto economico non strettamente proporzionato alla capacità del singolo debitore; sia perché il riferimento alle retribuzioni generalmente pagate dai datori di lavoro appartenenti alla categoria corrisponde ad una scelta politica discrezionale del legislatore, non implausibile, né irragionevole.

FATTO — Ritenuto che con ricorso del 1° aprile 1997 al Pretore di Udine, la S.n.c. Di Stefano Mario, Pierino, Maurizio e C. ed i Di Stefano personalmente proponevano opposizione contro il decreto ingiuntivo del 27 febbraio precedente, emesso a favore dell'INPS per contributi relativi ad una voce retributiva costituita dall'indennità sostitutiva di pasto caldo o del servizio mensa, dovuta in base al contratto collettivo nazionale per gli artigiani ed all'accordo integrativo provinciale;

che gli opposenti negavano il debito contributivo in quanto non destinatari di dette norme collettive, ossia non iscritti ad alcuna delle associazioni stipulanti;

che, costituitosi il convenuto-opposto, il Pretore accoglieva l'opposizione con decisione del 27 ottobre 1997, confermata con sentenza del 29 dicembre 1999 dal Tribunale, il quale riteneva che della retribuzione assoggettata a contribuzione previdenziale non facessero parte somme, come la indennità di mensa, previste bensì dalla

contrattazione collettiva ma in realtà non erogate dalla datrice di lavoro, non iscritta ad alcune delle associazioni nazionali stipulanti;

che contro questa sentenza ricorre per cassazione l'INPS mentre i Di Stefano e la società resistono con controricorso e propongono ricorso incidentale.

DIRITTO — Considerato che i due ricorsi, principale e incidentale, debbono essere riuniti ai sensi dello art. 335 cod. proc. civ.;

che con l'unico motivo di ricorso l'INPS lamenta la violazione dell'art. 1 l. n. 389 del 1989, sostenendo che la retribuzione assoggettata a contribuzione debba essere quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative della categoria, e ciò quand'anche il datore di lavoro non sia iscritto ad alcuna di esse;

che il motivo è fondato;

che a norma dell'art. 1 D.L. 9 ottobre 1989 n. 338 conv. in l. 7 dicembre 1989 n. 389, la base imponibile per il calcolo dei contributi previdenziali è costituita da quanto dovuto secondo legge, regolamento o contratto collettivo e non da quanto effettivamente pagato dall'imprenditore, che non si sia attenuto a queste fonti normative;

che con sentenza 29 luglio 2002 n. 11199 le Sezioni unite di questa Corte, componendo un contrasto di giurisprudenza, hanno escluso poter essere la detta base imponibile inferiore all'importo complessivo previsto nel contratto collettivo astrattamente applicabile (e non applicabile in concreto per ragioni soggettive) e senza necessità di applicazione dell'art. 36 Cost.;

che a questa pronuncia il collegio ritiene di doversi uniformare, ciò che comporta la cassazione della sentenza impugnata, la quale ha diversamente statuito;

che alla cassazione deve seguire il rinvio ad altro giudice, che si designa nella Corte d'appello di Trieste e che, come sollecitato dai controricorrenti, interpreterà contratto collettivo ed accordo integrativo provinciale in questione onde stabilire se, entro quali limiti e con quale funzione fosse dovuta l'indennità di mensa, determinando in conseguenza l'ammontare della base contributiva;

che i controricorrenti prospettano la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 D.L. n. 338 del 1989, interpretato come sopra, per contrasto con gli artt. 23 e 53 Cost. ossia perché una contribuzione previdenziale gravante su retribuzioni non effettivamente percepite dai lavoratori violerebbe il principio di capacità contributiva;

che la questione è manifestamente infondata sia perché il detto principio concerne solo i tributi in senso proprio e non qualsiasi prestazione dovuta da privati ad enti pubblici, come i contributi previdenziali (Corte Cost. 16 aprile 1987 n. 135 (1)), sia perché le prestazioni patrimoniali dovute ad enti pubblici possono ritenersi arbitrarie, ossia contrarie al principio costituzionale di ragionevolezza, quando non corrispondono ad alcun presupposto economico, non strettamente proporzionato alla capacità del singolo debitore (cfr. Corte Cost. 31 marzo 1988 n. 373, 4 maggio 1995 n. 143), sia ancora, e per quanto riguarda più specificamente la contribuzione previdenziale, il riferimento del legislatore ai contratti collettivi per determinare la base contributiva, ossia alle retribuzioni generalmente pagate dai datori di lavoro appartenenti alla categoria, corrisponde ad una scelta politica discrezionale non implausibile né irragionevole (Corte Cost. 20 luglio 1992 n. 342);

che il ricorso incidentale proposta dai datori di lavoro è inammissibile poiché non contiene alcuna censura alla sentenza d'appello ma ripropone questioni ritenute assorbite dal Tribunale e prospetta argomenti sostanzialmente a sostegno del controricorso; che il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese processuali.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1987, p. 886.

Contributi - Ricongiunzione dei periodi assicurativi - Totalizzazione dei contributi versati a gestioni diverse, ex art. 71 legge n. 388 del 2000 - Presupposti - Applicabilità ai fini del conseguimento della pensione di anzianità - Esclusione.

Corte di Cassazione - 5.11.2003, n. 16645 - Pres. Mileo - Rel. La Terza - P.M. Sorrentino (Conf.) - Salandini (Avv. Masala) - INPDAI (Avv. Tonelli Conti) INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo).

Il sistema della totalizzazione dei contributi versati a gestioni previdenziali diverse introdotto dall'art. 71 della legge n. 388 del 2000 a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 61 del 1999. presuppone che, in mancanza di tale totalizzazione, l'assicurato non consegua alcun trattamento pensionistico in nessuna delle gestioni in cui ebbe a versare la contribuzione nel corso della sua vita lavorativa ed è applicabile, nel concorso di tali presupposti, esclusivamente ai fini del conseguimento della pensione di vecchiaia e dei trattamenti pensionistici per inabilità, e non anche per ottenere la pensione di anzianità.

FATTO — Con ricorso del 15 novembre 2000 Salandini Rinaldo conveniva l'INPS e l'INPDAI davanti al giudice del lavoro di Brescia, esponendo di avere svolto attività di lavoro dipendente dal primo settembre 1979 al 31 gennaio 1983 e di lavoro autonomo nella gestione commercianti dal primo giugno 1983 al 30 aprile 1993; di avere successivamente lavorato quale dirigente di azienda industriale con iscrizione all'INPDAI dal 3 maggio 1993 alla data del ricorso; che a seguito di sua richiesta erano stati trasferiti all'INPDAI i contributi maturati presso l'INPS nella gestione lavoratori dipendenti, mentre non erano stati trasferiti quelli versati presso la gestione commercianti; poiché con i contributi già trasferiti all'INPDAI poteva far valere 27 anni e otto mesi, chiedeva, per potere usufruire dei 35 anni previsti per

la pensione di anzianità, che venisse dichiarato il suo diritto al trasferimento gratuito all'INPDAI anche dei nove anni e nove mesi di contribuzione versata presso la gestione commercianti.

Nel contraddittorio dei due enti, che si opponevano all'accoglimento della domanda, questa veniva accolta dal primo giudice con sentenza del 3 aprile 2001.

Sull'appello principale dell'INPDAI e su quello incidentale dell'INPS, la statuizione veniva riformata dalla locale Corte d'appello che, con sentenza del 23 novembre 2001, rigettava la pretesa dell'originario ricorrente.

La Corte faceva applicazione del disposto dell'art. 71 della legge 388/2000 il quale prevede la totalizzazione dei periodi assicurativi solo per il conseguimento della pensione di vecchiaia o dei trattamenti pensionistici per inabilità, non già ai fini del conseguimento della pensione di anzianità, e dichiarava manifestamente la questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 71.

Avverso detta sentenza il Saladini propone ricorso affidato a due motivi illustrati da memoria.

Resistono l'INPS e l'INPDAI con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 71 della legge 388/2000; premesso che, contrariamente a quanto osservato nella sentenza impugnata nell'ordinamento erano già state previste forme di totalizzazione, prima ancora dell'entrata in vigore del citato art. 71, per cui questo sistema dovrebbe considerarsi non un'eccezione, ma una regola dell'ordinamento, lamenta il ricorrente che la Corte territoriale non sia addivenuta ad una interpretazione di detta disposizione costituzionalmente corretta, mentre l'interpretazione letterale sarebbe in conflitto con il principio di razionalità, essendo esso ricorrente pregiudicato per il solo fatto di non avere contribuito ad un'unica gestione assicurativa; in ogni caso si chiede di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, non essendovi motivi per limitare la totalizzazione solo per le pensioni di vecchiaia e per i trattamenti di inabilità.

Con il secondo motivo si denuncia difetto di motivazione, perché sul rigetto della domanda di trasferimento all'INPDAI dei contributi per lavoro autonomo la sentenza sarebbe carente, e d'altra parte sarebbe arbitrario e quindi incostituzionale interpretare l'art. 5 della legge 44/73 solo come applicabile ai lavoratori subordinati.

I due motivi, che per connessione vanno trattati congiuntamente, non meritano accoglimento.

Invero l'art. 5 della legge 44 del 15 marzo 1973, statuisce inequivocabilmente che i contributi che si possono far valere ai fini della pensione a carico dell'INPDAI sono quelli previamente versati presso la gestione INPS dei lavoratori dipendenti, e quindi la ricongiunzione, peraltro già disposta, non può che essere limitata ad essi, con esclusione quindi dei contributi versati presso la gestione commercianti.

Né il ricorrente può giovare della totalizzazione perché, come rilevato nella sentenza impugnata, il sistema della totalizzazione dei contributi versati a gestioni diverse, di recente introdotto dall'art. 71 della legge 23 dicembre 2000 n. 388, è previsto solo ai

fini del conseguimento della pensione di vecchiaia e dei trattamenti pensionistici per inabilità, non già per la pensione di anzianità richiede il ricorrente.

Ma vi è un ulteriore motivo in diritto che conduce al rigetto della pretesa fatta valere e che elimina i dubbi di illegittimità costituzionale sollevati in ricorso.

Invero la medesima legge del 2000 consente la totalizzazione dei contributi 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 obbligatorie gestite dagli enti di cui al decreto legislativo 30 giugno 1994 n. 509...” Tra questi ultimi enti rientra l’INPDAl.

La facoltà di totalizzare i contributi versati a diverse gestioni sorge cioè “solo” allorquando l’interessato, senza di essa, verrebbe ad essere sprovvisto di qualsiasi tutela previdenziale nonostante il versamento di contributi per un numero complessivo di anni, eventualmente anche superiore rispetto all’anzianità contributiva richiesta nei diversi sistemi pensionistici.

Peraltro la legge del 2000 costituisce attuazione dell’analogo principio sancito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 61 del 1999 (a cui nessuna modifica ha apportato la successiva ordinanza n. 244 del 2000), giacché in quella pronuncia la Corte ebbe a dichiarare “l’illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 5 marzo 1990 n. 45 (norma per la ricongiunzione dei periodi assicurativi ai fini previdenziali per i liberi professionisti) nella parte in cui non prevedono, in favore dell’assicurato che non abbia maturato il diritto ad un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni alle quali è, o è stato, iscritto, in alternativa alla ricongiunzione, il diritto ad avvalersi dei periodi assicurativi pregressi nei limiti e secondo i principi indicati in motivazione”.

Pertanto, il presupposto, individuato sia dalla legge del 2000, sia della citata pronuncia della Corte Costituzionale, per l’insorgenza del diritto ad avvalersi della totalizzazione è che, in sua mancanza, l’interessato non consegua alcun trattamento pensionistico in nessuna delle gestioni in cui ebbe a versare la contribuzione nel corso della vita lavorativa. La totalizzazione viene quindi configurata come estrema ratio, per eliminare la conseguenza iniqua del mancato conseguimento di qualunque trattamento pensionistico, nel caso in cui la contribuzione versata presso le diverse gestioni (neppure esercitando, ovvero quando non è possibile esercitare, la facoltà di ricongiunzione nei casi fissati dalla legge), non sia sufficiente per la maturazione di alcun trattamento pensionistico.

Ma non è questo il caso che ricorre nella specie, giacché il sig. Salandini, attraverso la ricongiunzione già operata presso l’INPDAl della contribuzione versata presso la gestione INPS dei lavoratori dipendenti, è in possesso dell’anzianità contributiva di ventisette anni e otto mesi, per cui al compimento dell’età conseguirà il diritto alla pensione di vecchiaia presso l’INPDAl, per la quale è richiesta l’anzianità contributiva inferiore.

La sollevata questione di legittimità costituzionale è quindi manifestamente infondata. Il ricorso va quindi rigettato.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Danni per omessa assicurazione rendita vitalizia - Esistenza del rapporto di lavoro subordinato - Prova documentale - Necessità - Fattispecie.

Corte di Cassazione - 5.11.2003, n. 16637 - Pres. Prestipino - Rel. Curcuruto - P.M. Fuzio (Conf.) - Guetti (Avv. Cecchi) - INPS (Avv. Coretti, Fonzo, Pulli).

Nella causa promossa dal lavoratore nei confronti dell'ex datore di lavoro e dell'INPS per la costituzione di rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 della legge n. 1338 del 1962, a seguito della prescrizione dei contributi previdenziali non versati, l'onere probatorio relativo all'esistenza del rapporto di lavoro subordinato (a differenza di quello riguardante la durata e l'ammontare della retribuzione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 568 del 1989 (1)) può essere soddisfatto solo mediante documenti. (Nella specie il giudice d'appello avendo accertato la sussistenza di una duplicità di rapporti in capo al ricorrente, il primo quale collaboratore del padre e il secondo quale titolare dell'impresa agricola, aveva escluso la prova testimoniale volta a dimostrare che nella titolarità dell'azienda vi era stata una mera modifica soggettiva con successione dal padre al fratello del ricorrente. La S.C. nel confermare la sentenza di merito, ha rilevato che la prova testimoniale avrebbe inammissibilmente investito il contenuto e la diversa natura del rapporto diversamente emergenti dal dato documentale).

FATTO — La Corte d'appello dell'Aquila, riformando la sentenza del Pretore della stessa sede, ha rigettato la domanda di Giovanni Guetti intesa ad avvalersi del diritto di riscatto a norma dell'articolo 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1938, per il periodo 9 giugno 1959/31 dicembre 1965, quale collaboratore del padre Michele, titolare dell'azienda agricola sita in Paganica. Per ciò che ancora rileva in questa sede, il giudice di merito, premesso che quando si controverta della facoltà di riscatto in caso di omesso versamento di contributi assicurativi, la prova dell'esistenza del rapporto di lavoro può esser data solo documentalmente, essendo ammesso, a seguito della sentenza 22 dicembre 1989 n. 568 della Corte Costituzionale, ogni altro mezzo di prova solo per dimostrare la durata del rapporto e l'ammontare della retribuzione, ha osservato che nella specie vi era una dichiarazione di Michele Guetti titolare dell'impresa agricola, nella quale il figlio Giovanni non era incluso tra le persone addette alla coltivazione del fondo ma tra i familiari a carico. Analogamente, nei prospetti emessi dallo SCAU per gli anni 1964 e 1965 Giovanni Guetti risultava indicato allo stesso modo, diversamente dal padre e dal fratello Giuseppe. Il ricorrente risultava quindi familiare a carico e non collaboratore dell'impresa agricola del padre, e tali risultanze, fondate su documenti, non potevano essere superate dalla prova testimoniale, date le limitazioni stabilite al riguardo dalla legge 1338/62. D'altra parte, controvertendosi del periodo compreso fra il

1959 ed il 1965, non poteva avere diretto rilievo l'attestazione in base alla quale, dal 1966, il Guetti risultava lavorare come coltivatore diretto.

Né essa poteva considerarsi idonea a dimostrare l'esistenza del rapporto, in modo rendere utilizzabili le prove testimoniali per determinarne la durata.

Non era in contestazione, infatti, la semplice retrodatazione dell'inizio di un unico rapporto lavorativo svoltosi sempre con le stesse modalità, poiché fino a quasi tutto il 1965 il titolare dell'impresa era stato il padre del Guetti, deceduto il 12 dicembre 1965 e solo dopo tale data Giovanni Guetti risultava lavorare come coltivatore diretto. Vi erano quindi due distinti rapporti di lavoro agricolo: uno, controverso; nel quale il Guetti avrebbe collaborato con il padre, un altro, successivo alla morte di questi, svoltosi — così testualmente la sentenza — “secondo modalità che — per quanto non risultanti espressamente dagli atti di causa — non possono che esser state differenti, diverso essendo stato necessariamente il titolare dell'impresa agricola (lo stesso appellato, secondo quanto dallo stesso dedotto nel giudizio di primo grado)”.

Tale situazione, secondo il giudice d'appello, è ben diversa da quella in cui un lavoratore, formalmente assunto da un imprenditore a partire da una certa data, deduca di aver iniziato a lavorare per lo stesso imprenditore da una data antecedente. Infatti, nel caso del Guetti si trattava di periodi di lavoro facenti capo a persone diverse: nel primo periodo si sarebbe trattato di collaborazione dell'impresa del padre, nel secondo di attività autonoma di coltivatore diretto.

Né, infine, la pretesa dell'appellato poteva trovare fondamento nell'art. 11 della legge 2 agosto 1990, n. 233, perché il presupposto della facoltà di riscatto, ivi contemplata, è pur sempre l'iscrizione dell'interessato negli elenchi predisposti dallo SCAU nel periodo cui si riferisce la domanda, iscrizione che nel caso del Guetti era successiva a tale periodo.

Contro questa sentenza il Guetti ricorre per cassazione sulla base di un unico articolato motivo.

L'intimato non ha depositato controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso, denunziando motivazione insufficiente, contraddittoria e comunque erronea, conseguente violazione per mancata applicazione dell'art. 11 della legge 233/90 in rapporto all'art. 13 della legge 1338/62, pure violato, si addebita alla sentenza impugnata di aver ritenuto, a torto (e ad ogni modo senza adeguata motivazione) che l'evento morte del padre del ricorrente, titolare dell'impresa, abbia determinato nei confronti del ricorrente una duplicità di rapporti agricoli — rispettivamente anteriore e successivo alla morte del proprio genitore — sebbene l'azienda agricola a conduzione familiare fosse rimasta sempre la stessa.

Il motivo è infondato.

È opportuno richiamare anzitutto il quadro normativo di riferimento.

La legge 2 agosto 1990, n. 233, recante “riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi”, all'articolo 11 (relativo, secondo la sua rubrica, al “Riscatto contributi dal 1 gennaio 1957 al 31 dicembre 1961) dispone che “Ai coltivatori diretti, mezzadri e coloni, accertati ai fini della iscrizione negli elenchi degli assicurati ai sensi degli articoli 1, 2 e 3 della legge 26 ottobre 1957, n. 1047, i quali, per effetto del secondo comma dell'articolo 3 e dell'articolo 5 della stessa legge, sono stati compresi

negli elenchi pubblicati dal servizio contributi agricoli unificati (SCAU) senza l'attribuzione di giornate lavorative o con un'attribuzione di giornate lavorative inferiori a 104 annuali per il periodo 1957/1961, è data facoltà di riscattare con onere a proprio carico i periodi totalmente o parzialmente scoperti di contribuzione, secondo quanto previsto dall'articolo 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338".

A sua volta il suddetto articolo 13 della legge in ultimo menzionata (la quale reca: "Disposizioni per il miglioramento dei trattamenti di pensione dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti") dispone, per quanto ora di interesse, nel comma 1, che: "Ferre restando le disposizioni penali, il datore di lavoro che abbia omesso di versare contributi per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e i superstiti e che non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione ai sensi dell'articolo 55 del Regio decreto-legge 4 ottobre 1935, n. 1827, può chiedere all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale di costituire, nei casi previsti dal successivo quarto comma, una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quote di pensione adeguata dell'assicurazione obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi omessi".

I successivi commi 2 e 3, di non diretto interesse a i fini del decidere, riguardano, rispettivamente la sorte della corrispondente riserva matematica e gli effetti della rendita sulla pensione in corso o, in assenza di questa, l'utilizzabilità dei contributi.

Rilevano invece i successivi commi 4 e 5.

Secondo il primo dei due: "Il datore di lavoro è ammesso ad esercitare la facoltà concessagli dal presente articolo su esibizione all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale di documenti di data certa, dai quali possono evincersi la effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione corrisposta al lavoratore interessato".

Nel comma 5 è previsto che: "Il lavoratore, quando non possa ottenere dal datore di lavoro la costituzione della rendita a norma del presente articolo, può egli stesso sostituirsi al datore di lavoro, salvo il diritto al risarcimento del danno, a condizione che fornisca all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale le prove del rapporto di lavoro e della retribuzione indicate nel comma precedente".

Il sesto ed ultimo comma dell'articolo, anch'esso non direttamente rilevante, detta regole circa il versamento, nei casi di cui ai commi 4 e 5, della riserva matematica.

Il quadro normativo è completato dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo in esame, ad opera della sentenza 13-22 dicembre 1989, n. 568, della Corte Costituzionale, il cui dispositivo recita, testualmente: "dichiara la illegittimità costituzionale dell'articolo 13, quarto e quinto comma, legge 12 agosto 1962, n. 1338 (Disposizioni per il miglioramento di pensioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e i superstiti) nella parte in cui, salva la necessità della prova scritta sulla esistenza del rapporto di lavoro da fornirsi dal lavoratore, non consente di provare altrimenti la durata del rapporto stesso e l'ammontare della retribuzione".

La tesi centrale del motivo è che, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte di merito, l'iscrizione del ricorrente quale collaboratore effettuata dal fratello maggiore, subentrato nella direzione dell'azienda, dopo la morte del padre, costituirebbe la prova del rapporto agricolo con l'azienda sicché il periodo anteriore di lavoro prestato presso quest'ultima ben avrebbe potuto esser provato con qualsiasi mezzo.

Tale affermazione si scontra tuttavia con l'accertamento di fatto contenuto nella sentenza.

La Corte d'appello ha invero stabilito che vi sono stati nella vicenda due rapporti di lavoro agricolo, e che nel primo rapporto, contestato dall'INPS, il Guetti avrebbe assunto la veste di collaboratore del padre. Nel secondo rapporto invece, secondo quanto accertato dalla Corte, anche sulla base di deduzioni fatte dallo stesso Guetti nel ricorso introduttivo di primo grado, le modalità sarebbero state diverse, posto che, in base a tali deduzioni, titolare dell'impresa agricola sarebbe stato lo stesso Guetti.

Quindi, secondo tale ricostruzione, che, contrariamente a quel che il ricorrente afferma, esibisce, come si vede, una sua specifica motivazione, le modalità dei due rapporti sono state completamente diverse.

Tali premesse di fatto non sono scalfite dal ragionamento svolto nel ricorso, dove si contesta il principio per cui la mera modifica della titolarità dell'azienda non sarebbe d'ostacolo al riconoscimento di un unico rapporto e non restringerebbe quindi alla sola prova documentale la possibilità di dimostrarne la più ampia dimensione temporale. L'accertamento contenuto nella sentenza ha avuto infatti riguardo non solo alla diversità soggettiva dell'altro termine del rapporto ma a differenze oggettive delle modalità del suo svolgimento, ossia ad un suo diverso contenuto e natura. Esattamente quindi la Corte di merito ha ritenuto che, anche dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dei commi 4 e 5 dell'art. 13 della legge 1338 del 1962, non si potesse dare ingresso alla prova testimoniale valorizzata invece dal primo giudice.

In conclusione, il ricorso va respinto.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1990, p. 235.

Contributi - Prescrizione - Termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 3 legge 8 agosto 1995 n. 335 - Procedure di recupero dell'evasione contributiva iniziate durante la vigenza della precedente disciplina - Termine di prescrizione decennale già in vigore prima della modifica normativa - Applicabilità - Condizioni - Svolgimento delle suddette procedure in contraddittorio con il debitore - Necessità - Esclusione.

Corte di Cassazione - 4.11.2003, n. 16551 - Pres. Mileo - Rel. Cuoco - P.M. Pivetti (Conf.) - Shipping & Holiday Biz S.r.l. (Avv. Romanelli) - INPS (Avv.ti Pulli, Fonzo, Correra).

L'art. 3 della legge 8 agosto 1995 n. 335, che ha introdotto il nuovo termine quinquennale di prescrizione per le contribuzioni di previdenza e assistenza sociale obbligatorie, nel prevedere che continua ad applicarsi il termine (decennale) di prescrizione già in vigore prima di tale modifica normativa nel caso di atti interruttivi già compiuti o di procedure finalizzate al recupero dell'evasione contributiva iniziate durante la vigenza della precedente disciplina, ha inteso riferirsi a qualunque concreta attività di indagine ed ispettiva compiuta dall'ente previdenziale, indipendentemente dalla instaurazione del contraddittorio con il debitore.

FATTO — Con separati ricorsi, la Shipping e Holiday Biz S.r.l. in persona del liquidatore Cristiano Cerchiai, e questi in proprio, proposero opposizione avverso il decreto ingiuntivo con cui si intimava loro il pagamento, a favore dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) di lire 821.670.625 per contributi e somme aggiuntive.

Il Tribunale di Venezia respinse le opposizioni. Con sentenza del 13 febbraio 2001 la Corte d'Appello di Venezia ha respinto l'appello proposto dalla società e dal liquidatore.

Esaminando i singoli motivi dell'appello, il giudicante osserva che:

1. — l'appello di Cristiano Cerchiai era inammissibile, in quanto egli non aveva censurato l'inammissibilità dell'opposizione che aveva proposto: inammissibilità che il primo giudice aveva affermato e motivato con il fatto che il decreto ingiuntivo gli era stato notificato nella sua esclusiva qualità di liquidatore;

2. — il diritto dei creditori di agire in via sussidiaria nei confronti dei singoli soci (ex art. 1456 cod. civ.) non esclude il diritto di agire nei contorti della società in persona del liquidatore: e la Corte Cost. 21 luglio 2000 n. 319 (1) prevede che il termine annuale decorra non dalla cancellazione della società bensì dall'effettiva liquidazione dei rapporti passivi;

3. — la raccomandata dell'INPS del 14 aprile 1992 era a pregressa conoscenza della Società, che ebbe a proporre altro ricorso giudiziario al Pretore di Venezia; e fu poi depositata dall'INPS per meglio contrastare l'eccezione di prescrizione; la relativa produzione, ampiamente preannunciata, era pertanto ammissibile;

4. — poiché la domanda dell'INPS era sicuramente riferibile a sgravi contributivi indebiti per il personale della Motonave "Capo Nord" e per il periodo intercorso dall'agosto 1984 al settembre 1988, e le ragioni della pretesa erano deducibili dal ricorso e dalla documentazione allegata, l'eccezione d'indeterminatezza della domanda era infondata;

5. — le eccezioni relative all'irregolare trasmissione ed alla non provata ricezione della predetta raccomandata dell'INPS, essendo nuove, erano inammissibili;

6. — poiché la predetta raccomandata, con cui era stato contestato il credito per indebiti sgravi, era stata ricevuta il 14 aprile 1992, da questa data iniziava a decorre la prescrizione, nella previgente misura decennale; e la misura quinquennale della prescrizione, introdotta dall'art. 3 della legge 8 agosto 1995 n. 335, non era applicabile agli atti interruttivi già compiuti; e, per il periodo posteriore all'interru-

zione, poiché il nuovo termine era più breve, la prescrizione, in applicazione dell'art. 252 disp. att. cod. civ., decorreva dall'ingresso della nuova norma (dal 17 agosto 1995); e pertanto, alla notifica del decreto ingiuntivo (24 giugno 1997), il suo corso non era ancora compiuto.

Per la cassazione di questa sentenza ricorrono la Shipping e Holiday Biz S.r.l. in persona del liquidatore Cristiano Cerchiai, e ("per quanto possa occorrere") questi in proprio, percorrendo le linee di 8 motivi; l'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. — Con il primo motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione dell'art. 2456 cod. civ., dell'art. 132 cod. proc. civ., dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. e dell'art. 111 Cost., i ricorrenti sostengono che la Società era stata cancellata con provvedimento del Tribunale di Venezia del 26 giugno 1994; e con questa cancellazione la società, come soggetto giuridico, aveva cessato di esistere: di conseguenza non poteva essere titolare di diritti ed obblighi, né soggetta a responsabilità.

In tal modo, il decreto ingiuntivo era stato dall'INPS notificato ad un soggetto inesistente.

Anche l'orientamento giurisprudenziale, che ipotizza la possibilità di agire dopo la cancellazione, non presuppone un'automatica rinascita della società estinta, bensì esige un formale atto di ricostituzione del patrimonio sociale; ed a questa censura, proposta al giudice di secondo grado, questi si era limitato a richiamare la decisione di primo grado.

Con il secondo motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione dell'art. 2697 cod. civ., degli artt. 416, 420 e 442 cod. proc. civ., e degli art. 3 e 24 Cost., i ricorrenti sostengono che la documentazione INPS del 14 aprile 1992 era stata depositata in primo grado tardivamente, in quanto:

- a. non era stata prodotta con la memoria di costituzione;
- b. era stata autorizzata la produzione tardiva;
- c. non era stata comunque depositata in sede istruttoria;
- d. la Società non aveva potuto replicare e difendersi.

Con il terzo motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 4 cod. proc. civ. violazione dell'art. 1334 cod. civ., i ricorrenti sostengono che la predetta nota INPS era stata indirizzata ad una società (Chemishipping S.p.A.) diversa dalla Shipping e Holiday Biz S.r.l. (già esistente al tempo) ed ad un indirizzo in cui anche la prima società non era ubicata: erroneo il destinatario ed erroneo il luogo indicato per il recapito: la Società non aveva avuto alcuna conoscenza legale dell'atto.

Con il quarto motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione dell'art. 2697 cod. civ. e dell'art. 112 Cost., i ricorrenti sostengono che l'INPS non aveva provato che la busta ricevuta il 14 aprile 1992 contenesse le note di rettifica che avrebbero dovuto essere il fondamento della sua pretesa: e nulla aveva detto la sentenza sulla conseguente censura proposta dai ricorrenti.

Con il quinto motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. nonché omessa motivazione, i ricorrenti sostengono che nella raccomandata INPS si parla di 35 note di rettifica per sgravi contributivi indebiti nel periodo agosto 1984-settembre 1988, e nella memoria INPS di primo

grado e d'appello si fa riferimento a 31 note di rettifica relative al periodo ottobre 1985-settembre 1988.

Questa non corrispondenza era stata contestata al giudice d'appello: e questi aveva risposto in modo sfuggente, dando per scontata la riferibilità del credito indicato nella documentazione a quello dedotto in giudizio.

Con il sesto motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3, 4 e 5 cod. proc. civ. violazione degli artt. 3 e 24 Cost., i ricorrenti sostengono che la discordanza, nel numero e nel tempo di riferimento, fra note indicate nella documentazione e note indicate in giudizio, non era stata esaminata e valutata né dal giudice di primo grado né dal giudice d'appello.

Con il settimo motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione dell'art. 252 disp. att. cod. proc. civ., dell'art. 12 preleggi e dell'art. 3 della legge 8 agosto 1995 n. 335, i ricorrenti sostengono che il nuovo più breve termine di prescrizione era applicabile anche alla situazione in controversia, in quanto:

- a. l'art. 252 disp. att. cod. proc. civ. disciplina un'ipotesi diversa;
- b. anche ove questa disposizione fosse ritenuta astrattamente applicabile, era norma generale, non applicabile per la presenza della *lex specialis* dell'art. 3 decimo comma della legge 8 agosto 1995 n. 335;
- c. il giudice non ha il potere di valutare la pretesa iniquità della legge, come richiamata in sentenza.

Con l'ottavo motivo, denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione dell'art. 100 cod. proc. civ., i ricorrenti sostengono che il dr. Cristiano Cerchiai ha interesse ad impugnare in proprio il decreto ingiuntivo nonché la sentenza di primo grado e la sentenza di secondo grado, in quanto:

- a. dalla relazione di notifica del decreto ingiuntivo non risultava il titolo in base al quale la notifica era stata chiesta ed effettuata ("se in proprio o come rappresentante della Società"), e ciò a maggior ragione in quanto la notifica non era stata effettuata presso la sede della Società, bensì nella residenza del Cerchiai;
- b. l'art. 2456 cod. civ. prevede la possibilità che il liquidatore della società cancellata sia chiamato a rispondere dei debiti sociali.

2. — Il ricorso è infondato. Esaminando le singole censure secondo il loro ordine logico, è da osservare quanto segue.

3. — In ordine al primo motivo, come questa Corte ha ripetutamente affermato, "posto che l'atto formale di cancellazione d'una società commerciale dal registro delle imprese non ne determina l'estinzione ove non siano ancora esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa e da questa intrattenuti con i terzi, ne consegue che qualora, nel corso delle operazioni di liquidazione, sia stata omessa la definizione d'un determinato rapporto, il creditore, oltre ad agire in via sussidiaria nei confronti dei soci pro quota, ex art. 2456 secondo comma cod. civ., può anche esperire azione autonoma e diretta contro la società, in persona del liquidatore, allo scopo di far valere nei confronti della medesima il proprio credito rimasto insoddisfatto" (Cass. 4 ottobre 1999 n. 11021).

Né questa ipotesi di responsabilità della società è fondata su una rinascita o pur reviviscenza del soggetto, né è necessario un atto di ricostituzione del patrimonio sociale.

È solo un'ininterrotta protrazione della situazione preesistente: la stessa società, pur dopo il formale atto di cancellazione, continua ininterrottamente ad esistere, ed in tal modo ad essere titolare del proprio patrimonio, e conseguentemente responsabile dei propri debiti.

4. — In relazione al terzo ed al quarto motivo, che per la loro interconnessione devono essere congiuntamente trattati, la sentenza impugnata incontestatamente afferma che la Chemishipping S.p.A. "altro non è se non la precedente denominazione sociale della Società, essendo stata, questa modifica, approvata dall'assemblea straordinaria del 5 dicembre 1990, in atti" (atto con cui questa Società effettivamente dispose la modifica dell'oggetto sociale nonché la modifica della propria denominazione sociale nella denominazione Shipping & Holiday Biz S.r.l.). E l'incontestata affermazione della sentenza (che presuppone la permanenza della titolarità dei preesistenti rapporti da parte dell'immutato soggetto giuridico) rende irrilevanti le argomentazioni dei ricorrenti.

Aggiunge il giudicante che "la stessa Chemishipping S.p.A. ebbe a proporre immediato ricorso al Pretore di Venezia, depositato il 14 maggio 1992 (dando luogo al processo n. 1033 r.g. 1992), per sentir accertare la legittimità degli sgravi contributivi".

L'atto era pertanto pervenuto a legale conoscenza della Società.

5. — In ordine al secondo motivo, è da osservare che l'omesso deposito dei documenti con l'atto introduttivo determina la decadenza dal diritto di produrli nel corso del processo, salvo che si tratti di documenti formati successivamente alla sua instaurazione o che la relativa produzione sia giustificata dallo sviluppo del giudizio (Cass. 20 gennaio 2003 n. 775).

Ciò, nel caso in esame. Come lo stesso giudicante afferma, il documento in controversia fu depositato dall'INPS per contrastare l'eccezione di prescrizione.

Richiamando le corrette affermazioni della sentenza, è da aggiungere che l'autorizzazione, ove non sia formale, è nell'acquisizione e valutazione del documento. E la Società ebbe modo di difendersi innanzi al giudice di primo grado, come la stessa poi dichiara in altro passaggio del ricorso (p. 14).

E lo stesso Istituto aveva segnalato, "fin dalla memoria di costituzione, il pacifico invio delle predette note di rettifica relative alla M/n "Capo Nord", quale atto interruttivo della prescrizione".

6. — In relazione al quinto ed al sesto motivo, che, per la loro interconnessione, devono essere esaminati congiuntamente, la censura, proposta anche in sede di merito, è infondata. Fondate sono le argomentazioni date dal giudice di merito: la genericità della contestazione, e la "sicura riferibilità" del credito a sgravi contributivi per il periodo intercorrente fra l'agosto 1984 ed il settembre 1988. Poiché l'oggetto della controversia è fissato dal ricorso per ingiunzione e dalla documentazione allegata, la pretesa difformità resta irrilevante.

7. — Per quanto attiene al settimo motivo, è da osservare che, indipendentemente dai limiti dello spazio disciplinato dall'art. 252 disp. att. cod. proc. civ., questo spazio è di natura generale. Diretto a disciplinare specificamente la prescrizione delle contribuzioni di previdenza ed assistenza sociale obbligatoria, l'art. 3 nono e decimo comma della legge 8 agosto 1995 n. 335, in quanto norma speciale, è da applicare nel caso in

esame.

La stessa norma che dispone la retroattività della disciplina (comma decimo) prevede tuttavia il proprio limite: “fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure iniziate nel rispetto della normativa preesistente”.

Questa “eccezione” non si esaurisce in una mera conservata efficacia dell’atto interruttivo: è sottrazione di tutta l’ipotesi (preesistenza d’un atto interruttivo o d’una procedura iniziata) allo spazio della norma (alla misura quinquennale della prescrizione). Di ciò è conferma non solo la specifica locuzione (“fatta eccezione”: che è complessiva esclusione), bensì la relativa differenziazione dalla più ristretta espressione utilizzata nella stessa disposizione (“fatti salvi gli atti interruttivi compiuti e le procedure in corso”: art. 3 decimo comma seconda parte), che si limita a riconoscere efficacia solo al singolo atto compiuto.

Questa Corte ha affermato che “l’art. 3 della legge 8 agosto 1995 n. 335, che ha introdotto il nuovo termine quinquennale di prescrizione per le contribuzioni di previdenza ed assistenza sociale obbligatorie, nel prevedere che continua ad applicarsi il termine decennale di prescrizione già in vigore prima di tale modifica normativa nell’ipotesi di atti interruttivi già compiuti o di procedure finalizzate al recupero dell’evasione contributiva iniziate durante la vigenza della precedente disciplina, ha inteso riferirsi a qualunque concreta attività d’indagine ed ispettiva compiuta dall’ente previdenziale, indipendentemente dall’instaurazione del contraddittorio con il debitore” (Cass. 3 settembre 2002 n. 12822 (2)).

Nel caso in esame, l’oggettiva incontrovertita preesistenza dell’atto (nota INPS del 14 aprile 1992), in quanto parte integrante d’una procedura iniziata, ed indipendentemente dalla relativa contestazione (che è stata tuttavia validamente ed efficacemente eseguita), esclude l’applicabilità dell’invocata prescrizione.

Pur nell’astratta fondatezza dell’argomentazione, il motivo in esame giunge a conclusioni (applicazione della prescrizione quinquennale) errate.

L’erroneità della simmetrica argomentazione della sentenza impugnata (per la ritenuta applicabilità dell’art. 252 disp. att. cod. proc. civ.) deve essere corretta (in applicazione dell’art. 384 secondo comma cod. proc. civ.).

8. — In ordine all’ottavo motivo, indipendentemente dall’irrelevanza del luogo della notifica (in quanto la notifica al legale rappresentante d’una società è ritualmente effettuata “ovunque lo si trovi”: art. 138 primo comma cod. proc. civ.), la sentenza impugnata ha ritenuto che la notifica del decreto ingiuntivo fu eseguita al Cerchiai nell’esclusiva qualità di liquidatore.

E questa affermazione non è concretamente censurata.

9. — Il ricorso deve essere respinto. Ed i ricorrenti devono essere condannati al pagamento delle spese del giudizio di legittimità.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 997

(2) *Idem*, 2002, p. 1183

Pensioni - In genere - Enti di previdenza obbligatoria - Prestazioni indebite agli assicurati - Recupero delle somme indebitamente erogate - Modalità - Trattenuta diretta sulla pensione - Ammissibilità - Limiti.

Corte di Cassazione - 4.11.2003, n. 16548 - Pres. Sciarelli - Rel. Celentano - P.M. D'Angelo (Conf.) - Cordero (Avv. Petti) - INPS (Avv. ti De Angelis, Di Lullo, Valente).

In tema di prestazioni previdenziali, con riguardo a quelle indebitamente erogate, l'art. 1. comma duecentosessantaduesimo, della legge n. 662 del 1996, nel disporre che il recupero è effettuato mediante trattenuta diretta sulla pensione in misura non superiore ad un quinto, e che l'importo residuo è recuperato ratealmente senza interessi entro il limite di ventiquattro mesi, limite che può essere superato al fine di garantire che la trattenuta non sia superiore al quinto della pensione, concede eccezionalmente il potere di provvedere al recupero del credito senza la necessità di rivolgersi all'autorità giudiziaria per munirsi di titolo idoneo a trattenere parte della pensione, nel solo caso del recupero pacifico, ma non in quello del recupero attuato a seguito di contenzioso, che ha ritardato la restituzione dell'indebito, con arricchimento del debitore. La rateizzazione senza interessi vale pertanto solo in caso di recupero amministrativo incontrastato, e non anche al momento, posteriore, del recupero giudiziario.

FATTO — Con ricorso depositato il 22 novembre 1999 Caterina Cordero chiedeva al Tribunale di Torino di dichiarare il suo obbligo a restituire all'INPS, a fronte di un indebito comunicato di lire 21.120.000, sulla pensione di vecchiaia pagatale dall'1.1.85 al 31.12.94, la sola somma di lire 1.900.000.

L'INPS si costituiva invocando la disciplina introdotta con l'art. 1, commi 260 e 261, della legge n. 662 del 1996; deduceva che la pensionata aveva fruito, nel 1995, di un reddito superiore a lire 16.000.000.

Con sentenza del 27 gennaio 2000 il Tribunale affermava la inapplicabilità al caso di specie delle disposizioni contenute nella legge n. 662/96; applicando la disposizione di cui all'art. 13, secondo comma, della legge n. 412/91, dichiarava il diritto dell'INPS a recuperare la sola somma di lire 1.900.000.

L'appello dell'Istituto previdenziale, cui resisteva la pensionata, veniva accolto dalla Corte di Appello di Torino con sentenza del 14 novembre/30 dicembre 2000.

I giudici di secondo grado ritenevano, conformandosi alla prevalente giurisprudenza di questa Corte, che i criteri posti dall'art. 1, commi 260, 261, 263 e 265, della legge 21 dicembre 1996, n. 662, avessero sostituito per intero la precedente disciplina, con la conseguenza che la ripetizione non era subordinata alla sussistenza anche dei presupposti richiesti dalla disciplina precedentemente applicabile.

Condannavano, pertanto, l'appellata a restituire all'INPS la somma di lire 15.388.160, dedotto quanto già trattenuto, oltre interessi legali.

Per la cassazione di tale decisione ricorre, formulando due motivi di censura, Caterina Cordero.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo la difesa della ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 13 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, come interpretato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 1996.

Sostiene che l'art. 1, commi 260 e seguenti, della legge n. 662 del 1996 non ha carattere globalmente sostitutivo della normativa relativa agli istituti della prescrizione e della decadenza, essendosi limitato a sostituire le norme che disciplinano nel merito l'entità delle somme recuperabili ed i loro presupposti. Risulterebbe, quindi, sostituito il primo comma dell'art. 13 citato, ma non il secondo comma.

Avendo l'INPS inoltrato la propria richiesta nel dicembre 1995, avrebbe potuto ripetere unicamente gli indebiti corrisposti successivamente al 1° gennaio 1994; gli stessi, determinati per implicito accordo fra le parti in £. 1.900.000, avrebbero dovuto essere poi ridotti del 25%, portando l'indebitato recuperabile a £. 1.425.000.

Con il secondo motivo la difesa della ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1, commi 260 e segg., della legge 23 dicembre 1996, n. 662, nonché vizio di motivazione.

Deduce che, nel caso in cui i soggetti siano stati titolari, per l'anno 1995, di un reddito personale imponibile IRPEF pari o superiore a £. 16.000.000, l'azione di recupero deve essere effettuata, senza corresponsione di interessi, con il sistema della trattenuta diretta sulla pensione sulla quale si è formato l'indebitato, per una somma non superiore ad un quinto del relativo importo mensile; in caso di insufficienza di tale somma ad estinguere il debito, si deve provvedere con la rateizzazione, senza interessi, nel limite di 24 mesi, superabile al fine di garantire che la trattenuta non sia superiore al quinto della pensione.

Lamenta che l'azione di recupero posta in essere dall'INPS, oltre ad essere illegittima in relazione al quantum, lo è anche in relazione alle modalità di recupero, per la richiesta in unica soluzione e la maggiorazione degli interessi legali.

Il primo motivo non è fondato.

Con sentenza n. 30 del 21 febbraio 2000 le Sezioni Unite di questa Corte hanno precisato che "Le prestazioni previdenziali indebitamente erogate dagli enti di previdenza obbligatoria prima del 1° gennaio 1996 sono ripetibili secondo i criteri posti dall'art. 1, commi duecentosessantesimo, duecentosessantunesimo, duecentosessantatreesimo e duecentosessantacinquesimo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, che al riguardo sostituiscono per intero la precedente disciplina, con la conseguenza che la ripetizione non è subordinata alla sussistenza anche dei relativi presupposti secondo la disciplina precedente applicabile.

Nondimeno la normativa sopravvenuta non si applica ai recuperi già avvenuti, e quindi non giustifica, riguardo agli stessi, azioni di ripetizione in favore degli assicurati".

La Corte di Appello di Torino ha fatto corretta applicazione della legge nella parte della sentenza in cui ha ritenuto che anche il secondo comma dell'art. 13 della legge 30 dicembre 1991, n. 412 ("L'INPS procede annualmente alla verifica delle situazioni reddituali dei pensionati incidenti sulla misura o sul diritto alle prestazioni pensionisti-

che e provvede, entro l'anno successivo, al recupero di quanto eventualmente pagato in eccedenza") è stato temporaneamente sostituito dalla disciplina introdotta con l'art. 1 della legge n. 662 del 1996.

Né giova alla tesi della ricorrente la permanente vigenza dell'istituto della prescrizione, atteso che la prescrizione costituisce una causa di estinzione dell'obbligazione, mentre i termini fissati dal secondo comma citato riguardano la azionabilità del credito e, come tali, rientrano fra i presupposti della disciplina precedente, sostituiti, per gli indebiti anteriori al 1° gennaio 1996, dall'art. 1, commi 260 e seguenti, della legge n. 662 del 1996.

Il secondo motivo è anch'esso infondato.

Il comma 262 dell'art. 1 della legge n. 662/96 dispone: "Il recupero è effettuato mediante trattenuta diretta sulla pensione in misura non superiore ad un quinto. L'importo residuo è recuperato ratealmente senza interessi entro il limite di ventiquattro mesi. Tale limite può essere superato al fine di garantire che la trattenuta di cui al presente comma non sia superiore al quinto della pensione".

Ritiene il Collegio che tale disposizione — che concede eccezionalmente ad una delle parti il potere di provvedere al recupero del proprio credito senza la necessità, in assenza di contestazioni da parte dell'assicurato, di rivolgersi all'Autorità giudiziaria per munirsi di titolo idoneo a trattenere parte della pensione — riguardi il solo caso del recupero pacifico, ma non quello del recupero attuato dopo (più o meno lungo) contenzioso, che ha ritardato la restituzione dell'indebitito, con arricchimento del debitore (*plus dat qui cito dat*).

In altri termini, la rateizzazione e l'assenza di interessi valgono solo in caso di recupero amministrativo incontestato; non anche al momento, (spesso di molto) posteriore, del recupero giudiziario.

Restano, ovviamente, i limiti generali sulla pignorabilità della pensione.

Per tutto quanto esposto il ricorso va rigettato; la ricorrente non è tenuta al rimborso delle spese nei confronti del resistente Istituto, non ricorrendo gli estremi del giudizio manifestamente infondato e temerario (art. 152 disp. att. c.p.c.).

(*Omissis*)

Processo civile - Sentenza - Contenuto - Motivazione - Omessa - Punto decisivo della controversia - Assistenza sanitaria del cittadino italiano all'estero ai sensi della legge n. 595 del 1985 - Obbligo di informazione a carico dell'amministrazione sanitaria circa le strutture sanitarie esistenti in Italia idonee a fornire la stessa prestazione - Configurabilità - Conseguenze - Omessa valutazione da parte del giudice in ordine al mancato adempimento di tale obbligo - Vizio di motivazione - Sussistenza.

Sanità pubblica - Assistenza sanitaria - In genere - Assistenza sanitaria del cittadino italiano all'estero ai sensi della legge n. 595 del 1985 - Obbligo di informazione a carico dell'amministrazione sanitaria circa le strutture sanitarie esistenti in Italia idonee a fornire la stessa prestazione - Configurabilità - Conseguenze - Omessa valutazione da parte del giudice in ordine al mancato adempimento di tale obbligo - Vizio di motivazione per omesso esame di un punto decisivo della controversia - Sussistenza.

Corte di Cassazione - 4.11.2003, n. 16535 - Pres. Senese - Rel. D'Agostino - P.M. Fuzio (Conf.) - Olivieri (Avv. Tronci) - USL 6 Lecce in liquidazione (non cost.).

Con riferimento alle prestazioni assistenziali in forma indiretta presso centri di altissima specializzazione all'estero in favore di cittadini italiani residenti in Italia, per prestazioni che non siano ottenibili nel nostro Paese tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico, atteso che dalla legislazione vigente, nonché dai principi costituzionali di buon andamento della pubblica amministrazione e di tutela della salute del cittadino deriva un obbligo a carico dell'amministrazione sanitaria (Centri regionali di riferimento e USL) di informare il cittadino in ordine alle strutture sanitarie esistenti in Italia idonee a fornire le stesse prestazioni specialistiche richieste e praticate all'estero, l'omessa considerazione e valutazione da parte del giudice del merito del mancato i rispetto del suddetto obbligo e l'omessa verifica (da parte dello stesso giudice) se lo stesso inadempimento dell'obbligo possa configurare la situazione di eccezionale gravità ed urgenza idonea a rendere superflua la preventiva autorizzazione, integra vizio di motivazione per omesso esame di un punto decisivo della controversia.

FATTO — Con ricorso del 27.6.1995 Adriana Olivieri conveniva in giudizio avanti al Pretore di Lecce, in funzione di giudice del lavoro, la USL LE/6 ed esponeva: che al proprio coniuge, Michele Giulio, affetto da neoplasia polmonare, prima del decesso era stata consigliata una cura con chemioterapia locoregionale a mezzo di catetere angiografico all'epoca praticabile soltanto presso una clinica di Wiesbaden; che a tal fine era stata richiesta l'autorizzazione per l'assistenza sanitaria all'estero per ottenere il rimborso degli esborsi documentati; che con lettera in data 5 giugno 1995 la convenuta comunicava il diniego di autorizzazione del Centro Regionale di Riferimento, motivato con la presenza in Italia di strutture idonee ad eseguire le stesse prestazioni; che il diniego di autorizzazione era immotivato ed ingiustificato. Tanto premesso, la ricorrente chiedeva la condanna della USL al pagamento della somma di marchi 53.934, oltre accessori.

La USL LE/6 si costituiva e si opponeva alla domanda.

Il Tribunale di Lecce, con sentenza del 18.10.1999 rigettava il ricorso.

L'appello proposto dalla Olivieri veniva a sua volta respinto dalla Corte di Appello di Lecce con sentenza del 6 dicembre 2000.

In motivazione la Corte di merito osservava che dai verbali di causa e dai documenti prodotti risultava che già dal gennaio 1994 presso l'Ospedale "Bellaria" di Bologna si praticava la medesima terapia alla quale era stato sottoposto all'estero il dott. Giulio e che questi avrebbe potuto sottoporsi in Italia alla medesima terapia, alle stesse condizioni e con gli stessi farmaci, in quanto il centro italiano poteva competere con quello tedesco, mentre nulla poteva dedursi sui tempi di attesa da rispettare in Italia, non essendo mai stata presentata domanda di ricovero al Bellaria.

Per la cassazione di tale sentenza la Oliviero ha proposto ricorso con tre motivi. L'intimata, non si è costituita.

DIRITTO — Con il primo motivo, denunciando insufficiente ed erronea motivazione, la ricorrente lamenta che la Corte leccese non ha adeguatamente valutato che la USL LE/6 con lettera del 5.12.1994, nel comunicare al richiedente il parere sfavorevole del Centro Regionale di Riferimento, aveva genericamente dichiarato che "la chemioterapia locoregionale con catetere angiografico era praticabile in numerose strutture nazionali" senza peraltro indicarne neppure una, in tal modo non mettendo in condizioni il paziente di rivolgersi ad una struttura idonea e mostrando di non essere a conoscenza di quali strutture sanitarie praticassero in Italia tale terapia.

Con il secondo motivo, denunciando erronea valutazione delle prove, la ricorrente deduce che la Corte ha dato eccessivo ed ingiustificato rilievo a quella parte della lettera 20 gennaio 1998 con la quale il Primario dell'ospedale Bellaria comunicava che la medesima terapia era praticata in quella struttura sin dal 1994, ma ha trascurato la restante parte del documento, nella quale lo scrivente rilevava di non aver sufficienti elementi per stabilire se la terapia ivi praticata potesse avere nella specie la stessa efficacia curativa, così come ha trascurato di prendere in esame le lettere del dott. Aigner, primario della clinica di Wiesbaden, e del dott. Mastroleo dell'Ospedale di Lecce.

Con il terzo motivo, denunciando violazione dell'art. 2697 cod. civ., si sostiene che la ricorrente aveva assolto pienamente all'onere di fornire la prova del fatto costitutivo, avendo presentato richiesta di autorizzazione preventiva a fruire di prestazioni sanitarie all'estero, avendo provato che all'epoca nessuna struttura in Italia era in grado di praticare la terapia richiesta e avendo prodotto documentazione relativa alle spese sostenute.

I motivi di ricorso, che è opportuno esaminare congiuntamente per la loro stretta connessione, sono fondati nei limiti delle considerazioni che seguono.

La legge 23 ottobre 1985 n. 595 (Norme per la programmazione sanitaria) all'art. 3 comma 5 stabilisce che "con decreto del Ministero della sanità, sentito il Consiglio sanitario nazionale, previo parere del Consiglio superiore di sanità, sono previsti i criteri di fruizione, in forma indiretta, di prestazioni assistenziali presso centri di altissima specializzazione all'estero in favore di cittadini italiani residenti in Italia, per prestazioni che non siano ottenibili nel nostro Paese tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico".

In attuazione di tale norma il Ministero della Sanità ha emanato il D.M. 3 novembre 1989 con il quale si è stabilito che per le "prestazioni non ottenibili tempestivamente in Italia" e per le "prestazioni non ottenibili in forma adeguata alla particolarità del caso clinico" (art. 2) il cittadino italiano può rivolgersi a centri di altissima specializzazione

all'estero previa autorizzazione del Centro Regionale di Riferimento che, valutata la sussistenza dei presupposti sanitari per usufruire delle prestazioni richieste (impossibilità di fruire tempestivamente ovvero in forma adeguata alla particolarità del caso clinico) (art. 4) e valutata la altissima specializzazione della struttura estera (art. 5), autorizza o meno la prestazione dandone comunicazione alla Unità sanitaria locale competente (art. 4), fermo restando l'esonero dalla preventiva autorizzazione "per le prestazioni di comprovata eccezionale gravità ed urgenza" (art. 7). Per quanto rileva nel caso specifico, va rimarcato che è considerata "prestazione non ottenibile in forma adeguata alla particolarità del caso clinico" la prestazione che richiede specifiche professionalità ovvero procedure tecniche o curative non praticate ovvero attrezzature non presenti nelle strutture italiane pubbliche o convenzionate con il servizio sanitario nazionale (art. 2 comma 4).

Con D.M. 24 gennaio 1990 sono state indicate "le classi di patologia e le relative prestazioni erogabili presso centri di assistenza di altissima specializzazione all'estero" e sono stati determinati tempi massimi di attesa trascorsi i quali la prestazione è considerata non ottenibile tempestivamente in Italia presso le strutture pubbliche o convenzionate con il SSN; per quanto qui interessa il termine di attesa per i trattamenti chemioterapici di oncologia medica è stato fissato in 30 giorni.

Il successivo decreto 13 maggio 1993 per i casi di urgenza così ha modificato i commi 2 e 3 dell'art. 7 del precedente decreto: "Fermo restando la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di cui all'art. 2 (del D.M. 3 novembre 1989) si prescinde dalla preventiva autorizzazione per le prestazioni di comprovata eccezionale gravità ed urgenza ivi comprese quelle usufruite dai cittadini che si trovino già all'estero. In tali casi la valutazione sulla sussistenza dei presupposti e condizioni ed i pareri sulle spese rimborsabili sono date dal Centro di Riferimento territorialmente competente sentita la Regione. Le relative domande di rimborso devono essere presentate all'unità sanitaria locale competente entro tre mesi dall'effettuazione della relativa spesa a pena di decadenza del diritto di rimborso".

Così determinato il quadro normativo di riferimento, deve ritenersi che il provvedimento di rigetto della richiesta di autorizzazione non assolve all'obbligo della motivazione richiesto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241 con la generica indicazione dell'esistenza in Italia di centri idonei a praticare la medesima terapia richiesta dall'assistito.

Dal complesso di norme sopra indicate, e dai generali principi costituzionali di buona andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e di tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo (art. 32 Cost.), compito spettante in via principale alla medesima amministrazione, deriva certamente fa carico all'amministrazione sanitaria, e nella specie ai Centri Regionali di Riferimento ed alle Aziende sanitarie locali, un obbligo di informazione a favore del cittadino circa le strutture sanitarie di alta o altissima specializzazione esistenti in Italia idonee a fornire, per le patologie lamentate, le stesse prestazioni specialistiche richieste e praticate all'estero. È infatti compito fondamentale ed ineludibile della stessa amministrazione indirizzare il cittadino affetto da grave patologia, non adeguatamente curabile in sede locale, presso i centri di alta o altissima specializzazione del settore, di cui essa è certamente a conoscenza e con i quali è in contatto, non essendo pensabile lasciare all'assistito il compito di attivarsi per individuare dette strutture.

Tutto ciò premesso ne consegue che la motivazione della sentenza impugnata si rivela del tutto insufficiente per non aver adeguatamente preso in considerazione e valutato le circostanze: che il Centro Regionale di Riferimento, con nota n. 259 del 17.11.1994, nel negare al dott. Giulio la richiesta autorizzazione sul presupposto che in Italia esistessero diversi presidi specializzati che praticavano la stessa terapia, abbia omesso di fornire al richiedente le necessarie informazioni sul nome e l'ubicazione di tali strutture; che tali informazioni non siano state fornite neppure dalla ASL competente e che nessuna di dette strutture pubbliche si sia offerta di porre in contatto l'assistito con le strutture specialistiche nazionali. Né ha valutato la Corte territoriale se tale omissione, comportando per l'assistito un allungamento dei tempi di attesa per la necessità di ricercare i predetti ospedali e di mettersi in contatto con i medesimi, non integrasse per il dott. Giulio quella situazione di "eccezionale gravità e urgenza" che rendeva superflua la preventiva autorizzazione, visto che per comune esperienza lo sviluppo delle neoplasie e delle metastasi non si ferma in attesa del perfezionamento degli *iter* burocratici.

Le censure della ricorrente, dunque, si rivelano fondate nella parte in cui lamentano vizi di motivazione per l'omesso esame di un punto decisivo della controversia.

Conseguentemente la sentenza impugnata deve essere cassata per quanto di ragione e la causa deve essere rinviata per un nuovo esame ad altro giudice, designato in dispositivo, che provvederà anche al regolamento delle spese del presente giudizio di cassazione.

(Omissis)

Processo civile - Procedimenti speciali - Procedimenti in materia di lavoro e di previdenza - Impugnazioni - Appello - Prove nuove - Limiti di ammissibilità - Ammissione di prove precostituite - Condizione - Carattere effettivamente "nuovo" della documentazione - Necessità - Fondamento.

Corte di Cassazione - 3.11.2003, n. 16445 - Pres. Prestipino - Rel. De Renzis - P.M. Nardi (Conf.) - Pedone ed altri (Avv. Di Palma, Casamassima) - ATAF (Avv. Testa) - Regione Puglia (Avv. Vianello).

Il principio secondo cui è consentito al giudice di appello, ai sensi dell'art. 437 cod. proc. civ., ammettere prove precostituite, come quelle documentali, trova un contemperamento e un limite nel carattere effettivamente nuovo che la documentazione offerta in sede di impugnazione deve avere, atteso che, altrimenti, si finirebbe per consentire alla parte di aggirare la disposizione di cui all'art. 414, n. 5, cod. proc. civ., trasformando il giudizio di appello, da giudizio di riesame della decisione impugnata, a mera prosecuzione del giudizio di primo grado, con conseguente violazione della struttura e della logica del sistema che ispira la disciplina probatoria nel rito del lavoro.

FATTO — Con ricorso al Pretore di Foggia del 13.2.1993 Severino Pedone, Antonio Fantetti, Claudio Formiglio, Alberto Forcelli, Antonio Lasalvia, Luigi Frezza, Michele Patricelli, Matteo Curci, Antonio Barrea esponevano di essere dipendenti dell'ATAF, di avere prestato attività lavorativa nel giorno destinato al riposo settimanale senza recupero nel prosieguo del rapporto, di avere subito danno da "usura" per il mancato godimento del riposo, e precisamente con il riconoscimento di una giornata di retribuzione normale in luogo di ogni giornata di riposo compensativo non goduto.

Tutto ciò premesso, chiedevano che la convenuta fosse condannata al pagamento della complessiva somma indicata negli allegati conteggi analitici, oltre accessori.

La parte convenuta, costituendosi, contestava le avverse deduzioni e chiedeva il rigetto del ricorso, eccependo in ogni caso l'intervenuta prescrizione quinquennale dei crediti.

Nel corso del giudizio interveniva la Regione Puglia, sostenendo di essere subentrata all'ATAF e riportandosi alle argomentazioni difensive svolte dall'azienda convenuta.

All'esito il Pretore di Foggia con sentenza del 7.5.1999 rigettava le domande con compensazione delle spese.

Tale decisione, appellata dagli originari ricorrenti, veniva confermata dal Tribunale di Foggia con sentenza n. 435 del 2001.

Il Tribunale condivideva il rilievo del primo giudice in ordine alla carenza di prova, stante la contestazione dei conteggi, ai fini dell'individuazione delle giornate effettivamente impegnate con il lavoro senza il godimento del riposo e ai fini della determinazione della misura della retribuzione percepita dal lavoratore nella giornata da dedicare al riposo.

Lo stesso Tribunale aggiungeva che a tale carenza di prova i lavoratori avevano cercato di supplire mediante la produzione in appello delle buste paga, il che non era consentito, essendosi verificata una decadenza processuale, sia ai sensi del rito del lavoro, che vieta la produzione in fase di gravame di documentazione "nuova", sia ai sensi della novella del 1990, relativa al rito ordinario, che subordina l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova in appello "alla dimostrazione della parte di non averli potuti proporre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile".

I lavoratori indicati in epigrafe ricorrono per cassazione con tre motivi.

Resistono con distinti controricorsi l'ATAF e la Regione Puglia.

DIRITTO — In via preliminare va dichiarata l'inammissibilità del controricorso della Regione Puglia, in quanto risulta notificato il 20.9.2001, oltre il termine di venti giorni previsto dall'art. 370 C.P.C..

Con il primo motivo i ricorrenti, nel denunciare violazione dell'art. 416 - 3° comma - C.P.C. e vizio di motivazione, censurano l'assunto del Tribunale, secondo il quale l'ATAF e la Regione Puglia avevano contestato i conteggi, osservando che tali enti non avevano mosso specifici rilievi a tali conteggi e si erano limitati a doglianze generiche.

La censura è infondata.

Il Tribunale ha evidenziato che i conteggi, allegati al ricorso dei lavoratori, erano stati puntualmente contestati dagli enti resistenti nei loro scritti difensivi, i quali avevano eccepito in particolare la mancanza di prova in ordine all'effettività della prestazione nel giorno destinato al riposo, al numero di ore di lavoro svolte, nonché in ordine alla concreta collocazione temporale dei mancati riposi.

Lo stesso Tribunale ha puntualizzato, nel confermare la decisione del primo giudice, che la domanda dei lavoratori era carente sotto il profilo probatorio sia in ordine all'*an debeatur* (effettività delle prestazioni nel giorno di riposo) sia in ordine al *quantum debeatur* (misura della retribuzione percepita nella giornata da dedicare al riposo).

Trattasi di accertamento in fatto non sindacabile in sede di legittimità, essendo peraltro sostenuto da adeguata motivazione.

Con il secondo motivo i ricorrenti sostengono che il Tribunale ha erroneamente ritenuto inammissibile la produzione dei documenti (buste paga e fogli di presenza) avvenuta per la prima volta nel giudizio di secondo grado, trattandosi di prove già costituite, che si sottraggono al divieto sancito dall'art. 437 — 2° comma — C.P.C..

La censura non è fondata.

Anche a voler seguire l'impostazione dei ricorrenti, correttamente il Tribunale ha rilevato che la produzione di prove precostituite in appello trova il proprio limite nella già intervenuta decadenza processuale, riscontrata nel caso di specie dal primo giudice in relazione a lacune probatorie conseguenti all'omessa produzione delle buste paga.

In questo senso del resto si è espressa questa Corte, che ha osservato come il principio, secondo cui è consentito al giudice di appello, ai sensi dell'art. 437 C.P.C., di ammettere prove precostituite, come quelle documentali, trova un temperamento e un limite nel carattere effettivamente "nuovo" che la documentazione offerta in sede di impugnazione deve avere, atteso che, altrimenti, si finirebbe per consentire alla parte di aggirare la disposizione di cui all'art. 414 n. 5 C.P.C., trasformando il giudizio di appello, da giudizio di riesame della decisione impugnata, a mera prosecuzione del giudizio di primo grado, con conseguente violazione della struttura e della logica del sistema che ispira la disciplina probatoria nel rito del lavoro (sentenza n. 7233 del 4 agosto 1994; sentenza n. 1509 dell'11 dicembre 1995).

Con il terzo motivo i ricorrenti, nel dedurre la violazione dell'art. 61 C.P.C. e vizio di motivazione, si dolgono della mancata ammissione da parte del Tribunale della consulenza tecnica di ufficio.

Il motivo è infondato.

Va rilevato che le buste paga, che il consulente avrebbe dovuto esaminare, non potevano essere utilizzate, avendo il Tribunale ritenuto l'irrituale produzione delle stesse.

D'altro canto, l'esposta censura non ha pregio anche sotto il profilo della carenza del requisito dell'auto sufficienza, giacché nel ricorso per cassazione non viene indicato il contenuto della documentazione prodotta e si fa riferimento genericamente "a quella in possesso dell'Azienda", senza che quindi possa verificarsi la decisività del richiesto mezzo istruttorio.

Va, poi, sottolineato che, anche se si fosse provveduto a disporre la richiesta consulenza tecnica, questa non avrebbe potuto ovviare al mancato assolvimento dell'onere di allegazione e di prova, ai sensi dell'art. 2697 Cod. Civ., posto a carico dei ricorrenti.

Va, altresì, rilevato che la motivazione dell'istanza di rigetto della richiesta di consulenza tecnica è implicita nella mancata acquisizione, perché irrituale, della documentazione che avrebbe dovuto essere oggetto della consulenza medesima.

Non può, infine, trovare ingresso in questa sede il discorso dei ricorrenti sulla quantificazione delle retribuzioni e sulla liquidazione del danno (ivi compreso quello non

patrimoniale) in relazione all'opera prestata in giornate destinate a riposo, richiedendosi indagini di fatto, riservate al giudice di merito.

In conclusione il ricorso è destituito di fondamento e va rigettato.

Le spese del giudizio di cassazione seguono la soccombenza e si liquidano a favore dell'ATAF come da dispositivo.

Nessuna pronuncia per le spese va emessa nei confronti della Regione Puglia.

(Omissis)

Contributi - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Assunzione di lavoratori già licenziati a seguito di procedura di mobilità - Benefici contributivi ex art. 8 legge n. 223 del 1991 - Presupposti - Effettiva cessazione dell'originaria azienda - Necessità - Prosecuzione dell'attività aziendale da parte del medesimo imprenditore o da parte di impresa cessionaria - Spettanza dei benefici a seguito della riattivazione dei precedenti rapporti lavorativi - Esclusione - Fondamento - Disciplina ex comma 4 bis art. 8 L. n. 223 del 1991 introdotto dall'art. 2 D.L. n. 299 del 1994 - Limitazione dei presupposti per l'accusa alla decontribuzione - Configurabilità - Esclusione.

Corte di Cassazione - 3.11.2003, n. 16444 - Pres. Mattone - Rel. Miani Canevari - P.M. Finocchi Gherzi (Diff.) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo) - FLEXO S.r.l. (Avv. Scognamiglio).

Il riconoscimento dei benefici contributivi previsti dall'art. 8, quarto comma, legge n. 223 del 1991, in favore delle imprese che assumono personale dipendente già licenziato a seguito della procedura di mobilità ex art. 4 e 24 della stessa legge presuppone che vengano accertate l'effettiva cessazione dell'originaria azienda e la nuova assunzione da parte di altra impresa in base ad esigenze economiche effettivamente sussistenti; ne consegue che, ove l'azienda originaria, intesa nel suo complesso, abbia continuato o riprenda ad operare (non importando né se titolare sia lo stesso imprenditore o altro subentrante né lo strumento negoziale attraverso cui si sia verificata la cessione dell'azienda), la prosecuzione del rapporto di lavoro o la sua riattivazione presso la nuova impresa costituiscono non la manifestazione di una libera opzione del datore di lavoro, ma l'effetto di un preciso obbligo previsto dalla legge (art. 2112 cod. civ., come modificato dall'art. 47 legge n. 428 del 1990 e dal decreto legislativo n. 18 del 2001), come tale non meritevole dei benefici della decontribuzione, dovendosi peraltro escludere che il comma 4 bis del citato art. 8, introdotto dall'art. 2 del D.L. n. 299 del 1994, abbia limitato i presupposti della fattispecie esclusa dalla agevolazione contributiva a quelli previsti in detta nuova disposizione, la quale invece estende la fattispecie esclusa dal beneficio in esame e richiede in ogni caso la verifica della sussistenza dei presupposti per l'esclusione fissati nel comma quattro dello stesso art. 8.

FATTO — Con ricorso al Pretore di Udine la S.r.l. Flexo, premesso che con contratto del 28 maggio 1994 la società Linea S.r.l., aveva ceduto in affitto la propria azienda di produzione e commercio di articoli cartotecnici alla S.p.A. Garlatti, e che questa seconda società aveva ceduto in subaffitto parte dell'azienda stessa alla ricorrente società Flexo, la quale aveva provveduto ad assumere alcuni dipendenti della Linea S.r.l. posti in mobilità, chiedeva l'accertamento del proprio diritto ai benefici contributivi previsti dall'art. 8 della legge 23 luglio 1991 n. 223.

Costituitosi il contraddittorio con l'INPS, che contestava la sussistenza dei presupposti per l'attribuzione di tali benefici, il Pretore adito accoglieva la domanda e il Tribunale di Udine confermava tale decisione con sentenza del 9 aprile 2001.

Il giudice dell'appello rilevava che la Flexo S.r.l. aveva assunto in affitto solo una parte dell'azienda originaria ed uno dei capannoni aziendali, esercitando un'attività di tipo diverso da quello svolto in precedenza dalla Linea S.r.l.; che nella specie non ricorrevano gli estremi dell'ipotesi prevista dall'art. 8, comma 4 bis della legge n. 223/1991, essendo mancata ogni prova dell'esistenza di assetti proprietari coincidenti tra la Linea S.r.l. (dichiarata fallita) e le società subentrate nella gestione aziendale, o di rapporti di collegamento o controllo tra le medesime.

Ad avviso del Tribunale, l'affitto dell'azienda era stato preceduto da un valido licenziamento dovuto ad effettive ragioni di crisi; la messa in mobilità del personale e la sua parziale riassunzione soddisfaceva gli scopi previsti dal legislatore per il riconoscimento dei benefici contributivi, non potendo configurarsi nella specie un vero e proprio trasferimento dell'azienda in violazione delle norme imperative che impongono la continuazione dei rapporti di lavoro.

Avverso tale sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione affidato ad unico motivo, al quale la Flexo S.r.l. resiste con controricorso e ricorso incidentale condizionato, affidato a tre motivi ed illustrato da memoria. L'INPS ha depositato controricorso al ricorso incidentale.

DIRITTO — 1. — I ricorsi proposti contro la stessa sentenza devono essere riuniti ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ..

2. — Con l'unico motivo del ricorso principale si denunciano i vizi di violazione e falsa applicazione delle direttive CEE 77/187 e 98/50, degli artt. 1344, 2112 cod. civ. e dell'art. 8 comma 4 legge n. 223/1991 (in relazione all'art. 2697 cod. civ. e all'art. 15 6° comma legge n. 64/49), nonché difetto di motivazione.

L'INPS sostiene che il Tribunale non ha tenuto conto degli elementi di fatto acquisiti al processo, che dovevano escludere, in base ad una corretta interpretazione della normativa applicabile, l'attribuzione delle richieste agevolazioni contributive. Il giudice dell'appello non ha in particolare considerato che il contratto del 28 maggio 1994 tra la Linea S.r.l. e la Garlatti S.p.A. programmava un affitto di azienda con licenziamento del personale dipendente a seguito di accordo sindacale, e che il verbale di detto accordo, con data 9 luglio 1994, era stato sottoscritto sia dalla Linea S.r.l. che dalla Flexo S.r.l. Questo documento conteneva la seguente espressione: "si può ipotizzare un collegamento tra la società Linea S.r.l. e la società Flexo S.r.l.; quest'ultima assumerà parte dei lavoratori che saranno collocati in mobilità dalla Linea S.r.l. in prossima liquidazione".

La parte ricorrente argomenta dunque che con la sottoscrizione dell'accordo le parti datoriali contraenti hanno riconosciuto l'esistenza di un collegamento societario; che l'obbligo giuridico, assunto dalla società Flexo, di provvedere alla assunzione di lavoratori licenziati dalla S.r.l. Linea e posti in mobilità è incompatibile con la previsione del quarto comma dell'art. 8 della legge n. 23/1991, che riconosce il beneficio contributivo solo a favore dei datori di lavoro che non sono tenuti ad assumere i lavoratori iscritti alle liste di mobilità.

Si osserva poi che il licenziamento collettivo risale all'11 luglio 1994, mentre la riassunzione si è avuta meno di un mese dopo, il 1 agosto 1994; che la società Flexo ha subaffittato i locali dove svolgere la sua attività in data 4 novembre 1994, sicché per un certo periodo dall'inizio del nuovo rapporto la società ha retribuito dei lavoratori in mancanza di una sede ove operare; che, essendo seguito dopo un anno dai licenziamenti il fallimento della Linea S.r.l., la cronologia dei fatti lascia legittimamente inferire l'esistenza di una operazione economica per ottenere finanziamenti statali. Il giudice di appello non ha spiegato come la società sapesse di dover fallire un anno prima, ed avesse a tal fine preordinato la dismissione del patrimonio aziendale e concordato con le organizzazioni sindacali il licenziamento collettivo dei dipendenti, reperendo contestualmente un nuovo datore di lavoro che ancor prima di iniziare la sua attività si obbligava ad assumere i lavoratori licenziati conservando loro lo status economico e giuridico.

3.1. — Con il primo motivo del ricorso incidentale condizionato, mediante la denuncia dei vizi di violazione e falsa applicazione dell'art. 100 cod. proc. civ. e di difetto di motivazione, si rileva che l'ente previdenziale era carente di interesse ad agire, avendo la società Flexo operato in conformità a quanto previsto dalla circolare n. 122/1999 dell'INPS in ordine alla necessità di un accordo con avallo sindacale tra l'imprenditore che pone in mobilità i dipendenti e il soggetto che li assume, al fine di salvaguardare gli assetti occupazionali.

3.2. — Con il secondo motivo dello stesso ricorso si denunciano violazione e falsa applicazione dell'art. 2112 cod. civ. e difetto di motivazione; la parte contesta la sussistenza della fattispecie dell'art. 2112 cod. civ. in quanto la società Flexo ha assunto il personale posto in mobilità dalla società Linea tre mesi prima di aver acquisito la disponibilità di una parte dell'azienda.

Con il terzo motivo, denunciandosi ancora violazione e falsa applicazione dell'art. 2112 cod. civ. e difetto di motivazione, si afferma che l'INPS, terzo rispetto ai soggetti interessati dal trasferimento di azienda (datore di lavoro cedente, dipendenti e datore di lavoro cessionario) è estraneo all'applicabilità della norma dell'art. 2112 cod. civ., posto a tutela solo dei lavoratori.

4.1. — Il ricorso principale è infondato.

L'art. 8 della legge 23 luglio 1991 n. 223 — dopo aver previsto al primo comma che per i lavoratori in mobilità, ai fini del collocamento, si applica il diritto di precedenza nell'assunzione di cui al sesto comma dell'art. 15 della legge 29 aprile 1949, n. 264 e successive modificazioni ed integrazioni — stabilisce, al quarto comma, che al datore di lavoro che, senza esservi tenuto ai sensi del comma 1, 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 cinquanta per cento della indennità di mobilità che sarebbe stata corrisposta al lavoratore.

Il beneficio del contributo dell'indennità mensile è quindi escluso nell'ipotesi in cui il datore di lavoro sia tenuto all'assunzione ai sensi del primo comma della medesima disposizione, ossia nell'ipotesi in cui abbia assunto lavoratori in mobilità ai quali si applica il diritto di precedenza nell'assunzione previsto dal sesto comma dell'art. 15 della legge n. 264 del 1949 in base al quale i lavoratori licenziati da un'azienda per riduzione di personale hanno la precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda entro un anno.

Il comma 4 *bis* del citato art. 8 aggiunto dall'art. 2, comma 1, del D.L. 16 maggio 1994 n. 299, come modificato dalla legge di conversione 19 luglio 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...”.

In materia, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha più volte affermato che il riconoscimento dei benefici previsti dal citato art. 8 quarto comma della legge n. 223/1991 presuppone che vengano accertate l'effettiva cessazione dell'originaria azienda e la nuova assunzione da parte di altra impresa in base ad esigenze economiche effettivamente sussistenti; ne consegue che, ove l'azienda originaria, intesa nel suo complesso, abbia continuato o riprenda ad operare (non importando né se titolare sia lo stesso imprenditore o altro subentrante né lo strumento negoziale attraverso cui si sia verificata la cessione dell'azienda), la prosecuzione del rapporto di lavoro o la sua riattivazione presso la nuova impresa costituiscono non la manifestazione di una libera opzione del datore di lavoro, ma l'effetto di un preciso obbligo previsto dalla legge (art. 2112 cod. civ. come modificato dall'art. 47 legge n. 428 del 1990 e dal decreto legislativo n. 18 del 2001), come tale non meritevole dei benefici della decontribuzione (cfr. Cass. 4 marzo 2000 n. 2443, 2 aprile 2001 n. 4825, 27 giugno 2001 n. 8800 (1), 12 dicembre 2001 n. 15652, 17 dicembre 2001 n. 15949 (2), 28 ottobre 2002 n. 15207).

Cass. 5 maggio 2001 n. 6315 (3) ha in particolare osservato che la finalità del contributo di cui al quarto comma dell'art. 8 cit. è quella di incentivare il ricollocamento di lavoratori in mobilità percettori della relativa indennità di mobilità, contestualmente contenendo l'onere economico per l'ente previdenziale erogatore della provvidenza. Nel caso invece di riassunzione nella “medesima azienda” non c'è soltanto il ricollocamento di lavoratori di mobilità; c'è anche una sopravvenuta situazione di necessità di ampliamento del livello occupazionale che (pur non potendo escludersi) non è di norma in linea con le ragioni che legittimano l'avvio della procedura di mobilità e che giustificano, all'esito del procedimento disegnato dalla legge n. 223 del 1991, cit., la contrazione del livello occupazionale con l'estromissione dei lavoratori eccedenti. Il legislatore, nella sua discrezionalità, ha ritenuto di non incentivare questa evenienza, anche se non l'ha considerata con sospetto per le (altrimenti) possibili strumentalizzazioni al fine di lucrare il contributo in questione.

L'evenienza che il lavoratore esca dall'azienda (perché collocato in mobilità) e successivamente vi rientri (perché riassunto) è vicenda diversa da quella del lavoratore che esce definitivamente da un'azienda (a seguito del collocamento in mobilità) e trovi un nuovo posto di lavoro in un'altra azienda (dove è riassunto).

La diversità delle situazioni è poi sottolineata dalla citata disposizione del successivo comma 4 *bis* del medesimo art. 8 — comma introdotto dall'art. 2 del D.L. maggio 1994, n. 299, conv. in L. 19 luglio 1994, n. 451 — che ha ampliato la fattispecie esclusa dal beneficio del contributo in esame.

Questa assimilazione di alcune ipotesi in cui la riassunzione avviene in altra azienda, ma nella particolare situazione definita dal comma 4 *bis* dell'art. 8 (in cui nella sostanza vi è un unitario assetto proprietario dei beni aziendali, ancorché riferiti a più imprese) all'ipotesi in cui la riassunzione avviene nella medesima azienda, mostra ulteriormente che ciò che rileva è il dato oggettivo dell'azienda, non già quello soggettivo del datore di lavoro. Quando l'azienda è sostanzialmente la stessa, perché c'è una situazione di controllo o di collegamento, non di meno scatta l'esclusione del beneficio del contributo in esame. Ciò conferma che l'esclusione sicuramente c'è quando l'azienda è la “medesima” anche sotto il profilo strettamente formale, a nulla rilevando che l'imprenditore possa essere mutato per un qualsiasi fenomeno successorio “*inter vivos*” nel rapporto (come in caso di trasferimento, usufrutto, affitto d'azienda).

La disciplina in esame, dunque, si limita ad escludere il beneficio ove l'azienda dalla quale è stato estromesso il lavoratore a seguito di collocamento in mobilità sia la “medesima” di quella nella quale rientra a seguito della riassunzione. Ciò è condizione necessaria e sufficiente per escludere il beneficio del contributo in questione, senza necessità che sia anche identificabile una fattispecie di trasferimento d'azienda od altra equiparabile.

4.2.1. — La sentenza impugnata ha escluso che nel caso di specie si sia verificato un trasferimento di azienda, e che in ogni caso l'azienda della Linea S.r.l., presso la quale operavano i dipendenti posti in mobilità, si identifichi, nella sua entità organizzativa e produttiva, con quella dove gli stessi lavoratori ripresero servizio con l'assunzione alle dipendenze della società Flexo.

4.2.2. — Questo apprezzamento di fatto — adeguatamente motivato dal giudice di merito, sul rilievo che la medesima società Flexo acquisì solo parte della struttura aziendale oggetto del contratto di affitto con la Garlatti S.p.A — non viene censurato efficacemente dal ricorrente principale.

L'INPS, infatti, non indica specifiche circostanze di fatto trascurate dal Tribunale, idonee a dimostrare l'identità dell'elemento oggettivo del complesso aziendale; in mancanza di tale dato essenziale non possono assumere rilevanza decisiva le considerazioni in ordine alla dedotta esistenza di un disegno fraudolento diretto a ottenere indebite agevolazioni, mediante fittizie e preordinate interruzioni dei rapporti lavorativi.

4.3.1. — D'altro canto, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte, l'impegno assunto dalla società Flexo in sede di accordo sindacale per l'assunzione di lavoratori licenziati dalla Linea S.r.l. non rileva ai fini dell'attribuzione dei benefici in questione, posto, che la fattispecie esclusa dalle agevolazioni è definita dall'art. 8 citato mediante il duplice rinvio del comma 4 al comma 1 (perché il beneficio del comma 4 non si applica se il datore di lavoro è tenuto all'assunzione ai sensi del comma 1) e dello stesso comma 1 all'art. 15 (e segnatamente al suo comma 6) della legge 29 aprile 1949 n. 264 (atteso che il comma 1 dell'art. 8 estende ai lavoratori in mobilità il diritto di precedenza nell'assunzione di cui al comma 6 dell'art. 15).

L'obbligo di assunzione considerato dalla norma — come risulta chiaramente dal dato testuale — è dunque solo quello derivante dall'applicazione della disposizione di legge da ultimo citata, sicché l'esclusione dal beneficio non può derivare da altri obblighi giuridici di fonte negoziale, come quello assunto dalla società Flexo con la partecipazione all'accordo in sede sindacale; partecipazione che non contrasta affatto, in relazione al ricollocamento di lavoratori in mobilità in una diversa azienda, con l'agevolazione della tutela dei livelli occupazionali voluta dalla legge in esame.

4.3.3. — Inoltre, la sottoscrizione dell'accordo anche da parte della società Flexo non vale certamente a dimostrare l'esistenza di un collegamento tra le due società ai fini dell'applicazione del disposto dell'art. 8 comma 4 *bis* della legge 223/1991, non ricorrendo nella specie, secondo la sentenza impugnata, gli estremi delle ipotesi di coincidenza di assetti proprietari, o rapporti di collegamento o controllo tra la Linea S.r.l. e le società subentrate nella gestione aziendale.

Contrariamente a quanto affermato dalla parte, il giudice dell'appello non ha violato le regole di ripartizione dell'onere della prova, perché il convincimento espresso dal Tribunale non si fonda sulla mancata dimostrazione da parte dell'ente previdenziale delle condizioni ostative all'accesso ai benefici, ma sulla valutazione complessiva delle risultanze processuali, tali da escludere — in considerazione della diversa composizione societaria dei vari soggetti — gli estremi della fattispecie normativa in esame.

5. — Il ricorso principale deve essere pertanto respinto, restando assorbiti i motivi del ricorso incidentale condizionato.

6. — Si ravvisano giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese del presente giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 772

(2) *Idem, idem*, p. 652

(3) *Idem*, 2001, p. 1034

Prestazioni - Assicurazione contro le malattie - Maternità - Coltivatrici dirette - Indennità giornaliera di maternità - Presupposti - Iscrizione negli elenchi dei coltivatori diretti - Necessità - Principio del rischio pre-costituito - Applicabilità alle assicurazioni sociali - Esclusione - Fattispecie.

Corte di Cassazione - 3.11.2003, n. 16436 - Pres. Ciciretti - Rel. Cataldi - P.M. Finocchi Gherzi (Conf.) - INPS (Avv.ti Cerioni, Biondi) - Pagliuzzi (Avv.ti Rinaldi, Collidà).

La concessione alle coltivatrici dirette dell'indennità giornaliera di maternità, prevista dall'art. 1 della legge 29 dicembre 1987, n. 546, presuppone che al momento in cui si verifica l'evento indennizzabile la lavoratrice risulti iscritta negli elenchi dei coltivatori diretti, posto che la costituzione del rapporto previdenziale avviene solo con l'iscrizione negli appositi elenchi di categoria, ai sensi dell'art. 11 della legge 9 gennaio 1963, n. 9, come modificato dall'art. 63 della legge 30 aprile 1969, n. 153, senza che possa trovare applicazione in materia, stante il carattere obbligatorio delle assicurazioni sociali, il principio del rischio preconstituito. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva riconosciuto il diritto alla indennità giornaliera di maternità in favore di una coltivatrice diretta per la quale l'evento indennizzabile si era verificato prima della domanda di iscrizione negli elenchi, a decorrere dalla successiva data della domanda concernente la prestazione stessa).

FATTO — Il Pretore di Saluzzo accoglieva il ricorso proposto dalla sig. Silvia Palazzi nei confronti dell'INPS con il quale la ricorrente aveva chiesto che venisse riconosciuto il suo diritto, quale coltivatrice diretta, al trattamento di maternità, negato dall'Istituto, in relazione al parto avvenuto il 1° giugno 1996.

Avverso la decisione di primo grado l'INPS proponeva appello al Tribunale di Saluzzo che lo accoglieva solo sul punto riguardante il pagamento di interessi e rivalutazione, mentre lo rigettava per il resto. Osservava il giudice del gravame che, sebbene la coltivatrice avesse richiesto l'iscrizione negli appositi elenchi dei coltivatori diretti solo dopo l'inizio del periodo indennizzabile, richiedendo tuttavia la retrodatazione degli effetti, nessun rilievo poteva attribuirsi alla data di presentazione della richiesta di iscrizione negli elenchi dei coltivatori diretti, posto che l'art. 3 della legge 546/87 richiedeva unicamente il possesso dello *status* di coltivatrice diretta e che tale requisito sussisteva in capo alla ricorrente ed era stato riconosciuto dallo stesso Istituto in forza della efficacia retroattiva della iscrizione stessa a cui era conseguita la richiesta di contributi anche per il periodo anteriore alla presentazione della domanda di iscrizione. Riteneva il Tribunale che nel caso di specie non era invocabile il principio del "rischio preconstituito" in quanto la posizione dell'INPS non era in alcun modo assimilabile a quella disciplinata dall'art. 1895 c.c. per la rilevanza pubblicistica delle assicurazioni sociali ed era fuorviante il richiamo alla non applicazione nei confronti dei lavoratori autonomi del principio dell'"automatismo della prestazione" in relazione alla non provata circostanza del mancato pagamento dei contributi per il periodo regolarizzato con effetto retroattivo.

Per la cassazione della sentenza del Tribunale l'INPS propone ricorso formulandolo in un unico motivo.

La sig. Pagliuzzi resiste con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso, denunciando violazione e/o falsa applicazione degli art. 1, 2, 3 e 6 della legge 29 dicembre 1987 n. 546, dell'art. 11 della legge 9 gennaio 1963 n. 9 come modificato dall'art. 63 della legge 30 aprile 1969 n. 153, dell'art. 4 quarto comma del D.Lgs. 9 aprile 1946 n. 212, del combinato dispo-

sto degli art. 1886 e 1895 C.C., dell'art. 62 legge 3 aprile 1969 n. 153, dell'art. 2697 C.C. in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., nonché carenza e contraddittorietà di motivazione in relazione all'art. 360 c.p., l'Istituto ricorrente censura la sentenza impugnata per avere il Tribunale omissso di esaminare la normativa del settore sopra indicata per la quale l'instaurazione del rapporto previdenziale per i coltivatori diretti decorre dalla iscrizione negli appositi elenchi.

Ritenuto dunque, che il momento determinante ai fini previdenziali e delle prestazioni è quello della iscrizione (o meglio quello della domanda di iscrizione ex art. 4 D.Lgs n. 212/1946, secondo un criterio interpretativo costituzionalmente corretto), solo da tale momento andava esaminata la cd. preesistenza o meno del rischio, ai fini del riconoscimento delle prestazioni, essendo irrilevante che il rapporto, per altri versi (obbligo retributivo), potesse retroagire: con la conseguenza che nel caso in esame, in cui la domanda di iscrizione era avvenuta successivamente all'inizio del periodo indennizzabile, nel momento in cui si era verificato l'evento assicurato, cioè allo stesso inizio del periodo indennizzabile, non si era ancora instaurato il rapporto previdenziale e la coltivatrice, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1886 e 1895 del codice civile, applicabili anche nel vigente ordinamento previdenziale caratterizzato dalla finalità di tutela del rischio, non poteva vantare alcun diritto alla prestazione di maternità essendo l'evento preconstituito all'inizio del rapporto previdenziale.

Riguardo alla decorrenza retroattiva per il pagamento dei contributi prosegue il ricorrente, essa era addebitabile esclusivamente all'inadempienza del dovere-onere di tempestiva denuncia da parte dei soggetti interessati circa l'insorgenza dei presupposti di legge per l'assicurazione obbligatoria, dovendosi distinguere tra rapporto previdenziale, avente ad oggetto l'erogazione delle prestazioni, che può essere legato ad ulteriori requisiti, e rapporto contributivo, avente ad oggetto il pagamento dei contributi. L'Istituto censura inoltre la sentenza impugnata che aveva ritenuto ininfluyente il mancato versamento dei contributi assicurativi per il periodo regolarizzato con effetto retroattivo, giudicandolo comunque non provato; deduce in proposito che per i lavoratori autonomi non vigeva il principio della automaticità delle prestazioni e che l'onere di dimostrare il pagamento dei contributi era a carico della lavoratrice.

Il motivo, pur basandosi su alcune considerazioni che questa Corte condivide e che rendono necessaria la correzione della motivazione della sentenza impugnata, è infondato.

Va premesso che se il rapporto giuridico assicurativo nei confronti dell'ente previdenziale sorge, di regola, come diretta conseguenza di un'attività di lavoro subordinata o autonoma svolta da un determinato soggetto, talvolta tuttavia, per la nascita del rapporto la legge esige la presenza di ulteriori presupposti, come avviene ad esempio quando è richiesta l'iscrizione dell'interessato in determinati elenchi o albi professionali: in questi casi la nascita del rapporto giuridico previdenziale è subordinata all'esistenza, oltre che dell'elemento essenziale costituito dallo svolgimento dell'attività lavorativa, anche di altri elementi, egualmente necessari, e l'obbligo dell'assicuratore, al verificarsi dell'evento protetto, è condizionato dall'esistenza di tutti i presupposti previsti dalla legge.

Tale evenienza si verifica per i coltivatori diretti, il cui rapporto previdenziale non si costituisce nel momento in cui viene ad esistenza una posizione lavorativa

astrattamente idonea a legittimare l'iscrizione nell'elenco di categoria, occorrendo invece necessariamente l'effettiva iscrizione allo stesso (Cass. 5 marzo 2001 n. 3192).

Ciò trova preciso fondamento nella normativa del settore per la quale il requisito dell'assicurazione per i coltivatori diretti si consegue con la pubblicazione degli appositi elenchi quinquennali, nella cui vigenza sono compilati, per ciascun anno, entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello di competenza, elenchi di variazione e supplementi relativi ad anni decorsi (art. 11 legge 9 gennaio 1963 n. 9, modificato dall'art. 63 della legge 30 aprile 1968 n. 153).

Tant'è vero che, per quanto attiene alla prestazione di malattia, al fine di non pregiudicarne la fruizione, il settimo comma dell'art. 11, ora citato, prevede la possibilità di ottenere l'iscrizione in via di urgenza, secondo quanto stabilito per i lavoratori agricoli dipendenti ai sensi dell'art. 4 quarto comma del D.lgt. 9 aprile 1946 n. 212. Non c'è dubbio che la necessità ravvisata dal legislatore dell'applicazione ai coltivatori diretti della possibilità di ottenere il cd. certificato d'urgenza, sì che, nelle more della formazione degli elenchi, gli effetti dell'iscrizione possono essere anticipati con l'esibizione di detto certificato attestante il diritto all'iscrizione negli elenchi dell'anno in corso, con conseguente ammissione alle prestazioni previdenziali dalla data di richiesta del certificato stesso. (Corte Cost. 10 novembre 1995 n. 483 (1)), costituisce una conferma di evidente valore sistematico ed interpretativo, del significato da attribuirsi agli elenchi di categoria.

Per quanto riguarda più specificamente la pretesa economica fatta valere in giudizio dalla coltivatrice diretta, va richiamata la legge 29 dicembre 1987 n. 546, che all'art. 1 prevede la corresponsione di un'indennità giornaliera per i periodi di gravidanza e puerperio nei confronti delle lavoratrici autonome tra cui, espressamente, le coltivatrici dirette, mentre il successivo art. 6 fa riferimento alle lavoratrici iscritte ai fini dell'assicurazione generale obbligatoria e, come tali, inserite negli appositi elenchi.

Ne discende, da un lato, che i criteri generali sopra illustrati previsti per l'assicurazione pensionistica e di malattia dei coltivatori diretti, fondati sulla iscrizione negli elenchi di categoria, devono essere ritenuti operanti anche in relazione all'assicurazione di maternità delle coltivatrici dirette (Cass. 5 marzo 2001 n. 3192) e dall'altro che il principio relativo al rischio precostituito non appare conciliabile con le assicurazioni sociali dove vige il principio dell'obbligo assicurativo.

È, dunque, con riguardo al momento della iscrizione (o meglio della richiesta di iscrizione, in base alla sentenza della Corte Costituzionale n. 483 del 1995 citata) che andava accertata dal Giudice *a quo* l'esistenza dell'evento tutelato ai fini del riconoscimento delle prestazioni.

Ed è proprio quello che si è verificato nel caso in esame, in cui al di là delle motivazioni adottate dal Tribunale, non in sintonia con quanto sopra detto, il giudice del merito ha riconosciuto il diritto della ricorrente ad usufruire delle prestazioni di maternità non dalla data di inizio del periodo indennizzabile, in cui il rapporto assicurativo non si era ancora instaurato, ma dalla data della domanda, successiva alla iscrizione negli elenchi.

Come risulta infatti sia dal ricorso dell'INPS che dalla sentenza impugnata, il

periodo indennizzabile, decorreva dal 9 aprile 1996, mentre la coltivatrice aveva provveduto ad iscriversi negli elenchi soltanto il 15 aprile 1996: tuttavia il Tribunale fa decorrere la prestazione soltanto dal successivo 4 luglio 1996, data in cui la coltivatrice ha proposto la domanda di corresponsione dell'indennità, in epoca successiva all'iscrizione, quando il rapporto previdenziale tra la lavoratrice agricola e l'istituto ricorrente si era già instaurato. Non è infatti necessario che i requisiti per il godimento del diritto alle prestazioni di maternità debbano sussistere al momento dell'inizio del periodo di astensione obbligatoria. Basta richiamare in proposito la sentenza della Corte Costituzionale 29 marzo 1991 n. 132 (2) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17 comma 2 della legge 30 dicembre 1971 n. 1204 nella parte in cui — per le lavoratrici con contratto di lavoro a tempo parziale su base annua, allorquando il periodo di astensione obbligatoria abbia inizio più i sessanta giorni dopo la cessazione del precedente periodo lavorativo — esclude il diritto all'indennità giornaliera di maternità anche in relazione ai previsti successivi periodi di ripresa dell'attività lavorativa: anche nell'ipotesi esaminata dalla Corte Costituzionale, all'inizio del periodo di astensione obbligatoria non era in atto un rapporto assicurativo tra la lavoratrice e l'istituto previdenziale, circostanza peraltro non ritenuta ostativa al godimento dell'indennità dalla successiva data prevista per la ripresa del rapporto lavorativo di *part time* verticale.

Il ricorso va pertanto rigettato.

L'INPS soccombente va condannata al pagamento delle spese del giudizio di cassazione.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 328

(2) *Idem*, 1991, p. 416

Contributi - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Attività economica - Carattere imprenditoriale - Estremi - Remunerazione dei fattori produttivi - Necessità - Scopo di lucro - Irrilevanza - Limiti - Fattispecie relativa all'accertamento del carattere imprenditoriale di attività svolta dalla Comunità ebraica di Venezia.

Corte di Cassazione - 3.11.2003, n. 16435 - Pres. Prestipino - Rel. De Matteis - P.M. Fuzio (Diff.) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo) - Comunità Ebraica di Venezia (Avv.ti Limentani, Balich).

In tema di inquadramento delle imprese ai fini previdenziali, la nozione di imprenditore, ai sensi dell'art. 2082 cod. civ., va intesa in senso oggettivo. dovendosi riconoscere il carattere imprenditoriale all'attività economica organizzata che sia ricollegabile ad un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce lo imprenditore ad esercitare la sua attività e dovendo essere, invece, escluso il suddetto carattere imprenditoriale dell'attività nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso il carattere imprenditoriale dell'attività svolta dalla Comunità ebraica di Venezia nella gestione di una casa di riposo, assumendo apoditticamente che la qualifica imprenditoriale è incompatibile con la funzione socio assistenziale svolta dalla Comunità ebraica).

FATTO — L'INPS ha ottenuto decreto ingiuntivo di pagamento nei confronti della Comunità Ebraica di Venezia per contributi TBC ed ENAOLI evasi da cooperative, i cui soci o dipendenti erano attivi in una casa di riposo per anziani gestita dalla comunità, rispetto alle quali l'INPS assumeva che la Comunità fosse soggetto interponente ai sensi della Legge 23 ottobre 1960, n. 1369.

Il Pretore ha accolto l'opposizione e revocato il decreto ingiuntivo opposto, fatta eccezione per la posizione di una lavoratrice. Pur disattendendo la tesi della Comunità, di non essere tenuta al pagamento dei contributi a causa della sua natura pubblica, ai limitati fini previdenziali, il Pretore ha ritenuto che la Comunità Ebraica di Venezia fosse un soggetto privo di natura imprenditoriale, e pertanto non era invocabile nei suoi confronti la Legge 23 ottobre 1960, n. 1369.

Avverso tale sentenza hanno proposto appello principale l'INPS, instando per il rigetto della opposizione, ed appello incidentale la Comunità Ebraica di Venezia, per l'accoglimento della sua tesi sulla natura pubblica.

Il Tribunale di Venezia, con sentenza 23 marzo/3 luglio 2000 n. 73, ha rigettato entrambi gli appelli, confermando la motivazione della sentenza impugnata basata sull'assenza di carattere imprenditoriale. Ha ritenuto, con il Pretore, che la comunità svolge, in relazione alla casa di riposo per anziani membri della comunità, funzioni socio assistenziali e non persegue scopi lucrativi, sicché non ha la qualifica di imprenditore rilevante ai sensi dell'art. 1 Legge 23 ottobre 1960, n. 1369; che tale qualifica è stata esclusa anche in sede penale; che, in fatto, deve ritenersi che la comunità ha appaltato alle varie cooperative di lavoro e ai di loro soci i servizi di gestione della casa di riposo, con appalto legittimo. Ha aggiunto: anche ad ammettere, con l'Istituto appellante, che la gestione della casa di riposo configuri una ulteriore attività, estranea a quella istituzionale, con criteri di economicità, di natura economica e lucrativa, si tratterebbe, in ogni caso, di attività non prevalente e non svolta con connotazione di professionalità, ed in definitiva non imprenditoriale.

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

La intimata si è costituita con controricorso, resistendo; ha proposto ricorso incidentale per l'accoglimento della nota questione di diritto già proposta con l'appello incidentale.

Entrambe le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

DIRITTO — Vanno preliminarmente riuniti il ricorso principale ed il ricorso incidentale proposti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 335 c.p.c..

Con unico motivo l'Istituto ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 Legge 23 ottobre 1960, n. 1369, nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5 c.p.c.), censura la sentenza impugnata, per avere confuso i due piani: quello dell'attività culturale della comunità tutelata dell'ordinamento statuale come tipica delle Confessioni Religiose e l'attività non culturale, quale è quella di causa, della quale il Tribunale ha affermato aprioristicamente e senza alcuna verifica del materiale probatorio la natura non imprenditoriale dell'attività svolta.

Rimprovera alla sentenza impugnata di non avere motivato su varie circostanze di fatto accertate nei verbali ispettivi, delle quali, in relazione al motivo di ricorso, appaiono rilevanti le seguenti:

a) la menzionata comunità gestiva una casa di riposo per la quale riscuoteva dagli ospiti delle rette mensili;

b) presso la casa di riposo prestavano la propria opera subordinati per i quali la comunità provvedeva a versare regolarmente i contributi e accanto a costoro si trovavano altri lavoratori, chiamati a sostituire i lavoratori della casa di riposo, dipendenti da società cooperative che provvedevano a inviare su richiesta della casa di riposo.

Il motivo è fondato.

Si deve premettere che anche l'attività di cura può essere svolta in forma d'impresa (Sezioni Unite sent. 3353/1994 (1); Cass. 23.2.1988 n. 1932 (2); Cass. 15.1.1987 n. 281 (3)).

Analogo principio va affermato per l'attività di assistenza svolta attraverso case di riposo per anziani, congiunta, oppure no, ad attività di cura.

Infatti, secondo la elaborazione evolutiva della dottrina e della giurisprudenza, connesse anche all'imponente fenomeno storico delle aziende pubbliche e di quelle con fine pubblico ma forma privatistica (ad. es. a partecipazione statale), nelle quali spesso il profitto manca, la nozione di imprenditore, ai sensi dell'art. 2082 cod. civ. (e dell'art. 1 L. 1369/1960), va intesa in senso oggettivo: l'attività imprenditoriale sussiste ogniqualvolta l'attività economica organizzata sia ricollegabile ad un dato obiettivo inerente alla attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, atteso che lo scopo di lucro riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la suddetta attività; deve viceversa essere esclusa la natura imprenditoriale nel caso che l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti (amplius Cass. sent. 14 giugno 1994 n. 5766, alla cui motivazione si rinvia).

Quando poi un soggetto non imprenditore, come la comunità ebraica controricorrente, svolga un'attività suscettibile di essere qualificata come imprenditoriale, a tale ultimo fine occorre verificare non tanto se l'attività economica sia prevalente od esclusiva nell'ambito dell'attività generale del soggetto, quanto se essa si ponga con caratteri di

autonomia nell'ordinamento giuridico (argomento *ex* Cass. 5766/1994 cit., relativa al carattere imprenditoriale dell'Ospedale del Bambino Gesù di Roma, appartenente al patrimonio ben più ampio della Santa Sede).

La sentenza impugnata risulta carente laddove esclude, senza adeguata motivazione, la natura imprenditoriale dell'attività svolta.

Detta sentenza riporta in parte narrativa la motivazione pretorile, secondo cui la qualifica imprenditoriale è incompatibile con la funzione socio-assistenziale svolta dalla Comunità ebraica, che non persegue scopi lucrativi.

Nella parte motiva afferma: "l'appello è infondato. Quand'anche si assumesse come svolta dalla Comunità ebraica, seppure estranea alla attività istituzionale del soggetto... ulteriore attività con criteri di economicità, come connotata dalla natura economica e lucrativa nella predisposizione di servizi per i consociati... ebbene è evidente che si tratterebbe, in ogni caso, di attività affatto prevalente e non svolta con connotazione di professionalità".

Nella motivazione riportata, attraverso la concessiva "quand'anche", si può ravvisare un'adesione del Tribunale alla motivazione pretorile, e quindi una motivazione *per relationem*.

In ogni caso essa è errata sotto un duplice profilo: perché è apodittica la esclusione del carattere imprenditoriale, in relazione al quale non indica i criteri di identificazione della nozione; perché è erroneo il criterio, in caso di attività promiscue, del carattere esclusivo o prevalente.

L'accoglimento del ricorso principale comporta l'assorbimento di quello incidentale, con il quale la Comunità Ebraica di Venezia ripropone la tesi sulla natura pubblica, ai limitati fini previdenziali, delle Comunità Ebraica e dell'Unione delle Comunità ebraiche.

Peraltro, questa Corte, nella causa RG 6299/2001 chiamata alla stessa udienza, ha enunciato i seguenti principi di diritto:

1. — la natura privatistica delle Comunità ebraiche non preclude la conservazione del regime previdenziale pubblicistico, per i dipendenti assunti prima dell'entrata in vigore della Legge 8 marzo 1989, n. 101 (Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane);

2. — secondo tale regime pubblicistico, le Comunità ebraiche sono debentrici verso l'INPS dei contributi per il Servizio sanitario nazionale, e (in via di anticipazione) per i contributi GESCAL previsti dall'art. 10 lett. b) Legge 14 febbraio 1963, n. 60 a carico dei lavoratori.

Non sono viceversa debentrici per i contributi per tubercolosi, per il fondo di garanzia per trattamento di fine rapporto e per la parte dei contributi previsti dall'art. 10 lett. c) Legge 14 febbraio 1963, n. 60 a carico dei datori di lavoro.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 604

(2) *Idem*, 1988, p. 1570

(3) *Idem*, 1987, p. 1449

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Contributi - Socio amministratore di S.r.l. - Iscrizione alla gestione separata ex L. 335/95 - Iscrizione alla gestione commercianti - Domanda di cancellazione - Onere della prova dell'esercizio della mera attività di amministratore - Esercizio abituale di attività commerciale - Sussiste l'obbligo di iscrizione ad entrambe le gestioni - Nozione di attività prevalente ex art. 1 co. 208 L. 662/1996 - Inconferenza.

Corte di Appello di Brescia - 18.9/4.11.2003, n. 262 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - Colombo (Avv.ti Circolari, Carceri) - INPS (Avv.ti Casagli, Guerrera).

Il socio amministratore di una S.r.l., che si sia iscritto ex art. 1 c. 202 ss. L. 662/96 alla gestione commercianti dichiarando di prestare abitualmente attività commerciale nell'ambito dell'impresa e chieda in seguito la cancellazione, è onerato dalla prova dell'esercizio delle mere funzioni di amministratore e, in difetto di tale prova, è tenuto all'iscrizione alla gestione assicurativa dei commercianti, a nulla rilevando la simultanea iscrizione alla gestione separata ex L. 335/1995 per l'attività di amministratore, che è obbligatoriamente dovuta e sottratta al giudizio di prevalenza di cui all'art. 1 co. 208 L. 662/1996.

FATTO — Con ricorso depositato il 19.12.2000 Bruno Colombo proponeva opposizione contro la cartella esattoriale notificatagli il 9.11.2000 con la quale si chiedeva il pagamento di £. 5.086.091, quali contributi alla gestione commercianti relativi agli anni 1997 e 1998, negando la sussistenza del credito.

A parere del ricorrente l'INPS non poteva vantare alcun credito in quanto la sua attività prevalente era quella di amministratore unico della S.r.l. Turisberg Agri Sport e il relativo compenso era regolarmente sottoposto a contribuzione con versamenti presso la gestione separata di cui all'art. 2 comma 26 L. 335/95: benché quindi socio della stessa società non era tenuto al pagamento di ulteriori contributi alla gestione commercianti in quanto nei suoi confronti non era applicabile la disciplina di cui all'art. 1 comma 202 e ss. L.662/1996. Ne derivava quindi non solo la richiesta di annullamento della cartella ma anche quella di restituzione della somma indebitamente versata per il periodo pregresso, pari a £. 4.442.511.

Nella contumacia dell'esattoria, si costituiva l'INPS ricordando che proprio il ricorrente il 20.10.1997 aveva chiesto l'iscrizione negli elenchi degli esercenti attività commerciali, solo successivamente chiedendo la cancellazione: in realtà la doppia iscrizione era esatta e conforme a quanto in concreto svolto dal Colombo la cui attività prevalente era la pre-

stazione lavorativa a favore della società di cui era socio.

Il primo giudice, sentiti i testimoni, respingeva la domanda ritenendo provato in concreto lo svolgimento, da parte del ricorrente, dell'attività di commerciante per cui l'iscrizione e i relativi contributi reclamati con la cartelle erano dovuti.

Proponeva tempestivo appello il Colombo censurando che si fosse data rilevanza alle dichiarazioni testimoniali di contenuto ambiguo e non si fosse tenuto conto della circostanza documentale che il ricorrente percepiva compensi rilevanti come amministratore il che stava a significare l'assoluta prevalenza di tale attività.

Si costituiva l'INPS chiedendo la conferma della sentenza in quanto il dato testuale normativo imponeva esattamente la soluzione adottata dal primo giudice.

All'odierna udienza la causa era discussa e decisa con sentenza, del cui dispositivo era data immediata lettura.

DIRITTO — Per comprendere la questione devono essere meglio precisati i fatti.

Il sig. Colombo, socio e amministratore unico della società Turisberg Agri Sport S.r.l. si iscriveva con decorrenza dal 14.5.1997 negli elenchi degli esercenti attività commerciali, dichiarando che tale era la sua attività prevalente. Successivamente chiedeva di essere cancellato, rimanendo iscritto alla sola gestione separata, sostenendo, al contrario, che la sua attività all'interno della società era di pura amministrazione e per essa percepiva un solo compenso: avendo l'INPS rifiutato la cancellazione il ricorrente cessava comunque di versare i contributi anche nella gestione commercianti, ritenendoli non dovuti in quanto l'iscrizione era frutto di errore.

La cancellazione gli era stata negata perché, a parere dell'INPS, l'attività di amministratore non era affatto prevalente e comunque l'iscrizione negli elenchi degli esercenti attività commerciali era conseguenza del semplice svolgimento da parte sua dell'attività di socio nell'impresa commerciale: ne conseguiva che il reddito d'impresa dichiarato dalla società e rapportato al socio (in base alla sua percentuale sugli utili anche se non distribuiti) doveva essere assoggettato a contribuzione o comunque dovevano essere pagati i contributi fissi o entro il minimale, quelli appunto reclamati con la cartella esattoriale.

Ritiene la Corte, in ciò accedendo alle tesi sostenute dalla maggior parte dei giudici di merito, che sia sempre possibile fornire la prova che l'attività svolta sia assoggettabile all'una o all'altra gestione contributiva e che l'eventuale iscrizione, difforme dal vero, sia stata frutto di un errore, ma in un caso come questo, nel quale l'iscrizione alla gestione commercianti è stata frutto di volontaria dichiarazione del ricorrente che ha inoltre definito tale attività come quella da lui svolta in prevalenza, l'onere della prova deve essere rigorosamente a carico del Colombo.

Infatti egli, presentando la propria domanda di iscrizione, ebbe a dichiarare di prestare la propria opera nell'impresa con carattere di abitudine e prevalenza dal 14.5.1997 e ciò ai sensi e per gli effetti proprio dell'art 1 comma 203 L. 662/1996 che assoggetta all'iscrizione (lett. c) i soggetti che "partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitudine e prevalenza": doveva quindi fornire la prova, in questo giudizio, di svolgere viceversa, fin dall'inizio o successivamente, solo l'attività di amministratore, onde il relativo compenso non poteva che essere assoggettato a contribuzione secondo, le regole della gestione speciale della L. 335/95.

Tale prova è, invece, completamente mancata, anzi sia la teste Paganoni che il teste

Chelo hanno descritto l'attività del Colombo in modo incompatibile con quella del semplice amministratore.

In una società, ben descritta in atti come di piccole dimensioni (che gestisce un'agenzia di viaggio composta da 18 dipendenti) l'amministratore unico non opera anche direttamente con i clienti, stando in agenzia, non tratta con le banche e non segue in concreto, anche con viaggi all'estero, il settore *tour operator*, attività tutte queste tipiche dell'attività lavorativa autonoma e non di quella di gestione economica generale che fa capo all'amministratore unico.

Lungi quindi da dare la prova di una mera presenza da amministratore, emerge con chiarezza che la dichiarazione resa all'atto dell'iscrizione corrisponde alla realtà dei fatti, e cioè che in realtà il Colombo era anche titolare di un potere gestionale, direttivo e di controllo con impegno costante e rilevante anche in termini di tempo, ossia dell'attività imprenditoriale svolta.¹

Esatta appare, quindi, l'iscrizione nell'elenco degli esercenti attività di commercio che ovviamente va ad assoggettare a contribuzione solo il reddito che percepisce come socio, che rappresenta la remunerazione del lavoro personale svolto in via autonoma a, fin nell'impresa.

Questa forma di iscrizione non è incompatibile con quella presso la gestione speciale come ben si evince, tra l'altro, dal testo dell'art. 59 comma 161 449/1997 (e nello stesso senso è sostanzialmente la legge finanziaria 289/2003) che esclude dall'aumento dell'aliquota percentuale della contribuzione a cui sottoporre i proventi soggetti alla gestione separata coloro che risultano già iscritti, proprio come il ricorrente, in altre forme obbligatorie.

È infatti principio generale informatore del sistema previdenziale che non vi siano redditi relativi ad attività lavorativa autonoma o subordinata che sfuggano al prelievo contributivo e il criterio della prevalenza di cui all'art. 1 comma 208 L. 662/96 serve al diverso caso in cui le iscrizioni potrebbero essere tra loro incompatibili (ad es. artigiani e commercianti) ma non nei casi come quello in esame.

Ne consegue che deve essere integralmente confermata la sentenza del primo giudice, che a tali principi si è attenuta.

La natura della controversia e l'incertezza dei dati normativi legittima comunque la compensazione delle spese.

(Omissis)

Prestazioni - Cassa integrazione guadagni - Pretesa illegittimità diniego - Mancata impugnativa nei termini - Obbligazione retributiva a carico del datore di lavoro - Responsabilità dell'INPS - Infondatezza.

Corte d'Appello di Brescia - 19.06/30.09.2003, n. 190 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - Fustinoni S.p.A. (Avv.ti Circolari, Maggese, Carzeri) - Rinaldi (Avv. Ponte) - INPS (Avv.ti Saia, Guerrera).

Quando un provvedimento di diniego di ammissione alla C.I.G. non sia più aggredibile in sede giurisdizionale per prescrizione dell'azione, la società datrice di lavoro non può tardivamente opporre l'illegittimità, per contrastare le richieste retributive del dipendente, delle quali deve quindi rispondere, risultando infondata la pretesa di addebitarle, in via risarcitoria, all'INPS.

FATTO — Con ricorso ritualmente notificato, Roberto Rinaldi adiva il giudice del lavoro di Bergamo al fine di ottenere la corresponsione, da parte della società datrice di lavoro, la Fustinoni Andrea e Figli S.p.A., della somma complessiva di £. 3.162.370, oltre interessi e rivalutazione, pari alle retribuzioni da lui non percepite per il periodo, tra marzo e aprile 1998 in cui venne collocato in Cassa Integrazione, poi non autorizzata dall'INPS.

Tempestivamente costituitasi in giudizio, la società contestava l'assunto affermando di aver correttamente richiesto la Cassa Integrazione per sopravvenute difficoltà successive all'accantonamento, da parte della committente Alcatel, del progetto Socrate che li aveva visti impegnati e che per tale ragione non poteva essere responsabile dell'illegittimo diniego; nella denegata ipotesi che fosse chiamata a rispondere per le retribuzioni, chiedeva inoltre di essere manlevata dall'INPS di cui chiedeva la chiamata in causa.

Costituendosi l'INPS eccepiva l'inammissibilità della domanda di garanzia, avendo la richiesta di condanna formulata dal Rinaldi un diverso titolo, quello appunto del pagamento della retribuzione e non del trattamento di Cassa integrazione. Eccepiva inoltre il difetto di giurisdizione, in quanto il provvedimento di diniego della CIG deve essere impugnato avanti il giudice amministrativo ed, in ogni caso, la decorrenza del termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale. Nel merito sosteneva l'assoluta correttezza del provvedimento di diniego.

Il Tribunale di Bergamo, in composizione monocratica, accoglieva la domanda formulata dal Rinaldi e respingeva la domanda svolta dalla società nei confronti dell'INPS.

Avverso la suddetta decisione appellava tempestivamente la Società riproponendo le medesime questioni e sostenendo che era anche onere del lavoratore impugnare il diniego della Cassa integrazione per cui la responsabilità della mancata corresponsione non poteva ricadere sul datore di lavoro; proponeva appello incidentale il Rinaldi al quale, sulla somma richiesta, non era stata concessa la rivalutazione richiesta; si costituiva l'INPS chiedendo la conferma della statuizione nei suoi confronti.

All'udienza del 11 aprile 2002 la causa veniva discussa e decisa, dandosi immediata lettura del dispositivo.

DIRITTO — Per dirimere le questioni proposte nella presente causa appare indispensabile chiarire gli elementi di fatto, così come risultano dai documenti in atti.

Per quanto qui rileva, il Rinaldi venne collocato in Cassa Integrazione dalla società Fustinoni nel periodo dal 16 marzo al 28 aprile 1998: in questo periodo era stato richiamato al lavoro dal 27 marzo al 1 aprile, aveva goduto di due giorni di permesso e

poi nuovamente collocato in CIG, il che dimostra che in concreto era rimasto a disposizione del datore di lavoro.

Non corrisponde al vero che il Rinaldi non sia stato autorizzato al trattamento di CIG perché, alla fine del periodo, non aveva ripreso a lavorare, in quanto dimessosi con decorrenza 28.4.1998 e passato poi alle dipendenze di società operante in settore diverso dall'edilizia.

Dai documenti emerge, infatti, che la reiezione della domanda proposta dalla società per più lavoratori in quello stesso periodo venne respinta in quanto nelle motivazioni addotte non era contenuta alcuna previsione di ripresa dell'attività e di reimpiego di quel personale dipendente per il quale il trattamento era richiesto. La cassa integrazione venne quindi respinta per tutti e non solo per coloro, tra cui il Rinaldi, che si erano dimessi; quindi non in applicazione dell'art. 7 L. 427/75 che regola la Cassa integrazione nel settore edilizio e non dopo che, per lo stesso periodo, il trattamento era già stato concesso per altri.

Questa constatazione è risolutiva sotto diversi aspetti per le questioni qui riproposte.

È innanzitutto pacifico in giurisprudenza che "In tema di integrazione salariale, tanto quella ordinaria autorizzata dall'INPS, quanto quella straordinaria autorizzata dal Ministero del lavoro, l'insorgenza di posizioni di diritto soggettivo in correlazione della disciplina normativa di detta integrazione, come tali tutelabili dinanzi al giudice ordinario, sia nell'ambito del rapporto assicurativo, sia nell'ambito del rapporto di lavoro, postula il provvedimento amministrativo di autorizzazione della integrazione medesima, il quale configura atto di natura discrezionale e di portata costitutiva prima di siffatto provvedimento, il datore di lavoro ed il lavoratore sono portatori di meri interessi legittimi, rispetto ai benefici discendenti dalla suddetta disciplina, e, pertanto, il datore di lavoro, che insorga contro il diniego dell'autorizzazione, deve adire il giudice amministrativo, restando nel frattempo soggetto agli obblighi retributivi derivanti dal rapporto di lavoro (sia pure con le eventuali limitazioni quantitative discendenti dall'art. 7 della L. 20 maggio 1975 n. 164), dato che il rapporto stesso, fino all'ammissione del trattamento integrativo, rimane regolato dalla normativa comune" e che "La controversia tra datore di lavoro (o lavoratori) e l'INPS, relativa specificamente all'estensione soggettiva del beneficio della cassa integrazione guadagni, essendo attinente ad una posizione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario". (così rispettivamente Cassazione civile, sez. un., 20 giugno 1987 n. 5454 (1) e Cassazione civile, sez. un., 12 dicembre 1988 n. 6748 (2), e nello stesso senso Cass. Sez. Lav. 3413/89 (3); *id* 10016/90; *id* 7837/91; *id* 8274/94; *id* 5517/95).

Poiché dunque nel caso di specie, come detto, il provvedimento fu negativo nei confronti dell'autorizzazione alla cassa integrazione, questo, qualora il datore di lavoro avesse voluto contestare il proprio obbligo, doveva essere impugnato davanti al giudice amministrativo: il non averlo fatto, e il non poterlo più fare per intervenuta decadenza, fa sorgere precisi obblighi in capo alla società datrice di lavoro.

Infatti è assolutamente pacifico in giurisprudenza che "L'obbligo di anticipazione del trattamento di cassa integrazione gravante sul datore di lavoro, altro non è che il persistente obbligo retributivo anche se da ritenersi limitato, quanto alla misura, a quella della integrazione salariale, con la ulteriore conseguenza che se poi il provvedimento di integrazione salariale sarà negato, l'obbligo retributivo riprenderà vigore nella sua interezza accom-

pagnato da quello risarcitorio; mentre se essa interverrà detto obbligo sarà “*ex post*” qualificato come vera e propria anticipazione del trattamento previdenziale e darà perciò al datore di lavoro il diritto al rimborso da parte dell’INPS. (Cassazione civile sez. lav., 13 novembre 2000, n. 14670 e nello stesso senso già 12867/98).

Ne consegue quindi che, non potendo questo giudice entrare nel merito della legittimità del diniego della Cassa Integrazione, per difetto di giurisdizione, ed essendo comunque il provvedimento non più aggredibile in sede giurisdizionale per la prescrizione dell’azione, la società datrice di lavoro risponde per le intere retribuzioni del periodo, così come già stabilito dal primo giudice.

Piena conferma merita, di conseguenza, la statuizione che manda assolto l’INPS dalla domanda proposta dalla società datrice di lavoro, in quanto il diniego dell’autorizzazione alla Cassa Integrazione, non più aggredibile, come già ricordato, rende inesistente l’obbligo dell’Istituto alla corresponsione del trattamento.

Deve viceversa essere accolto l’appello incidentale proposto dal Rinaldi che sulla differenza retributiva richiedeva anche il calcolo della rivalutazione monetaria, oltre agli interessi già concessi dal primo giudice. Come è noto la sentenza n. 459/2000 della Corte Costituzionale ha definitivamente stabilito che sui crediti di lavoro, che per la loro natura meritano tutela maggiore rispetto agli altri crediti, vada sempre concessa anche la rivalutazione monetaria per riequilibrare l’indebito vantaggio patrimoniale che il datore di lavoro privato consegue attraverso l’inadempimento.

Ne consegue che sulla somma già corrisposta di £. 3.162.370 (pari ad € 1633,23) debbano essere corrisposti, oltre agli interessi, anche la rivalutazione monetaria dall’aprile 1998.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano a favore del Rinaldi in complessivi € 1200 (di cui € 400 per diritti ed € 600 per onorari) e a favore dell’INPS in complessivi € 1000 (di cui € 400 per diritti ed € 500 per onorari).

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1987, p. 1011

(2) *Idem*, 1989, p. 390

(3) *Idem, idem*, p. 1736

Lavoro (Rapporto di) - Associazione in partecipazione - Insussistenza rischio - Mancanza di rendiconto periodico - È lavoro subordinato - Fattispecie relativa a commesse di negozio.

Corte di Appello di Milano - 09.09.2003, n. 784 - Pres. Mannacio - Rel. Sbordone - Mietto S.r.l. (Avv.ti Spazzi, Rubini) - INPS (Avv. Saia).

Devono disconoscersi i rapporti di associazione in partecipazione e deve dichiararsi la sussistenza di rapporti di lavoro subordinato in caso di lavoratrici, utilizzate in qualità di commesse di negozio, a carico delle quali non esista alcun rischio d'impresa e cui non sia esplicitato alcun periodico rendiconto economico della gestione.

FATTO — Con sentenza 16/2002 il Tribunale di Sondrio, in funzione di giudice del lavoro, ha rigettato il ricorso di Franco Mietto S.r.l. diretto ad accertare la natura del rapporto intercorso con le sigg.re Gusmeroli Paola, Pandini Antonella, Pilatti Arianna e Martelletti Patrizia come associazione in partecipazione e dichiarare altresì la infondatezza delle pretese dell'INPS per il pagamento di somme a titolo di contributi per la lavoratrice Domenghini Paola.

Con ricorso depositato il 29.12.2000 la società ha proposto appello chiedendo la riforma integrale della sentenza.

L'appellato si è costituito e resiste.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO — Le critiche dell'appellante si risolvono in una censura dell'apprezzamento delle prove testimoniali su cui si fonda il convincimento espresso dal Tribunale in ordine alla esistenza di un effettivo vincolo di subordinazione.

La Corte ritiene che si tratti di censura infondata.

Dalle concordi dichiarazioni rese in occasione dei sopralluogo degli Ispettori dell'INPS dalle sigg.re Pilati, Gusmeroli, Domenighini, Martelletti e Pandini risulta che le stesse erano addette ai negozi della società appellante in qualità di commesse.

Esse svolgevano attività di vendita presso gli esercizi di proprietà della società con presenza continuativa, secondo un orario predeterminato, in base a turni concordati tra le commesse stesse. Per tale attività tutte hanno percepito mensilmente un importo calcolato su base oraria, corrisposto anche nei periodi di assenze per ferie, e, in coincidenza con il periodo natalizio, modesti importi quale "premio", indipendentemente dai ricavi dei negozi o utili di esercizio e conguagli.

Erano soggette al potere organizzativo e direttivo del sig. Mietto, che, sebbene sporadicamente presente nel punto vendita, impartiva tutte le direttive relative all'andamento dell'impresa.

Alla luce di tali circostanze bene ha deciso il primo giudice allorché, privilegiando le dichiarazioni rese dalle lavoratrici in occasione dell'accesso Ispettivo rese nell'immediatezza dell'accertamento e sicuramente più spontanee rispetto a quelle rese in udienza, ha seguito i criteri elaborati dalla costante giurisprudenza della Suprema Corte.

È stato infatti affermato che la distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato esige un'indagine volta a cogliere la prevalenza alla stregua delle modalità di attuazione del rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti tenendo conto che è determinante accertare se il corrispettivo dell'attività lavorativa escluda o meno un'apprezzabile rischio e se colui che la esplica sia o meno assoggettato al pote-

re disciplinare e gerarchico della persona che assume le scelte di fondo nell'organizzazione dell'azienda (cfr. *ex plurimis* Cass. 13.11.1999 n. 12602).

Specificata e decisiva rilevanza va attribuita ai dati che conducono ad escludere un'apprezzabile rischio di impresa a carico delle lavoratrici che hanno percepito uno stipendio mensile, nella totale assenza di qualsiasi verifica sulla corrispondenza della percentuale di spettanza sugli utili, senza alcun controllo di documentazione contabile, tutti gli adempimenti fiscali e amministrativi delle loro posizioni essendo affidati allo studio del commercialista dell'impresa senza avere alcun potere di iniziativa.

Alla conferma della sentenza segue la condanna dell'appellante alle spese liquidate in € 1550,00.

(Omissis)

Contributi - Cartella esattoriale - Vizi della notifica - Domanda dell'INPS di accertamento della debenza della somma - Ammissibilità.

Corte di Appello di Milano - 29.10/11.11.2003, n. 774 - Pres. Ruiz - Rel. De Angelis - Esatri S.p.A. (Avv. Bergamaschi) - M-Tre S.a.s. (Avv. Colaianne) - INPS (Avv. Tarzia).

Ove, in accoglimento dell'eccezione dell'opponente, sia dichiarata nulla la notifica di una cartella esattoriale, può essere ugualmente valutata, in accoglimento della domanda dell'INPS, la fondatezza della pretesa contributiva, in quanto il processo relativo a controversia per il pagamento di contributi previdenziali, anche se instaurato mediante opposizione a cartella esattoriale dà luogo, in ogni caso, ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo, con la conseguenza che l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato dalla cartella, senza che ne risulti mutata la domanda.

FATTO — Con sentenza n. 196 del 2002 il tribunale di Milano, nell'opposizione a cartella esattoriale n. 068 2001 03269001 65 000 proposta dalla S.a.s. M-tre in liquidazione contro la S.p.A. Esatri e l'INPS, ha dichiarato nulla la notificazione della cartella stessa, ha condannato la società Esatri a pagare all'opponente le spese, e ha dichiarato interamente compensate le spese tra l'opponente medesima e l'INPS.

Secondo il tribunale la notificazione è nulla in quanto effettuata presso l'abitazione

del liquidatore e a persona non autorizzata a ricevere gli atti se non per quest'ultimo, anziché presso la sede della società.

Contro la sentenza ha proposto appello l'Esatri, rilevando che, come risulta dalla relazione di notifica apposta sulla busta contestualmente prodotta, la notificazione è stata fatta presso l'abitazione del liquidatore per essersi, la società, trasferita altrove. Sempre l'appellante ha poi ribadito la legittimità della cartella ed ha chiesto la condanna della M-tre a pagare la somma ivi indicata.

La società M-tre si è costituita ed ha chiesto la conferma della sentenza, evidenziando altresì la nullità della cartella per mancanza di motivazione e perché comprensiva di somme non dovute, la L. n. 388 del 2004 essendo applicabile alla specie, e sostenendo, comunque, l'operatività del beneficio della continuazione.

Anche l'INPS si è costituito, chiedendo accertarsi l'esistenza del credito dell'ente nell'importo di cui alla cartella o nella minor somma quantificata dal giudice come dovuta.

All'udienza del 29 ottobre 2003 la causa è stata discussa e decisa per i seguenti motivi.

DIRITTO — 1 — Il tribunale correttamente ha ritenuta nulla la notificazione della cartella in questione: la notificazione, infatti, è avvenuta in violazione del disposto dell'art. 145, comma 2, c.p.c., per il quale la notificazione a società non avente personalità giuridica, va fatta nella sede della medesima. Solo in caso negativo si dovrà ricorrere — lo dice il comma 3 dell'articolo stesso — alle regole di cui agli artt. 138, 139, 141 del codice stesso. Bene, nella specie la notificazione è avvenuta presso il luogo di residenza del liquidatore, e non risulta in precedenza una relazione di notificazione negativa presso la sede della società: dalla busta prodotta dall'Esatri in appello — il che è consentito secondo il dominante indirizzo giurisprudenziale — emerge infatti non una relazione negativa ma un appunto di incerta leggibilità e provenienza.

2 — Il primo giudice doveva però ugualmente valutare la fondatezza della pretesa, posto che “in tema di riscossione di contributi previdenziali, l'opposizione avverso la cartella esattoriale di pagamento emessa ai sensi dell'art. 2 D.L. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito, con modificazioni, nella L. 7 dicembre 1989 n. 389, dà luogo ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo, con la conseguenza che l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato dalla cartella, senza che ne risulti mutata la domanda”: Cass. 20 aprile 2002, n. 5763 (1).

Ebbene, la pretesa dell'ente è fondata.

Al riguardo va innanzitutto sottolineato come le sanzioni applicabili alla specie siano quelle di cui alla L. n. 662 del 1996, stante l'espressa inapplicabilità, stabilita dall'art. 116, comma 18, L. n. 388, delle sanzioni più favorevoli ivi stabilite alla violazione accertata fino al 30 settembre 2000, ed invece il riconoscimento all'autore della violazione, sempre ad opera dell'art. 116, comma 18, cit., di un credito da congruagliarsi successivamente in base ad un meccanismo rateale nell'arco di un anno.

Che nella specie si trattasse di violazione accertata emerge poi — quand'anche si voglia riferire, nella formulazione del legislatore, la data di accertamento ad epoca

compresa fino al 30 settembre 2000 — dalle denunce contributive compilate nei modelli prodotti.

Cass. 26 novembre 2002, n. 16699, discostandosi da altra pronuncia precedente, ha, ancora, escluso la necessità che il rapporto, al fine di escludere l'applicabilità del nuovo regime, debba anche essere esaurito (in tal senso v. altresì Cass. 4 maggio 2002, n. 6405).

All'obiezione che la disciplina, in caso di impresa creditrice che non possa mettere a conguaglio alcunché per avere cessato l'attività, vada interpretata nel senso dell'applicabilità delle sanzioni previste dalla L. n. 388, si deve replicare, innanzitutto, che una società in liquidazione l'attività non ha cessato.

Non solo; che è comunque più coerente con il meccanismo legale la tesi per la quale nell'ipotesi di cessazione venga piuttosto a maturare il diritto di riscuotere l'importo che si sarebbe dovuto conguagliare, secondo le scadenze rateali previste: tesi siffatta concilia così l'impossibilità del conguaglio con l'espressa inapplicabilità delle vecchie sanzioni, sancita, si è detto, dalla legge.

Infine, pacifici gli altri profili sanzionatori (v. memoria costitutiva in appello della società), va sottolineato come la sanzione *una tantum* sia sanzione fissa e determinata con parametri oggettivi, e non si confaccia, pertanto, alle regole di cui alla L. 689 del 1989, le cui sanzioni richiedano, all'esito di un particolare procedimento in contraddittorio, presupposti d'imputazione e valutazioni qui inesistenti. La sanzione in questione, dunque, si sottrae all'applicazione dell'art. 8 della legge medesima.

3 — In conclusione, in parziale riforma della sentenza appellata, la società va condannata a pagare all'ente l'importo di cui alla cartella opposta.

I vizi formali su evidenziati e i su accennati precedenti discordi in materia rendono equa la totale compensazione delle spese dei gradi, a norma dell'art. 92 cod. proc. civ..

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1223

Impiego (pubblico) - Dipendente INPS - Funzioni di reggenza ufficio riscossione contributi - Esercizio mansioni dirigenziali - Infondatezza - Differenze retributive - Insussistenza diritto.

Corte d'Appello di Milano - 22.1/2.8.2003, n. 571 - Pres. De Angelis - Rel. Sbordone - Omissis (Avv. Minella) - INPS (Avv. Saia).

Il nuovo regolamento di organizzazione adottato dall'INPS, nell'ambito del più generale progetto di riorganizzazione basato sulla logica del "lavoro per processi", con riguardo alla dirigenza, alla sua disciplina di accesso, alla verifica dei risultati ed alle responsabilità correlate impedisce che possa essere considerata esercizio di mansioni dirigenziali, e come tale indennizzata, la mera reggenza e direzione di un ufficio.

FATTO — Con ricorso depositato in data 27.2.2001 il *Omissis* ha convenuto avanti al Tribunale di Como l'INPS. Affermava di essere inquadrato nella IX qualifica funzionale, quella apicale del funzionariato nel sistema di classificazione ex DPR 285/88 e di avere svolto attività dirigenziale dal 12 giugno 1997 allorché era stato preposto ad un settore dell'INPS per ricoprire un posto vacante di Responsabile Ufficio Riscossione Contributi e Recupero Crediti avendone l'idoneità acquisita a mezzo di apposito concorso per titoli ed esami a posti di I° dirigente. Chiedeva quindi il riconoscimento della relativa qualifica, nonché le differenze retributive conseguenti a tale riconoscimento. Si costituiva l'INPS contestava le domande.

Il Tribunale ha accolto le domande e ha condannato l'istituto a corrispondere le differenze retributive maturate dal 1.11.1998.

Avverso al sentenza ha proposto appello l'INPS censurando la ritenuta sussistenza del livello dirigenziale delle mansioni, a ragione delle modifiche intervenute nell'organizzazione dell'ente tra il 1998 e il 2001, che avevano influito sulle posizioni dirigenziali trasformate, con due eccezioni, in quelle di Funzionario responsabile di processo, gli uffici di un tempo essendo diventati strutture affidate a funzionari.

Inoltre nell'attribuzione delle funzioni di reggenza, indennizzate ai sensi dell'art. 15 comma 2 L. 88/89 escludeva il diritto alla remunerazione corrispondente alle mansioni superiori.

Evidenziava infine come la disciplina contrattuale in argomento fosse di recente stipulazione con l'impossibilità di riconoscere spettanze per periodi in cui essa non era applicabile comunque contestava la esattezza dell'importo liquidato.

L'appellato si è costituito e resiste osservando come il nuovo assetto sia rimasto mera ipotesi programmatica sino ad aprile 2001, facendo in particolare riferimento all'Ordine di servizio n. 20 del 1999 e al doc. Modello O in cui egli risulta nominato espressamente come Dirigente.

Propone inoltre appello incidentale per il ricalcolo delle differenze retributive non liquidate dal primo giudice relativamente al periodo antecedente il novembre 1998.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO — Il Tribunale fonda sulla circostanza, peraltro pacifica, dello svolgimento da parte del *Omissis* nel periodo in esame, di responsabile dell'Ufficio riscossione contributi e recupero crediti, il convincimento sullo svolgimento di mansioni dirigenziali e sul relativo diritto alle conseguenti differenze retributive.

Osserva la Corte che nel regime introdotto dalla privatizzazione del rapporto di

lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni la figura del primo dirigente è scomparsa, per essere stata la dirigenza strutturata su due fasce di un ruolo unico e ciò dopo che la stessa disciplina generale degli incarichi dirigenziali è stata completamente mutata con riguardo alla loro durata, alla verifica dei risultati, alle responsabilità.

L'adeguamento al nuovo regime è stato intrapreso dall'INPS, interessato alla progressiva realizzazione del progetto di rinnovamento organizzativo basato sulla logica del "lavoro per processi" con la delibera n. 799 del 28 luglio 1998 cui hanno fatto seguito gli Ordini di Servizio applicativi, ed è stato perseguito anche dalla contrattazione integrativa dell'Ente.

L'appellato, consapevole di questo ha però sostenuto che tale adeguamento è in realtà avvenuto in periodo di gran lunga successivo. Ha infatti sostenuto che nella realtà la situazione è rimasta immutata fino all'aprile 2001 e l'effettiva attuazione del nuovo modello è avvenuta solo con l'ordine di servizio n. 6 del 12.4.2001.

A tale riguardo si osserva che l'art. 16 del regolamento in esame — che ha ridisegnato i compiti dei dirigenti — è collocato in separato titolo rispetto a quello nel quale sono dettate in generale le regole inerenti la dirigenza e segnatamente la norma che, con riferimento alle competenze e funzioni delle Direzioni centrali, delle Sedi regionali e delle Sedi autonome di produzione, stabilisce che le stesse sono esercitate, fino alla attuazione del nuovo modello, secondo l'Ordinamento dei servizi precedente (art. 13). La sua efficacia non è rimessa, al contrario di tale ultima disposizione ad un momento successivo. La circolare n. 17 del 1999, attuativa della deliberazione 799 contenente il regolamento di organizzazione, ha collocato la "Gestione Conto Aziende" tra i "processi" in gestione alle Agenzie territoriali e ha previsto il suo affidamento a "Responsabili di processo", con previsione di una sola posizione di livello dirigenziale a livello provinciale (pag. 13 e ss doc. 5).

Tali indicazioni sono state recepite dalla sede INPS di Como che ha avviato il lavoro per processi e con ordine di Servizio 20 del 1999 ha nominato il *Omissis* responsabile del Processo Aziende. La responsabilità dei provvedimenti va intesa in coerenza e in linea con il nuovo assetto organizzativo e in conformità con la ridefinizione contrattuale dei profili professionali e dei compiti, che ha mutato i precedenti connotati di appartenenza alla categoria dirigenziale. D'altra parte l'organigramma dei dirigenti assegnati alle sedi INPS della Lombardia prevedeva solo due unità presso la sede di Como: il Direttore e il Vicario. Si deve quindi ritenere che poiché lo svolgimento delle suddette funzioni successivamente al regolamento di organizzazione deve essere valutato alla stregua delle nuove condizioni non sussiste il diritto del *Omissis* al riconoscimento delle richieste differenze retributive.

Per tali assorbenti considerazioni la sentenza impugnata va riformata, ponendosi a carico dell'appellato le spese della ctu espletata in primo grado, nella misura liquidata dal primo giudice. Le spese di lite, attesa la particolare complessità della questione trattata, si compensano integralmente tra le parti.

(*Omissis*)

Contributi - Opposizione a ruolo - Termini - Sospensione feriale - Esenzione - Applicabilità - Tardività - Inammissibilità.

Corte d'Appello di Torino - 5/19.11.2003, n. 1131 - Pres. Buzano - Rel. Grillo Pasquarelli - INPS (Avv.ti Marino, Pasut) - Giorla (contumace).

Il testo dell'art. 24, 6° comma, del D. Lgs.46/1999 non pone alcun limite al richiamo del rito del lavoro tanto che dal contenuto e dalla formulazione della norma non è possibile inferire alcuna differenza tra il rito descritto dagli artt. 442 e ss. c.p.c. ed il rito dell'opposizione a ruolo esattoriale. Deve, pertanto, ritenersi che tale richiamo comporti necessariamente l'applicabilità anche del principio di esenzione dalla sospensione dei termini processuali nel periodo feriale enunciato, per tutti i giudizi soggetti al rito del lavoro, dall'art. 3 della L. 742/1969.

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Verbania depositato il 24.10.2001, Giorla Umberto proponeva opposizione a cartella esattoriale, notificatagli dalla Sestri S.p.A. il 30.7.2001 per il pagamento di lire 9.744.858 a favore dell'INPS; eccepiva la nullità della cartella, e, nel merito, deduceva di nulla dovere all'Istituto, avendo già versato i contributi richiesti.

Costituendosi in giudizio, l'INPS eccepiva l'inammissibilità dell'opposizione, perché tardiva ex art. 24 D.Lgs. n. 46/1999, e contestava il fondamento della domanda, chiedendone il rigetto.

Con sentenza dell'8/10.5.2002 il Tribunale adito accoglieva l'opposizione ed annullava la cartella esattoriale opposta, compensando le spese di lite.

Avverso tale sentenza interponeva appello l'INPS con ricorso depositato il 31.5.2002, eccependo la nullità della sentenza e chiedendone comunque la riforma.

L'appellato rimaneva contumace.

All'udienza del 5.11.2003 la causa veniva discussa oralmente e decisa come da dispositivo.

DIRITTO — Con il primo motivo di appello l'INPS eccepisce la nullità della sentenza di primo grado per violazione del disposto dell'art. 132 c.p.c.; nell'intestazione della sentenza risulta indicata, come parte, la Sestri S.p.A. la quale, tuttavia, non è mai stata chiamata in causa né ha partecipato al giudizio di primo grado.

Il motivo è infondato.

L'indicazione, in sentenza, delle parti del procedimento, prescritta dall'art. 132, 2° comma, n. 2 c.p.c., ha una funzione puramente indicativa: eventuali errori od omissioni, nell'intestazione o nel dispositivo della sentenza, possono essere emendati con la procedura di correzione degli errori materiali, regolata dall'art. 287 c.p.c., e non integrano cause di nullità della sentenza ove — come nella specie — la sentenza, nel suo contesto, permetta comunque di individuare i soggetti del rapporto processuale.

Con il secondo motivo di gravame l'INPS eccepisce la nullità della sentenza impu-

gnata per violazione dell'art. 102 c.p.c. in relazione all'art. 24, 5° comma, D.Lgs. n. 46/1999, in quanto il ricorso in opposizione non è stato notificato alla Sestri S.p.A., concessionario alla riscossione.

Il motivo è infondato.

Ritiene la Corte che, nonostante l'omessa notifica del ricorso in opposizione alla Sestri S.p.A., il contraddittorio sia stato ritualmente instaurato in primo grado. L'art. 24 D.Lgs. n. 46/1999, nella sua originaria formulazione, imponeva la notifica del ricorso in opposizione a cartella esattoriale anche al concessionario; la norma, tuttavia, è stata modificata dall'art. 4, comma *quater*, del D.L. n. 209/2002, convertito dalla L. n. 265/2002, che ha soppresso l'obbligo di notifica del ricorso al concessionario e pertanto correttamente il ricorso in opposizione è stato notificato solo all'ente impositore.

Con il terzo motivo di appello l'INPS ripropone l'eccezione, respinta dal primo Giudice, di inammissibilità dell'opposizione perché tardiva *ex art.* 24 D.Lgs. n. 46/1999: è pacifico, infatti, che la cartella esattoriale è stata notificata al Giorla il 30.7.2001 e che il ricorso in opposizione è stato depositato nella cancelleria del Tribunale di Verbania il 24.10.2001, ossia quando era ampiamente decorso il termine di quaranta giorni previsto dall'art. 24, 6° comma, D.Lgs. n. 46/1999.

Il motivo è fondato.

Il Tribunale ha respinto l'eccezione di tardività dell'opposizione ritenendo applicabile alla fattispecie la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, prevista dalla L. n. 742/1969: secondo il primo Giudice, il richiamo agli artt. 442 e ss. c.p.c. contenuto nell'art. 24, 6° comma, D.Lgs. n. 46/1999 avrebbe lo scopo di delineare il rito senza ricondurre il giudizio di opposizione a cartella esattoriale alla materia del lavoro e della previdenza.

In realtà, il testo dell'art. 24, 6° comma, cit — prevedendo che “Il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile” - non pone alcun limite al richiamo del rito del lavoro, tanto che dal contenuto e dalla formulazione della norma non è possibile inferire alcuna differenza tra il rito descritto dagli artt. 442 e ss. c.p.c. ed il rito dell'opposizione a ruolo esattoriale.

È agevole osservare, inoltre, che la formulazione dell'art. 24, 6° comma, cit. è identica a quella dell'art. 35, 4° comma, della L. n. 689/1981 in materia di giudizio di opposizione ad ordinanza-ingiunzione in materia di previdenza ed assistenza: anche l'art. 35, 4° comma, cit., infatti, stabilisce che “... il giudizio di opposizione è regolato ai sensi degli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile”.

Orbene, quanto al giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione in materia di previdenza ed assistenza, la giurisprudenza di legittimità e di merito non ha mai dubitato della inapplicabilità della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, ai sensi dell'art. 3 L. 742/1969.

Insegna infatti la S.C. che “l'art. 35, 4° comma, della legge 24.11.1981 n. 689 ha assoggettato al rito del lavoro... le opposizioni alle ordinanze ingiunzioni emesse dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie per le violazioni consistenti nell'omissione del versamento di contributi e premi ovvero per le violazioni implicanti quale conseguenza la suddetta omissione...”

Alle controversie relative alle indicate violazioni è, quindi, riferibile la disposizione dell'art. 3 della legge 7.10.1969 n. 742 in materia di inapplicabilità della sospensione dei termini in periodo feriale" (Cass. 13.7.1998 n. 6865; nella stesso senso, v. Cass. 28.3.1997 n. 2830, Cass. S.U. 3.3.2000 n. 63, Cass. 26.7.2001 n. 10258, Cass. 19.5.2003 n. 7855).

Deve pertanto ritenersi che il richiamo al rito del lavoro fatto dall'art. 24, 6° comma, D.Lgs. n. 46/1999, con una formula testuale letteralmente identica a quella utilizzata dall'art. 35, 4° comma, della L. 689/1981, comporta necessariamente l'applicabilità, senza eccezioni, del rito del lavoro al giudizio di opposizione a ruolo esattoriale e, quindi, anche l'applicabilità del principio dell'esenzione dalla sospensione dei termini processuali nel periodo feriale enunciato, per tutti i giudizi soggetti al rito del lavoro, dall'art. 3 della L. 742/1969.

In accoglimento dell'appello, l'opposizione a cartella esattoriale proposta da Giorla Umberto deve dunque essere dichiarata inammissibile, perché tardiva; la novità della questione consiglia di compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Contratti di associazione in partecipazione - Esercizio di potere disciplinare - Lavoro subordinato - Sussiste.

Corte di Appello di Venezia - 24.10/25.11.2003, n. 455 - Pres. Rel. Pivotti - Stroili S.n.c. ed altri (Avv.ti Radina, Mutarelli, Basile) - INPS (Avv. Attardi).

Ove in fattispecie relativa a contratti di associazione in partecipazione, emerga l'ampiezza del potere direttivo dell'associante, esercitato anche a mezzo di un soggetto all'uopo delegato, il quale si ponga come superiore gerarchico, tale potere direttivo si traduce in potere disciplinare che esorbita dal controllo gestionale di cui all'art. 2552 c.c. e che giustifica, in presenza di ulteriori indici sintomatici, la conversione dei rapporti di associazione in rapporti di lavoro subordinato.

FATTO — Con verbale di accertamento in data 3 febbraio 1996, ispettori di vigilanza dell'INPS contestavano alla società Stroili Sergio & C. S.n.c., esercente commercio al minuto di oggetti preziosi sotto l'insegna "Stroili Oro", di avere occupato, nel suo punto vendita di Marcon (Venezia), presso il centro commerciale Valcenter, in qualità

di commesse Zanchettin Lucia, Bisotto Nicoletta, Pittarello Stefania, Grossi Valentina, Bacciolo Marina e Tirolese Diana senza avere versato le contribuzioni previdenziali dovute in quanto, nonostante che il rapporto instaurato con le suddette fosse formalmente (come da contratti scritti) di associazione in partecipazione, esso era invece riconducibile nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato.

L'INPS attivava quindi (con esito positivo) la procedura monitoria per il recupero del proprio credito.

Con ricorso depositato il 23 giugno 1998 la società ed i soci proponevano opposizione al decreto ingiuntivo n. 381/98 con cui il Pretore di Venezia aveva loro ingiunto il pagamento della somma di £. 299.695.959 per omissioni contributive e somme aggiuntive alla data del 30 ottobre 1997 assumendo che l'INPS aveva erroneamente qualificato in termini di lavoro subordinato l'attività prestata dalle commesse.

Assunte le prove testimoniali dedotte, il giudice con sentenza in data 19 aprile 2002 respingeva l'opposizione.

Con ricorso depositato il 29 ottobre 2002, la società ed i soci indicati in epigrafe appellavano la sentenza.

Resisteva l'Istituto. La Corte alla udienza del 24 ottobre 2003 sentiti i difensori delle parti, si pronunciava in conformità del sotto riportato dispositivo del quale era data lettura.

DIRITTO — Col primo motivo gli appellanti lamentano che il primo giudice avesse enfaticamente oltre misura alcuni indizi presuntivi della subordinazione trascurandone altri ben più corposi e trascurando la volontà delle parti che avevano voluto un rapporto di associazione in partecipazione.

Comunque anche a voler ritenere simulato il contratto di associazione in partecipazione, gli appellanti assumevano che gli elementi acquisiti confermavano la natura comunque autonoma dei rapporti intercorsi.

In subordine e per mero scrupolo difensivo chiedono la riforma parziale della sentenza con la revoca del decreto ingiuntivo perché in ogni caso l'importo delle sanzioni civili o somme aggiuntive e "*una tantum*" andava ridotto *ex officio* in base allo *ius novorum* di cui all'art. 116 L. 388/2000 intervenuto nelle more del giudizio.

Le lavoratrici nei cui confronti l'INPS ha rivendicato le contribuzioni sono Zanchettin Lucia per il periodo 1 luglio 1993 - 31 dicembre 1993, Bisotto Nicoletta per il periodo 1 luglio 1993 - 18 giugno 1994, Pittarello Stefania per il periodo 10 luglio 1993 - 30 aprile 1995, Grossi Valentina 13 settembre 1993 - 30 aprile 1995, Bacciolo Marina per il periodo 17 ottobre 1993 - 31 dicembre 1994 e Tirolese Diana per il periodo 24 luglio 1994 - 30 aprile 1995. Giova evidenziare che per il periodo successivo le commesse rimaste in servizio sono state regolarmente iscritte a libro matricola.

La Corte osserva.

L'associazione in partecipazione è un contratto disciplinato dall'art. 2549 e ss. cod. civ. con cui l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari a fronte del corrispettivo di un determinato apporto, che può essere di capitale, di capitale e lavoro oppure solo di lavoro. Il carattere aleatorio del contratto determina l'assunzione del c.d. rischio di impresa da parte dell'associato,

il quale ha, infatti, il diritto a percepire gli utili solo ove gli stessi siano stati effettivamente prodotti. La gestione dell'impresa o dell'affare spetta, tuttavia, all'associante (impresa individuale o società) il quale solo assume diritti ed obblighi verso i terzi.

È noto che la qualificazione formale del rapporto voluta dalle parti (il c.d. *nomen juris*) non è determinante stante la idoneità, nei rapporti di durata, del comportamento delle parti ad esprimere sia una diversa effettiva volontà contrattuale, sia una nuova e diversa volontà (Cass. n. 2693 del 2001).

Occorre quindi esaminare se nella concretezza dello svolgimento del rapporto in causa, sia stata convalidata la sua natura associativa ovvero se esso comunque possa essere qualificato di collaborazione continuata e coordinativa o se invece (come sostiene l'INPS) il rapporto stesso, come effettivamente attuatosi, sia connotato dai requisiti e dagli elementi tipici del rapporto di lavoro subordinato.

Giova anche premettere in fatto che nel caso all'esame della Corte, l'apporto delle associate era costituito solamente dal proprio lavoro, che esse godevano di una retribuzione fissa mensile e che non era prevista la partecipazione alle eventuali perdite.

La Corte, adeguandosi alla prevalente giurisprudenza, ritiene che i parametri costituiti dall'osservanza di un preciso orario di lavoro e dell'esistenza di compenso fisso erogato con scadenza mensile non abbiano valore decisivo.

La giurisprudenza assolutamente prevalente ritiene comunque necessario per la sussistenza del rapporto in associazione l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa non imputabile all'associante e non limitato alla perdita della retribuzione (Cass. 4 febbraio 2002 n. 1420 (1)).

È provato nella vicenda all'esame della Corte:

a) che non veniva consegnato alle commesse il rendiconto periodico (obbligo tra l'altro non previsto nei contratti sottoscritti), o comunque che l'obbligo non veniva correttamente e sistematicamente adempiuto; infatti i semplici prospetti di calcolo in atti non possono essere qualificati come rendiconti e d'altro canto la non sistematicità della loro consegna induce a ritenere che essi costituissero una mera facciata e cioè un documento puramente formale e di superficie (test. Grossi: "Mi sembra che con il conguaglio ci venisse consegnato un rendiconto ..."; test. Pittarello: "Detto conguaglio fu fatto una sola volta con lo scadere del contratto 1993..."; test. Bacciolo: "Quel conguaglio semestrale, per quel che mi riguarda, non è mai stato fatto; voglio solo dire che quando sono andata via ho ricevuto circa £. 2.000.000=, non so dire questa somma da quale calcolo derivò ..."; test. Bisotto: "Non ho mai ricevuto nulla oltre la somma pura mensile di £. 1.500.000= né mai mi sono stati, mostrati conteggi o simili, né io li ho mai chiesti. Parlando tra noi giunsi alla conclusione che la somma predetta corrispondeva a quella percentuale"; test. Tirolese: "Non ricordo se sono state messe a disposizione le scritture contabili");

b) che esse non partecipavano alle eventuali perdite.

Esclusa la ravvisabilità in ordine alle modalità di svolgimento del rapporto dell'associazione in partecipazione occorre esaminare se alla stregua delle testimonianze assunte sia ravvisabile il rapporto di lavoro subordinato o non invece, come sostiene l'appellante, un rapporto di collaborazione continuata e coordinativa.

La sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato verrebbe comunque ed in via assorbente ad escludere l'associazione in partecipazione.

Il criterio e parametro fondamentale per ravvisare la esistenza di un rapporto di lavoro subordinato è costituito dalla subordinazione e cioè dall'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro.

Valentina Grossi ha riferito, sotto il vincolo di legge che c'era una organizzazione nel lavoro da svolgere ed ha precisato: "Anch'io mi sono inserita in tale organizzazione"; Stefania Pittarello ha riferito: "Mi è stato indicato un turno dalla sede al quale dovevo attenermi. Quando sono arrivata mi è stata presentata quale responsabile del negozio la Zanchettin da parte del sig. Stroili. La Zanchettin era il mio referente in tutto"; Marina Bacciolo ha riferito: "Il sig. Stroili ci disse che dovevamo prestare 8 ore giornaliere"; Nicoletta Bisotto ha riferito: "La sottoscrizione del contratto di associazione in partecipazione fu preceduta ... da una specie di corso ... della durata di un mese ... il sig. Strobili rappresentò l'esigenza di farmi fare una specie di tirocinio ... la responsabile era la Zanchettin; ella controllava il nostro lavoro"; Diana Tirolese ha riferito: "c'erano orari stabiliti dall'azienda ... vi era una responsabile che organizzava i turni di lavoro"; Lucia Zanchettin ha riferito: "Ero la responsabile del negozio e secondo le disposizioni del sig. Stroili dovevo starci dalle 9 alle 21.00 ... lavoravamo come commesse. Ero io a organizzare i loro turni per coprire l'intero orario di apertura del negozio".

Ora l'ampiezza del potere direttivo del sig. Stroili esercitato anche a mezzo di una responsabile che si pone come superiore gerarchico si traduce in un vero e proprio potere disciplinare che esorbita dal mero controllo gestionale di cui all'art. 2552, 1° comma, cod. civ..

Le conclusioni di cui sopra appare convalidata dall'elemento sintomatico che successivamente le commesse rimaste in servizio furono formalmente inquadrare come lavoratrici subordinate senza che intervenisse alcuna modifica nelle modalità di concreto svolgimento del rapporto.

Infine, per quanto si debba ammettere, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, che ogni attività economicamente rilevante può essere svolta sia in regime di autonomia che di subordinazione, non può disconoscersi che un'attività come quella di commessa, per la natura stessa delle mansioni importa una presunzione forte di assoggettamento pieno e continuativo della prestazione stessa al potere direttivo del titolare dell'azienda.

Il motivo principale di appello va quindi respinto.

Può invece essere accolto il motivo di appello subordinato inteso ad ottenere la riduzione delle sanzioni civili e "*una tantum*" alla stregua del disposto di cui all'art. 116 L. 388/2000.

L'INPS ha invocato la irretroattività della novella che ha modificato la disciplina delle sanzioni civili e della sanzione *una tantum* calcolata dall'ente opposto ai sensi della disciplina previgente.

Peraltro, pur non essendo la legge 388/00 retroattiva in mancanza di eccezione espressa principio generale, la stessa prevede (art. 116, :comma 18) il permanere delle precedenti norme solo per "i crediti in essere e accertati al 30 settembre 2000".

Come desumibile dalla previsione di un possibile conguaglio per i maggiori versamenti effettuati, la legge presuppone "l'applicabilità delle nuove, più favorevoli, norme ai fatti avvenuti, e contestati, sotto il vigore della nuova legge e sia a tutti i casi

non esauriti, ivi compresi quelli precedenti per i quali sia sorta controversia innanzi all'autorità giudiziaria, ma che non siano ancora esauriti con sentenza passata in giudicato e col pagamento della sanzione" (Cass., 9 maggio 2002 n. 6680 (2)).

Le sanzioni civili, pertanto, come eccepito dovranno essere calcolate (con operazione meramente matematica il che rende superflua una quantificazione specifica in corso di causa) in base alla previsione della legge 388/2000.

L'accoglimento limitato dell'appello importa la compensazione parziale delle spese del grado (confermata la compensazione per metà già statuita dal primo giudice di quelle del procedimento di primo grado).

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1256

(2) *Idem, idem*, p. 1061

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Pensioni - Pensione di anzianità - Maturazione diritto - Decorrenza prestazione - Non necessaria sovrapposibilità relative date.

Tribunale di Bergamo - 23.10/22.11.2003, n. 595 - Dott. Finazzi - Toccagni (Avv. Finco) - INPS (Avv. Casagli).

La distinzione concettuale tra maturazione del diritto a pensione e decorrenza della prestazione è principio che permea l'intera impalcatura del sistema pensionistico come riformato dalle leggi nn. 335/1995 e 449/1997 e rende legittimo il differimento temporale dell'erogazione della pensione pur a fronte del raggiungimento dei requisiti di anzianità contributiva ed anagrafica previsti dalla più favorevole disciplina previgente.

FATTO — Con ricorso depositato il 29.7.2002, Toccagni Gian Maria esponeva al Tribunale di Bergamo — in funzione di giudice del lavoro:

— che in data 31.10.2000 aveva presentato all'INPS domanda di pensione di anzianità;

— che in data 26.1.01 l'INPS gli aveva comunicato l'avvenuta liquidazione della prestazione, con decorrenza dall'1.5.2001;

— che tale ultima data di decorrenza non era corretta, in quanto ai sensi dell'art. 59 della L. 449/97, la stessa avrebbe dovuto individuarsi nel gennaio 2001;

— che, infatti, avendo egli compiuto 57 anni nel giugno 2000, aveva beneficiato del regime meno restrittivo previsto dal comma 6 del cit. art. 59, che con riferimento al periodo compreso tra l'1.1.98 ed il 31.12.2000, manteneva fermo per l'accesso al trattamento previdenziale il requisito anagrafico di 57 anni, differendo la data di decorrenza della pensione di 4 mesi rispetto alle date stabilite dal successivo comma 8;

— che tuttavia decorrendo la prestazione a lui spettante, ai sensi di quest'ultimo comma, dal gennaio 2001, e perciò fuori dal periodo transitorio di cui sopra, non era fondato applicare lo slittamento di 4 mesi previsto dal citato comma 6;

— che la proposizione del ricorso amministrativo era stata infruttuosa;

tutto ciò esposto, chiedeva che il giudice adito, accertato il suo diritto a percepire la pensione di anzianità dalla data dell'1.1.01, condannasse l'INPS ad anticipare la decorrenza della pensione alla suddetta data, con ogni conseguenza di legge, corrispondendogli i ratei maturati e non versati, oltre interessi legali e/o rivalutazione monetaria ed oltre spese di lite.

L'INPS, costituitosi tempestivamente in giudizio, resisteva alla domanda, chiedendone il rigetto.

Dopo aver illustrato le varie finestre introdotte dalle leggi 537/93, 335/95 e 449/97 per l'accesso anticipato alla pensione di anzianità, a seguito il blocco previsto dal DL 384/92 conv. nella L. 438/92, osservava che il ricorrente aveva maturato i requisiti di età e di contribuzione il 30.6.00, e pertanto sotto il vigore del regime di cui al comma 6 dell'art. 59 della L. 449/97, sicché ai sensi di questo comma la decorrenza della prestazione non poteva che essere ritardata di ulteriori 4 mesi, rispetto alla decorrenza prevista dal comma 8 per gli altri regimi.

Sulla scorta di tali considerazioni, concludeva per il rigetto del ricorso, con vittoria di spese.

All'esito dell'udienza ex art. 420 c.p.c., la causa, non necessitando di alcuna istruttoria, era rinviata per la decisione.

All'odierna udienza era pertanto discussa e decisa con sentenza, del cui dispositivo era data pubblica lettura.

DIRITTO — Quanto ai fatti, è pacifico in causa che il Toccagni alla data del giugno 2000 avesse compiuto 57 anni e maturato 35 anni di contributi nella gestione previdenziale dei lavoratori autonomi.

È pure pacifico che l'INPS, accogliendo la domanda di erogazione della pensione di anzianità presentata dal ricorrente il 31.10.00, gli abbia corrisposto la relativa prestazione con decorrenza dall'1.5.01.

A fronte di tali fatti, il ricorrente si duole dell'operato dell'INPS, sostenendo che la decorrenza della prestazione pensionistica avrebbe dovuto essere individuata nel gennaio 2001 (anziché nel maggio 2001), in quanto avendo egli perfezionato il requisito dell'età anagrafica previsto dal comma 6 dell'art. 59 della L. 449/97, con riferimento al periodo compreso tra il gennaio 98 ed il dicembre 2000, nel giugno 2000, la decorrenza della prestazione determinata ai sensi del successivo comma 8 sarebbe caduta nel gennaio 2001, e pertanto fuori dal periodo ora detto, sicché nei suoi confronti non avrebbe dovuto trovare applicazione il citato comma nella parte in cui prevedeva lo slittamento della decorrenza di 4 mesi, rispetto alle date di decorrenza di cui al richiamato comma 8.

L'assunto non può essere condiviso.

L'art. 59, comma 6, nella parte che qui interessa così dispone: “con effetto sui trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti dall'1 gennaio 98, a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per invalidità, la vecchiaia ed i superstiti per i lavoratori dipendenti ed autonomi..., il diritto per l'accesso al trattamento si consegue..., al raggiungimento dei requisiti di età anagrafica e di anzianità ovvero di sola anzianità contributiva indicati nella tabella C allegata alla presente legge per i lavoratori dipendenti... e nella tabella D allegata alla presente legge per i lavoratori dipendenti pubblici...; per i lavoratori autonomi l'accesso al trattamento si consegue al raggiungimento di un'anzianità contributiva non inferiore a 35 anni ed al compimento del 58° anno di età. Per il periodo dal 1° gennaio 98 al 31 dicembre 2000 resta fermo il requisito anagrafico di 57 anni ed i termini di accesso di cui all'ottavo comma sono differiti di 4 mesi...”.

Quest'ultimo comma, sempre per quel che qui interessa, dispone che: “... I lavoratori che conseguono il trattamento di pensione a carico delle gestioni per gli artigiani, i

commercianti ed i coltivatori diretti e che risultino in possesso dei requisiti di cui al sesto comma entro il primo trimestre dell'anno posso accedere al pensionamento dal 1° ottobre del medesimo anno, entro il secondo trimestre, dal 1° gennaio dell'anno successivo; entro il terzo trimestre, dal 1° aprile dell'anno successivo; entro il quarto trimestre, dal 1° luglio dell'anno successivo...”.

In base al combinato disposto delle due norme, è pertanto chiaro che il legislatore con riferimento al periodo compreso tra il 1° gennaio 97 ed il 31 dicembre 2000 ha inteso mantenere fermo il regime di favore del conseguimento della pensione di anzianità nelle gestioni autonome, con l'età di 57 anni (e non di 58 anni secondo il principio generale introdotto dal medesimo comma 6, nella proposizione immediatamente precedente) e con 35 anni di contribuzione (tale regime di miglior favore era quello previsto dalla previgente e più favorevole disciplina della L. 335/95, che all'art. 1, comma 28, disponeva, appunto, che per i lavoratori autonomi il diritto alla pensione di anzianità si conseguiva al raggiungimento di un'anzianità contributiva non inferiore a 35 anni ed al compimento del 57° anno di età, sostituito dal 56° anno per il biennio 1996/1997, seppure, anche in questo caso, con uno slittamento in avanti per quanto riguarda la decorrenza della prestazione — comma 29).

Il legislatore ha tuttavia temperato tale trattamento di miglior favore, facendo slittare di 4 mesi la data di decorrenza della prestazione come prevista dal successivo comma 8 (sicché il lavoratore che matura i requisiti di 57 anni e di 35 anni di contribuzione, ad esempio, nel primo trimestre dell'anno può accedere alla pensione soltanto dal 1° febbraio dell'anno successivo, anziché dal 1° ottobre del medesimo anno; allo stesso modo, il lavoratore che matura i requisiti di 57 anni e di 35 anni di contribuzione nel secondo semestre dell'anno ha diritto di accedere al trattamento pensionistico soltanto dal 1° maggio dell'anno successivo, anziché dal 1° gennaio di quest'ultimo anno; e così via).

In altri termini, il legislatore, quale contraltare del mantenimento del regime più favorevole di maturazione del diritto alla pensione di anzianità, ha previsto uno spostamento della decorrenza della prestazione ancor più in avanti rispetto alla decorrenza, pure differita, prevista per il regime per così dire ordinario. E non v'è dubbio che quest'ultima disciplina si accompagni indefettibilmente, e non possa essere disgiunta, da quella relativa alla maturazione dei requisiti di accesso alla pensione.

Ciò significa che gli elementi che caratterizzano il regime più favorevole vigente per l'arco temporale compreso tra il gennaio 98 ed il dicembre 2000 sono due (35 anni di contribuzione e 57 anni di età, da un lato, e spostamento della decorrenza della prestazione, dall'altro), e che tali elementi sono inscindibili (non a caso la previsione normativa utilizza la congiunzione e), con la conseguenza che non può essere che l'assicurato si possa avvalere soltanto del primo, senza subire il secondo.

Questo anche perché il presupposto che fa scattare l'applicabilità del regime di miglior favore qui in esame è soltanto quello della maturazione del diritto alla pensione e perciò della maturazione dei requisiti dell'anzianità contributiva e dell'età previsti dalla legge, ed una volta maturato il diritto, la decorrenza alla prestazione non può che essere quella espressamente ed appositamente prevista dalla legge per quel tipo di regime.

Con la conseguenza che nessun rilievo può essere attribuito al fatto che in applicazione del sistema di spostamento in avanti dell'erogazione della prestazione connatura-

to all'ordinario regime pensionistico, la data di decorrenza della prestazione cada fuori dal periodo di vigenza di quest'ultimo trattamento.

Tale interpretazione, d'altra parte, è l'unica in linea con la netta distinzione concettuale tra maturazione del diritto alla pensione e decorrenza della prestazione, che permea di sé l'attuale sistema pensionistico.

Tale principio è sotteso a tutta l'impalcatura sia della L. 335/95, sia della nuova legge 449/97, ed in virtù dello stesso la pensione di anzianità decorre da una certa data, ma i requisiti di anzianità assicurativa e contributiva, con conseguente nascita del diritto, vengono raggiunti in una data pregressa (e predeterminata).

Non diversamente da come accade per la pensione di vecchiaia, con riferimento alla quale l'art. 6 della L. 155/81, prevede che la pensione decorre dal primo giorno del mese successivo a quello nel quale l'assicurato ha compiuto l'età pensionabile, ovvero, nel caso in cui a tale data non risultino soddisfatti i requisiti di anzianità assicurativa e contributiva, dal primo giorno del mese successivo a quello in cui i requisiti suddetti vengono raggiunti.

È evidente che detta norma contiene la distinzione di cui si tratta, limitandosi a fissare la decorrenza della materiale erogazione della prestazione soltanto una volta maturato il requisito costituito dalla titolarità del diritto soggettivo alla pensione; tanto è vero che se, in ipotesi, tale diritto maturasse il primo giorno del mese, la pensione decorrerebbe comunque dal primo giorno del mese successivo.

Stesso discorso vale per le norme qui in esame, che, sostanzialmente, fissano una diversa decorrenza della prestazione, a seconda delle diverse epoche di maturazione dei requisiti che danno diritto alla stessa.

È indubbio pertanto che la maturazione del diritto è concetto diverso e distinto da quello di decorrenza dello stesso.

Ed allora, se questi sono i principi, deve ritenersi che ciò che rileva ai fini dell'individuazione del regime applicabile sia la data di maturazione del diritto al conseguimento della pensione e non certo la data di decorrenza del trattamento pensionistico.

In tal senso va pure intesa la proposizione di apertura del riportato comma 6 dell'art. 59 della L. 449/97, che fa riferimento ai "trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti dall'1 gennaio 98", dovendo ritenersi che il legislatore abbia utilizzato tale espressione per riferirsi al momento di completamento della fattispecie legale che fonda il diritto alla pensione, e non certo alla data della sua erogazione ed esigibilità materiale, per la ragione che, come già detto, quest'ultima è soltanto una conseguenza, per così dire, automatica della prima condizione.

Così, poiché il diritto alla pensione di anzianità del Toccagni si è pacificamente perfezionato nel vigore del regime meno restrittivo previsto dalla legge per il periodo 1 gennaio 98/31 dicembre 2000, avendo egli compiuto 57 anni nel giugno 2000, maturando di conseguenza il diritto alla pensione nel 2° trimestre dell'anno, lo stesso non può che conseguire la prestazione dal 1° maggio dell'anno 2001, in base allo slittamento di 4 mesi pure previsto dalla legge quale elemento connaturato al regime di maggior favore di cui il ricorrente ha inteso beneficiare.

(Omissis)

Pensioni - Maggiorazione per orfani di guerra ex L. 365/58 e 585/71 - Requisito soggettivo in capo a titolare pensione di reversibilità - Non rileva - Insussistenza diritto.

Tribunale di Bergamo - 1/10.10.2003, n. 528 - Dott. Troisi - Rossoni (Avv. Lendini) - INPS (Avv.ti Tarzia, Casagli).

Il beneficio reversibile della maggiorazione della pensione spetta unicamente ai soggetti appartenenti alle categorie degli ex combattenti ed assimilate, in quanto titolari di pensione diretta e non spetta ai titolari di pensione di reversibilità, ove pur sussista in capo ai medesimi l'anzidetto requisito soggettivo.

FATTO — Con ricorso ex art. 414 e 442 c.p.c., depositato in cancelleria in data 12.11.2001 e notificato regolarmente alla controparte, Rossoni Margherita, nata a Verdello il 2.11.37, svolgeva nei confronti dell'INPS domanda di accertamento del diritto alla maggiorazione della pensione quale orfana di guerra, essendo regolarmente iscritta nell'elenco degli orfani di guerra ed equiparati, ai sensi delle leggi 13.03.58 n. 365 e 28.07.71 n. 585.

Sosteneva che la maggiorazione di cui all'art. 6 comma I della L. 140/85 trovasse applicazione non solo nel caso in cui ad una delle categorie protette fosse appartenuto il titolare della pensione diretta, ma anche nel caso in cui solo il titolare della pensione di reversibilità fosse provvisto del requisito soggettivo.

Chiedeva pertanto che fosse accertato il suo diritto ad ottenere la maggiorazione e che fosse condannato l'INPS al pagamento delle differenze dovute, con gli interessi di legge.

Con comparsa di costituzione in data 10.06.2002 si costituiva l'INPS, facendo presente le ragioni di diritto della propria posizione e chiedendo il rigetto della pretese della sig. Rossoni Margherita.

Si acquisiva in via istruttoria la sola produzione documentale.

All'udienza del 1.10.2003 la causa veniva posta in discussione e decisa con lettura del dispositivo in udienza.

DIRITTO — Le domande della ricorrente non possono essere accolte. L'art. 6, primo comma, della legge 15 Aprile 1985 n. 140 riconosce, a domanda, una maggiorazione reversibile di £ 30.000 del trattamento di pensione, determinato secondo le norme ordinarie, ai soggetti appartenenti alle categorie previste dalla L. 24 Maggio 1970, n. 336 e successive modificazioni (ex combattenti e categorie equiparate).

A parte il caso dei superstiti degli aventi diritto a pensione e alla relativa maggiorazione, in capo ai quali la maggiorazione non sorge originariamente, che possono far valere un diritto scaturente dalla qualificazione soggettiva dei dante causa e ai quali la maggiorazione spetta in misura proporzionale al trattamento di reversibilità, la maggiorazione spetta solo sulle pensioni dirette.

Ed invero dalla lettura della legge risulta chiaramente che i destinatari della norma sono da individuarsi unicamente negli appartenenti alle categorie degli *ex* combattenti e assimilate, aventi diritto a pensione, che possono esercitare, a domanda, il proprio diritto personale e non trasferibile.

La maggiorazione è infatti espressamente definita dalla legge come reversibile.

Il comma IV dell'art. 6 della L. 140/85 prevede che la normativa sulla maggiorazione opera ai fini di tutti i trattamenti di pensione derivanti da iscrizioni assicurative obbligatorie di lavoratori dipendenti ed autonomi o esercenti libere professioni. La necessità della titolarità di una pensione diretta è confermata poi dal dato testuale della L. 544/88, all'art.6.

La ricorrente pur essendo orfana di guerra, non risulta titolare di alcuna pensione diretta, ma solo della pensione di reversibilità.

Le spese devono compensarsi integralmente tra le parti, data la natura previdenziale della causa e valutativa delle questioni trattate.

(Omissis)

Processo civile - Opposizione a cartella esattoriale - Eccezioni di mera forma - Inammissibilità - Esperibilità opposizione agli atti esecutivi.

Tribunale di Brescia - 24.11.2003 n. 857 - Dott. Tropeano - Confezioni G.G.E. S.r.l. (Avv. Ragusa) - INPS - S.C.C.I. S.p.A. (Avv. Guerrera) Esatri S.p.A..

L'opposizione a cartella esattoriale in materia contributiva, disciplinata dall'art. 24 c. 6 D.Lgs. n. 46/99, attiene al merito della pretesa ed è inammissibile ove siano dedotti meri vizi formali, nella specie inerenti la notificazione della cartella stessa, eccepibili con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi.

FATTO — Con ricorso depositato il 9 aprile 2003 ed intitolato “Opposizione ex art. 24 D.Lgs 26.2.1999 n. 46” la Confezioni G.G.E. S.r.l. (in seguito G.G.E.), in persona del rappresentante legale “*pro tempore*”, proponeva opposizione alla cartella n. 022 2003 00027851 26 000, emessa dalla Esatri S.p.A., con la quale le era stato chiesto il pagamento della somma di 45.176,20 euro per contributi previdenziali dal maggio 2000 al dicembre 2001 e relative somme aggiuntive.

Deduceva la “nullità e/o inesistenza della cartella di pagamento... e delle presupposte iscrizioni a ruolo”, in quanto la notificazione della cartella era avvenuta mediante deposito nell'ufficio postale, “senza che nella relata di notifica sia stata apposta alcuna annotazione di eventuali impossibilità di consegnare l'invio (“*rectius*” il piego raccomandato) nella sede sociale”.

Si costituiva in giudizio soltanto l'INPS, in persona del Commissario Straordinario, il quale eccepiva preliminarmente l'inammissibilità dell'opposizione, perché la doglianza relativa alla notificazione non poteva essere fatta valere con lo strumento di cui all'art. 24 D.Lgs. n. 46 del 1999. Nel merito contestava la fondatezza dell'opposizione e ne chiedeva il rigetto.

Dopo un rinvio, la causa veniva discussa e decisa all'udienza odierna.

DIRITTO — L'opposizione è infondata. La G.G.E. basa la sua richiesta di dichiarazione di nullità della cartella "e delle presupposte iscrizioni a ruolo" sul vizio di notificazione della cartella stessa.

Sennonché tale vizio, come osservato dall'INPS, non comporta l'illegittimità dell'iscrizione a ruolo, ma può soltanto paralizzare "il diritto dell'esattore di procedere ad esecuzione forzata". Anzi, a ben vedere, la G.G.E. ha promosso l'azione sbagliata, in quanto, come si desume dal comma 6 dell'art. 24 del D.Lgs. n. 46 del 1999 (Il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile), l'opposizione ex art. 24 può essere proposta quando si contesti il fondamento della pretesa contributiva. Mentre nei casi in cui, come nella fattispecie, si sollevino eccezioni formali, l'unico rimedio esperibile è l'opposizione agli atti esecutivi, ai sensi degli artt. 617 c.p.c. e 29 D.Lgs n. 46/99.

La domanda va, pertanto, respinta.

(Omissis)

Processo civile - Processo esecutivo - Ordinanza di assegnazione - Impignorabilità pensione - Esperibilità opposizione ex art. 617 c.p.c. - Termini.

Tribunale di Como - 29.10.2003, n. 1392 - Dott. Ortore - Brognati (Avv. Cairoli) - Cooperativa Abitazione Unione (Avv. Cicchetti) - INPS (Avv. Mostacchi).

L'impignorabilità di un credito costituisce uno specifico motivo di opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 comma 2 c.p.c., gravame che diviene improponibile quando l'esecuzione sia stata conclusa dall'ordinanza di assegnazione; da tale momento l'impignorabilità può essere fatta valere solo con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. ed è suscettibile di sanatoria ove l'opposizione stessa non venga tempestivamente proposta.

FATTO — Con ricorso ex art. 617 c.p.c. depositato da Brognati Francesco il 5.2.2002 nella procedura esecutiva promossa contro di lui dalla coop. Abitazione

Unione in l.c.a. (RGE 62/2001), il debitore esecutato evidenziava la nullità assoluta ed insanabile dell'ordinanza di assegnazione del quinto della pensione INPS emessa all'udienza del 28.2.2001, trattandosi di un credito impignorabile rispetto al titolo del credito della cooperativa, per cui l'opposizione, trattandosi di un atto radicalmente nullo, non era soggetta al termine di decadenza di cui all'art. 617 c.p.c.;

chiedeva pertanto di dichiarare la nullità del pignoramento della pensione e dell'ordinanza di assegnazione, con vittoria di spese.

Integrato il contraddittorio, si costituivano la Cooperativa Abitazione Unione in l.c.a. che chiedeva di respingere l'opposizione, e l'INPS che si rimetteva alla decisione del giudice.

La causa, istruita mediante produzione documentale, all'udienza di discussione del 15.5.2003, sopra le conclusioni dei procuratori delle parti, come riportate in epigrafe, veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO — La coop. Abitazione Unione in l.c.a., per soddisfare coattivamente il proprio credito di natura ordinaria, ha pignorato la pensione INPS di Brognati Francesco.

All'udienza del 28.2.2001, presente l'esecutato che nulla eccepiva, veniva emessa l'ordinanza di assegnazione di un quinto della pensione netta mensile.

Con successivo ricorso *ex art. 617 c.p.c.* al giudice dell'esecuzione, depositato il 5.2.2002, il debitore esecutato ha chiesto la declaratoria di nullità del pignoramento della pensione INPS e della successiva ordinanza di assegnazione del quinto.

La contestazione sulla pignorabilità della pensione non è stata sollevata da Brognati nella procedura esecutiva, ma solo con il ricorso che ha dato inizio al presente giudizio.

L'ordinanza *ex art. 533 c.p.c.* di assegnazione dei crediti è l'atto conclusivo dell'espropriazione presso terzi.

L'impignorabilità di un credito costituisce uno specifico motivo di opposizione all'esecuzione (*art. 615 com. 2 c.p.c.*).

Questa opposizione diviene improponibile ogni qualvolta l'esecuzione sia stata conclusa dall'ordinanza di assegnazione.

Infatti, la contestazione sull'esistenza di un limite legale al diritto del creditore precedente di far espropriare il credito del debitore "può essere esperita senza alcun termine di preclusione fino a che non sia esaurito il processo esecutivo e cioè fino all'ordinanza di assegnazione" (Cass. 5077/2001, conf. 1150/1999, 10259/1997).

Se vi è stata invece l'assegnazione di un credito impignorabile, e quindi l'esecuzione si sia ormai conclusa, l'impignorabilità può essere fatta valere solo con l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* (Cass. 496/2000, 1568/1997, 6262/1988).

In definitiva, la contestazione circa l'impignorabilità del credito, può essere svolta con l'opposizione *ex art. 615 com. 2 c.p.c.*, fino all'ordinanza di assegnazione, ma dopo questa, ogni vizio di legittimità del pignoramento si riflette su detto provvedimento (che, confermandone implicitamente la validità, sottrae definitivamente al debitore esecutato quanto avrebbe dovuto ricevere dal terzo pignorato) e dev'essere rilevato con l'opposizione *ex art. 617 com. 2 c.p.c.*, nel caso in cui l'ordinanza non abbia contenuto decisorio (vd. Cass. 12596/2001, 8813/2000, 769/1999).

L'impignorabilità della pensione non è stata eccepita da Brognati nel procedimento esecutivo né è stata rilevata d'ufficio dal giudice dell'esecuzione.

Brognati, seppur presente all'udienza in cui è stata emessa l'ordinanza di assegna-

zione, ha contestato per la prima volta la pignorabilità della pensione solo con il ricorso che ha dato inizio al presente giudizio.

Per evitare la declaratoria di inammissibilità dell'opposizione, per il superamento del termine preclusivo — rilevabile d'ufficio (Cass. 15364/2000, 3045/1999, 8765/1997) — ha qualificato il vizio contestato come insanabile, con la conseguente giuridica inesistenza dell'ordinanza di assegnazione, richiamando il principio secondo cui il vizio che produca la inesistenza giuridica di un provvedimento, rende possibile esperire un'azione di nullità, indipendentemente dal decorso del termine di cui all'art. 617 c.p.c. (Cass. 7710/2003, 15630/2002, 1639/2000).

L'inesistenza giuridica di un atto processuale è un tipo di invalidità non sostanziale ma formale, caratterizzata dalla mancanza degli elementi indispensabili per il raggiungimento dello scopo dell'atto (4798/2001) o di quelli essenziali indicati nel modello delineato dalla legge e pertanto, esorbitante dallo schema legale (Cass. 5583/2003).

Si tratta di una nullità radicale che rende l'atto assolutamente inidoneo ad attuare la sua funzione tipica.

L'ordinanza di assegnazione può risultare giuridicamente inesistente solo quando sia strutturata in modo tale da non presentare alcuna rispondenza con il modello legale (Cass. 5845/1981).

Pur difettando il requisito della pignorabilità del credito, l'assegnazione di un quinto della pensione di Brognati è stata disposta nel rispetto di tutte le altre condizioni di legge, dal momento che non sono mai stati controversi l'esistenza e l'esigibilità del credito pignorato e l'impignorabilità è stata eccepita per la prima volta, solo con il ricorso che ha dato inizio al presente giudizio.

In un tale contesto, deve escludersi che l'ordinanza di assegnazione, pur emessa in assenza delle condizioni di pignorabilità del credito, “costituisca provvedimento abnorme, come tale inidoneo a trovare collocazione giuridica e razionale nel sistema normativo dell'espropriazione forzata presso terzi e passibile, quindi, di revoca da parte dello stesso giudice dell'esecuzione o di annullamento ad opera del giudice dell'opposizione anche se non proposta nel termine di legge” (in motivazione a Cass. 6262/1988 in materia di impignorabilità dello stipendio ex DPR 180/1950).

L'assegnazione di un credito non assolutamente impignorabile, quale la pensione INPS (pignorabile per un quinto per i crediti di cui all'art. 128 rdl 1827/1935, art. 69 L. 153/1969, alimentari — C. Cost. 1041/1988 (1) e tributari — C. Cost. 468/2002) non costituisce quindi, un atto processualmente inesistente, ma più semplicemente, un atto che deriva la propria nullità da quella di un pignoramento illegittimo.

Trattandosi di un vizio di natura sostanziale, dev'essere necessariamente rilevato dall'interessato con l'opposizione ex art. 617 com. 2 c.p.c., ed è suscettibile di sanatoria ove questa non venga tempestivamente proposta.

L'opposizione di Brognati, depositata oltre il termine di decadenza di cui all'art. 617 c.p.c., deve ritenersi pertanto inammissibile.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1989, p.84.

Prestazioni - Fondo di Garanzia - Fallimento datore di lavoro - Pagamento TFR - Domanda inoltrata da società finanziaria cessionaria del credito del dipendente - Infondatezza.

Processo civile - Giudizio promosso da società finanziaria nei confronti del Fondo di Garanzia presso l'INPS - Cessione di credito per TFR - Domanda di pagamento TFR - Incompetenza funzionale Giudice del Lavoro.

Tribunale di Como - 13/27.11.2003, n. 305 - Dott. Fagnoli - LOGOS Finanziaria S.p.A. (Avv.ti Bertona, Ferrari) - INPS (Avv. Mogavero).

Non ha natura di controversia previdenziale e non è dunque attribuibile alla competenza del Giudice del Lavoro la causa promossa nei confronti dell'INPS, quale gestore del Fondo di Garanzia, da società finanziaria cessionaria, in forza di rapporti privatistici, del credito per TFR di un dipendente da datore di lavoro fallito.

La finalità del Fondo di Garanzia è di natura sociale, e mira ad assicurare al lavoratore o suoi aventi causa, in caso di insolvenza del datore di lavoro, la percezione del trattamento di fine rapporto, con la conseguenza che in nessun caso si legittima il pagamento della provvidenza a favore di società finanziarie che si siano rese cessionarie del relativo credito del dipendente, dovendosi intendere in senso restrittivo, quali "aventi diritto mortis causa", i soggetti di cui alla locuzione ex art. 2 co. I L. 297/82.

FATTO — Con ricorso, depositato in data 19.9.2003, LOGOS Finanziaria S.p.A. evocava in giudizio l'INPS quale ente competente il Fondo di garanzia. Asseriva di essere "avente causa" di Raffa Giuseppina dipendente di S.r.l. Salumificio Campogrande. La lavoratrice aveva chiesto ed ottenuto un mutuo da S.p.A. Futuro garantito da LOGOS Finanziaria S.p.A..

Poi, Salumificio Campogrande S.r.l. era fallito e LOGOS non aveva ottenuto la somma prestata da S.p.A. Futuro a Raffa, la quale aveva promesso la restituzione con la ricezione dei TFR. Chiedeva, quindi la condanna dell'INPS a corrispondere il credito di € 13.530,99.

Con ricorso in pari data, la medesima S.p.A. LOGOS Finanziaria proponeva un altro ricorso contro l'INPS. Si trattava sempre di un prestito ottenuto da un lavoratore, Mauri Mauro, dipendente di Universal Ties S.r.l., dichiarata fallita dal Tribunale di Como. Anche in questo caso, il lavoratore aveva ceduto a S.p.A. Futuro una quota del proprio stipendio e il TFR. LOGOS aveva garantito la restituzione del mutuo, a Futuro, ma il fallimento di Universal Ties aveva impedito l'adempimento.

Da qui l'obbligo dell'INPS a corrispondere il TFR di Mauri per € 6.346,65.

Si costituiva l'INPS e contestava le domande. In rito, eccepiva la nullità del ricorso notificato all'INPS sede di Como e non già alla sede centrale. La chiamata in causa di

un legale rappresentante locale dell'ente, comportava anche la carenza di legittimazione passiva. Negava che S.p.A. LOGOS potesse considerarsi "avente diritto" dei lavoratori mutuatari, in quanto, il Fondo aveva finalità ben diverse della garanzia di creditori privati dei lavoratori.

Instava per l'inammissibilità e il rigetto dei ricorsi.

All'udienza del 13.11.2003, riuniti i procedimenti, nell'assenza ingiustificata del legale rappresentante di LOGOS Finanziaria S.p.A., nonché dei due lavoratori evocati nei ricorsi, i difensori concludevano come da verbale in atti.

DIRITTO — 1 — Seriazione fenomenica-burocratica.

La questione di incompetenza per materia e pregiudiziale, va esaminata per prima.

Per dipanare una situazione così complessa occorre chiarire il *nomen iuris* e i soggetti dell'intricato rapporto.

L'istruttoria dibattimentale ha consentito di accertare il seguente quadro fenomenico e giuridico.

Raffa Giuseppina, dipendente di Campogrande, ottenne un mutuo da Futuro S.p.A. promettendo la restituzione alla percezione del TFR.

Anche il dipendente di S.r.l. Universal Ties, Mauri Mauro aveva seguito lo stesso percorso.

S.p.A. Futuro, aveva chiamato in garanzia LOGOS; talché tre soggetti (LOGOS, Futuro e i due lavoratori) avevano stipulato due contratti trilateri, con cui il mutuante Futuro era garantito dal *fidejubente* LOGOS, per la restituzione del debito da parte dei due lavoratori. Costoro avevano in corso una *locatio operarum*, rispettivamente, con Campogrande e con Universal, i cui imprevisti fallimenti impedirono il versamento del TFR ai rispettivi lavoratori.

A questi tre contratti, 1 — *locatio operarum*: (Raffa - Campogrande e Mauri - Universal); 2 - mutuo: (Raffa - Futuro / Mauri - Futuro); 3 - fidejussione: (Futuro - LOGOS - Raffa / Mauri), se ne aggiunge un quarto di natura legale. È il rapporto previsto dall'art. 2 co. I L. 297 del 1982. La norma recita: "È istituito presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale il "Fondo di garanzia" per il trattamento di fine rapporto con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo nel pagamento del trattamento di fine rapporto, di cui all'art. 2120 c.c., spettante ai lavoratori o loro aventi diritto.

Trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo, reso esecutivo ai sensi dell'art. 97 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero dopo la pubblicazione della sentenza di cui all'art. 99 dello stesso decreto, per il caso siano state proposte opposizioni o impugnazioni riguardanti il suo credito, ovvero dalla pubblicazione della sentenza di omologazione del concordato preventivo, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del fondo, del trattamento di fine rapporto di lavoro e dei relativi crediti accessori, previa detrazione delle somme eventualmente corrisposte".

Si tratta di una assicurazione obbligatoria così configurata: assicurato è il lavoratore, creditore insoddisfatto del TFR; 2) assicurante è l'azienda debitrice e inadempiente del TFR; 3) assicuratore è il Fondo di Garanzia INPS. L'ente per legge deve adempiere all'obbligazione di Campogrande nei confronti di Giuseppina Raffa e di Universal nei

confronti di Mauri. La L. 297/82 prevede che al Fondo possano far ricorso anche gli “aventi diritto” dei lavoratori.

LOGOS Finanziaria si ritiene “avente diritto” di Raffa Giuseppina e di Mauri Mauro.

2 — Incompetenza funzionale.

Così illustrata alla luce della teoria negoziale, l'intricata vicenda, appare chiaro che LOGOS non può adire il Giudice del lavoro per un debito insoddisfattorio di due lavoratori nei confronti di Futuro. I motivi dell'incompetenza funzionale sono molteplici.

La prima incongruenza, è che LOGOS, società di capitali, chiede la garanzia di un credito, che non ha natura né di lavoro, né di previdenza. Per contro, l'art. 442 c.p.c. prevede la giurisdizione del Giudice del lavoro solo per “i procedimenti relativi a controversie derivanti dall'applicazione delle norme riguardanti le assicurazioni i sociali”.

Pertanto, la norma consente al Giudice del lavoro solo ai tre soggetti dell'assicurazione legale: 1) assicurato - lavoratore; 2) assicurante - datore; 3) INPS - assicuratore.

Non altro.

La natura personale della previdenza è il primo motivo della inammissibilità di surroghe contrattuali. Nessuno può sostituirsi a quei tre soggetti nel ricorrere al Giudice del lavoro.

Il secondo motivo di insurrogabilità discende dalla natura eccezionale delle prestazioni del Fondo. La finalità del Fondo, mira ad evitare che il lavoratore, parte debole della *locatio operarum*, abbia a subire conseguenze economiche negative per l'inadempienza del datore.

In effetti, la retribuzione ha natura alimentare.

Il lavoratore ha bisogno della paga ricevuta dal datore per fini esistenziali. La L. 297/82 tutela, quindi, l'esistenza del lavoratore subordinato, non le società finanziarie che lucrano sui salari dei lavoratori.

Il concetto della tutela esistenziale dei dipendenti è ribadito dallo stesso art. 2 cit.: “Le disponibilità del fondo di garanzia non possono in alcun modo essere utilizzate al di fuori della finalità istituzionale del fondo stesso”.

L'accezione di “avente diritto” che LOGOS si attribuisce è assolutamente fuorviante. Risulta dalla lettera dell'art. 2 cit. ... ove il diritto è attribuito al lavoratore, o ai suoi aventi diritto; “o” non già “e”. La congiunzione è disgiuntiva, non già copulativa. Ciò significa che il TFR al Fondo lo può chiedere il lavoratore se egli è vivo; ovvero i suoi eredi se egli è morto.

Solo così la finalità pubblicistica del Fondo si giustifica.

Le parole “aventi diritto”, quindi devono essere interpretate nel senso di aventi diritto *mortis causa*. Gli “aventi diritto” sono i figli e le persone a carico dei lavoratori. Non LOGOS o Futura che hanno prestato danari ad interesse ai lavoratori, concupiscendone la liquidazione.

Il Fondo INPS ha uno scopo di natura sociale, pensoso solo del benessere di lavoratori. D'altra parte, sarebbe stridente che i creditori dei lavoratori subordinati fossero garantiti a spese di tutta la collettività (Fondo INPS); laddove, i creditori di altri lavoratori, per esempio quelli autonomi, non potrebbero invocare eguale diritto.

Peraltro, se LOGOS si ritiene creditore nei confronti dell'INPS per un credito da

questo dovuto a due lavoratori, avrebbe dovuto coerentemente evocare in giudizio questi ultimi. Il contratto assicurativo legale era trilatero.

Invero, Raffa e Mauri sono titolari dei crediti azionati da LOGOS.

La pretesa di LOGOS appare carente di ogni dignità giuridica, soprattutto nella incoerente omissione della evocazione in giudizio dei due creditori originari.

L'assoluta debolezza processuale e soprattutto sostanziale, nonché la duplicità dei casi, suggeriscono di liquidare le spese processuali dell'INPS in € 1.500.

Alla soccombenza segue l'obbligo del pagamento delle spese processuali di controparte, liquidate come da dispositivo che segue.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Contratto di lavoro socialmente utile - Utilizzo da parte dell'INPS in lavori di pubblica utilità - Sporadico utilizzo in mansioni istituzionali - Rapporto di lavoro subordinato - Insussistenza.

Tribunale di Como - 5/13.11.2003, n. 286 - Dott. Fargnoli - Omissis (Avv. Borsani) - INPS (Avv. Saia).

Il lavoratore socialmente utile, prevalentemente adibito a progetti di pubblica utilità, non può essere qualificato lavoratore subordinato e pretendere, per l'effetto, la relativa retribuzione e l'ordinaria copertura contributiva, ostandovi la funzione socio-economica del contratto e a nulla valendo l'occasionale utilizzo del lavoratore stesso nell'ambito delle attività istituzionali del datore di lavoro.

FATTO — Con ricorso depositato in data 1.9.2003, *omissis* lamentava che l'INPS le corrispondeva una retribuzione con un'anzianità solo dal 23.10.2000. Invece, essa, di fatto, era stata assunta il 16.7.97. In, tale data, aveva incominciato a operare negli uffici INPS di Como, come lavoratrice socialmente utile, *ex lege* 468/97. Tuttavia, anziché essere assegnata ad uno specifico progetto, come prevedeva la legge, aveva svolto compiti istituzionali promiscui. Pertanto, i tre anni di lavoratrice LSU dovevano essere considerati come un lavoro subordinato vero e proprio. Chiedeva la condanna dell'INPS al pagamento delle differenze retributive pari ad € 12.934,57.

Si costituiva l'INPS, e contestava la domanda.

Omissis aveva iniziato a operare come lavoratrice socialmente utile, con le mansioni proprie di tale figura professionale. A lei, erano stati assegnati compiti istituzionali solo al momento dell'assunzione definitiva, il 23.10.2000. Prima, aveva compiuto le attività proprie dei progetti assegnatili.

Instava per il rigetto della domanda.

All'udienza del 3.11.2003, i difensori concludevano come da verbale in atti.

DIRITTO

1. — *Nomen juris*.

La tesi attrice mira a qualificare il periodo del rapporto giuridico, *omissis* - INPS dal 16.7.97 (inizio LSU) al 22.10.2000 (assunzione) non già, come rapporto LSU; bensì, come una vera e propria *locatio operarum*.

La *quaestio decidendum* consiste nel verificare le differenze tra il contratto LSU e contratto di lavoro subordinato, al fine di verificare quale dei due istituti meglio si attagli al periodo *de quo*.

È opportuno partire dal dato normativo. La legge che delinea nell'ordinamento il contratto LSU è il DLL 1.12.97 n. 458. L'art. 1 recita: "1) si definiscono lavori socialmente utili le attività che hanno per oggetto la realizzazione di opere e la fornitura di servizi di utilità, collettiva, mediante l'utilizzo di particolari categorie di soggetti, alle condizioni contenute nel presente decreto legislativo, compatibilmente con l'equilibrio del locale mercato del lavoro.

2) Le attività di cui al comma 1 sono distinte secondo la seguente tipologia: a) lavori di pubblica utilità mirati alla creazione di occupazione In particolare in nuovi bacini di impiego, della durata di 12 mesi, prorogabili al massimo per due periodo di 6 mesi, realizzati alle condizioni di cui all'art. 2.

b) lavori socialmente utili mirati alla qualificazione di particolari progetti formativi volti alla crescita professionale in settori Innovativi, della durata massima di 12 mesi.

c) lavori socialmente utili per la realizzazione di progetti aventi obiettivi di carattere straordinario, della durata di 6 mesi, prorogabili al massimo per un periodo di 6 mesi, con priorità per i soggetti titolari di trattamenti previdenziali.

d) prestazioni di attività socialmente utili da parte di titolari di trattamenti previdenziali, realizzate alle condizioni di cui all'art. 7.

3) Le attività indicate nelle lettere a), b) e c) del comma 2 sono definite mediante predisposizione di appositi progetti".

La norma citata, dunque, stabilisce il primo dei tre requisiti del negozio giuridico bilaterale: l'oggetto.

L'oggetto del contratto LSU deve essere di pubblica utilità e deve concretizzarsi "in un progetto predisposto dal datore". Il lavoro presso l'INPS, ente pubblico, è certamente utile dal punto di vista generale. Il rappresentante dell'INPS, in udienza ha dichiarato che *omissis* fu assegnata a progetti socialmente utili. Prima, "alla normalizzazione della ricongiunzione del periodo assicurativo", poi, all'ufficio legale con "il progetto ricerca delle informazioni utili per le azioni esecutive e recuperi contributivi".

L'attrice ha negato di aver compiuto le attività proprie di questi due progetti in maniera prevalente.

Il secondo elemento distintivo tra negozio LSU e la causa, ovvero la funzione economica giuridica del negozio. Causa del contratto LSU è la diminuzione della disoccupazione, nonché l'assegnazione di particolari soggetti presso la P.A.. Il contratto LSU non determina l'assunzione definitiva. Lo stabilisce l'art. 8 DLL 468 del 97:

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

Il terzo elemento distintivo è di natura soggettiva. Il contratto di lavoro subordinato prevede il sinallagma tra datore e lavoratore. Il contratto LSU è di natura previdenziale. Il lavoratore socialmente utile percepisce due emolumenti, uno dal datore e l'altro dal Fondo, alimentato dal Ministero del Lavoro. Pertanto, gli interlocutori dei lavoratori LSU, sono due, il datore e il Ministero del Lavoro.

Entrambi, infatti, corrispondono emolumenti al lavoratore LSU. Trattasi, dunque, di un negozio trilaterale. Eppure il Ministero del Lavoro non è stato, qui evocato in giudizio da *omissis*.

2. — **La fattispecie.**

Così disegnatte le differenze tra i due contratti la conseguenza è ovvia. *Omissis* non può esigere la *locatio operarum*, perché la causa del negozio, per il periodo 1997 - 2000, rimaneva quella previdenziale. Anche se le mansioni da essa svolte fossero state istituzionali, la funzione economica sociale del contratto rimaneva quella del negozio LSU.

Per questo motivo, essa non può esigere per il periodo 1997/2000 il *nomen iuris* di *locatio operarum*; e ciò anche se essa avesse compiuto mansioni estranee ai “progetti”.

Tuttavia, l'istruttoria dibattimentale ha consentito di accertare che *omissis* offri all'INPS le prevalenti prestazioni, proprie dei progetti cui era stata assegnata. In proposito, il teste Mogavero Mirella: “*Omissis* ha fatto il progetto di ricerca di informazioni utili per le azioni esecutive all'ufficio legale. È arrivata nel mio ufficio il 17 luglio 1998 e c'è stata fino all'ottobre, anzi fino al 6 novembre 2000. L'attività prevalente di *omissis* era l'oggetto del progetto, col lavoro alle banche dati dell'Istituto” (pag. 6 v. u.).

Come si vede, la prevalenza è quella del progetto.

Dichiarazione analoga ha reso Nocera Marcella: “Sono coordinatore, ho lavorato con *omissis* all'ufficio ricongiunzioni. Presumo ci fosse un progetto, *omissis* si è occupata di archivio, ha liquidato qualche pratica di ricongiunzione” (pag. 10 v.u.).

Quindi, per il periodo all'ufficio legale è evidente la prevalenza delle mansioni del progetto assegnatole.

Per il periodo precedente ha deposto il capoufficio Cataldo Alfonso che ha detto: “Sono C3, ho lavorato con *omissis* all'ufficio ricongiunzioni. L'attività di *omissis*, all'inizio, rientrava nelle ricongiunzioni delle pensioni, poi, oltre alle ricongiunzioni, acquisiva bollettini di lavoratori autonomi” (pag. 11 v.u.).

Peraltro, è impossibile pretendere che un lavoratore LSU faccia solo compiti specifici del “progetto” come se fosse una monade inserita nell'organizzazione. Se così fosse, il lavoratore LSU sarebbe di peso all'organizzazione, in cui è inserito e il suo lavoro anziché essere socialmente utile, costituirebbe una zavorra disutile per la società.

Pertanto, una certa promiscuità operativa è connessa all'utilità sociale pretesa dagli LSU.

In tal senso, per più collimanti ragioni, la domanda di *omissis* va rigettata.

(*Omissis*)

Pensioni - Fondo Autoferrotranvieri - Mancata inclusione emolumenti retributivi - Decadenza triennale dall'azione giudiziale - Decorrenza.

Tribunale di Como - 30.10/8.11.2003, n. 280 - Dott. Fagnoli - Bianchi (Avv. Nicoletti) - INPS (Avv. Mogavero).

Le doglianze relative alla mancata inclusione di talune voci retributive nel calcolo pensionistico vanno azionate giudizialmente nel termine di decadenza triennale di cui all'art. 47 DPR 639/70 - norma generale che prevale sulla norma specifica del settore autoferrotranvieri di cui all'art. 37 L. 830/1961- decorrente dall'esaurimento del termine di gg. 180 dalla notifica del provvedimento di pensione.

FATTO — Con ricorso, depositato in data 5.9.2003, Bianchi Bruno lamentava che l'INPS non gli avesse calcolato sulla pensione l'indennità aziendale. Tale emolumento contrattuale era stato concordato nel 1982 tra ATM di Milano e sindacati. Equivalenza alla retribuzione di dieci minuti di lavoro straordinario. Chiedeva il calcolo dell'indennità sul trattamento di quiescenza corrisposta a far tempo dal 1997.

Si costituiva l'INPS e contestava le domande. In rito, eccepiva la nullità del ricorso indeterminato nella quantificazione dell'indennità richiesta.

Insisteva, poi, sulla intervenuta decadenza ai sensi degli artt. 47 DPR 639/70 e 37 L. 830/61. Le norme prevedevano l'inammissibilità delle doglianze pensionistiche in termini, rispettivamente di tre e cinque anni. Entrambi i lassi temporali erano trascorsi dall'1.4.1997, data del pensionamento di Bianchi.

Nel merito, sosteneva l'infondatezza della domanda.

All'udienza del 30.10.2003, espletata l'istruttoria dibattimentale, i difensori concludevano come da verbale in atti.

DIRITTO — L'eccezione di decadenza va esaminata per prima e va accolta.

Infatti, l'art. 47 DPR 639/70 recita: L'istituto Nazionale della Previdenza Sociale è tenuto ad indicare ai richiedenti le prestazioni od ai loro aventi causa, nel comunicare il provvedimento adottato sulla domanda di prestazione, i gravami che possono esser proposti, a quali organi debbono essere presentati ed entro quali termini. È tenuto, altresì, a precisare i presupposti ed i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria".

Come si vede, la norma stabilisce la decadenza triennale.

Parte ricorrente ha replicato che l'informazione imposta dalla disposizione è preclusiva alla decadenza. Tuttavia, il provvedimento che liquida la pensione conteneva il seguente avvertimento a Bianchi: " Il titolare della pensione ha facoltà di proporre ricorso avverso il presente provvedimento di liquidazione o di riliquidazione, entro 90 giorni dalla data di notifica del provvedimento stesso. Il ricorso, indirizzato al competente Comitato presso la Direzione Generale dell'INPS, via Ciriaco De Mita, 21 - 00100 Roma, deve essere presentato alla Sede INPS che gestisce la pensione. Alla sede medesima possono essere richiesti chiarimenti in merito alla liquidazione o alla riliquidazione della pensione".

Come è evidente, l'informazione pretesa dall'art. 47 cit. era contenuta nel provvedimento amministrativo del 1997. La decadenza è, quindi, intervenuta.

Tuttavia, un altro periodo di decadenza è, comunque, attivo ai sensi dell'art. 37 della L. 28.7.1961 n. 830. La norma propria degli autisti come Bianchi Bruno stabilisce: "Salvo quanto disposto dall'art. 13, contro i provvedimenti dell'Istituto nazionale della Previdenza Sociale, concernenti la concessione delle prestazioni previste per gli iscritti al Fondo per gli addetti ai pubblici servizi di trasporto, è ammesso il ricorso in via amministrativa al Comitato di vigilanza di cui all'art. 2 del decreto legislativo 16 settembre 1947, n. 1083.

Non è ammesso il ricorso all'autorità giudiziaria se non sia stato prima esperito e definito il ricorso in sede amministrativa. Il termine per ricorrere in via amministrativa è di novanta giorni - a pena di decadenza - dalla comunicazione all'interessato del provvedimento impugnato e la conseguente decisione deve essere pronunciata dal Comitato entro novanta giorni dalla data della ricezione del ricorso ... L'azione giudiziaria non può essere proposta quando sia trascorso il termine perentorio di cinque anni dalla data in cui fu comunicata la decisione del ricorso in sede amministrativa, o dalla scadenza del termine di novanta giorni fissato per la decisione amministrativa".

Considerando la liquidazione della pensione all'8.4.1997 e il termine per il ricorso 180 giorni ex art. 47 cit. e 90 giorni ex art. 37 cit., la prescrizione di cinque anni è decorsa al pari di quella di tre anni ex art. 47.

Ne consegue che il ricorso è inammissibile.

(Omissis)

Prestazioni - Fondo di Garanzia - Fallimento datore di lavoro - Pagamento TFR - Decadenza annuale - Decorrenza da scadenza termini per il procedimento amministrativo - Provvedimento tardivo di reiezione - Ridecorrenza termine - Esclusione.

Tribunale di Milano -23.6.2003, n. 1931 - Dott. Gargiulo - Cerbone (Avv. Mazzi) - INPS (Avv. Cama).

Ai fini della decorrenza del termine di decadenza annuale previsto per le prestazioni previdenziali e, nella specie, per la richiesta di pagamento del TFR da parte del Fondo di Garanzia presso l'INPS, dall'art. 47, commi 2 e 3, del DPR n. 639 del 1970 (nel testo modificato dall'art. 4 del D.L. n. 384 del 1992, conv. 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 ovvero un tardivo provvedimento di reiezione.

FATTO — Con ricorso *ex artt.* 414 - 442 c.p.c. depositato il 4 giugno 2001, Cerbone Samantha conveniva avanti il Tribunale l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - INPS, quale gestore del Fondo di Garanzia per il trattamento di fine rapporto *ex art.* 2 legge n. 297/82, al fine di ottenere la condanna del medesimo al pagamento in proprio favore del tfr. e relativi accessori maturati per il rapporto di lavoro intercorso con le società V. V. S.r.l. (dal 3.6.96 al 23.1.97) e Corsilo S.r.l. (dal 24.1.97 al 31.7.97), entrambe dichiarate fallite dal Tribunale, contestualmente a tutte le altre società facenti parte del gruppo "La Cascina", esercitanti la stessa attività ed appartenenti ad un unico titolare di fatto di nome Andrea Viragli. Sosteneva che illegittimamente l'ente erogatore con comunicazione del 18.5.2000 aveva respinto la sua richiesta sostenendo che la data del licenziamento (23.1.97) era antecedente alla costituzione della fallita Corsico S.r.l. e che il suo ricorso presentato il 4.8.2000 non era stato deciso dal Comitato Provinciale. Svolti rilievi in diritto e prodotti documenti, concludeva nel merito ed in via istruttoria come in epigrafe riportato.

Ritualmente costituitosi in giudizio, l'INPS contestava integralmente la domanda attrice eccependo preliminarmente l'estinzione del diritto vantato dalla ricorrente per intervenuta decadenza ed assumendo che la domanda, essendo riferita in gran parte ad un rapporto di lavoro non solo inesistente e comunque indimostrato, ma peraltro "negato", sia pure implicitamente, dalla stessa ricorrente, era infondata, così come era infondata la pretesa agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria sull'importo del credito fatto valere.

Prodotti documenti, concludeva nei termini di cui in epigrafe.

All'udienza del 16 ottobre 2001 la difesa del ricorrente chiedeva termine per il deposito di eventuali note sulla avversaria eccezione di decadenza ed il giudice concedeva termine per note ad entrambe le parti.

Parte ricorrente in data 14 novembre 2001 depositava le note. Seguivano vari rinvii per acquisire precedenti giurisprudenziali ed attendere una pronunzia della Suprema Corte a Sezioni Unite in tema di interessi e rivalutazione. Infine all'udienza del 9 aprile 2003 aveva luogo la discussione orale ed all'udienza di cui in epigrafe, in esito alle repliche, veniva pronunciata sentenza con lettura del dispositivo.

DIRITTO — 1. — In primo luogo occorre esaminare l'eccezione dell'INPS di estinzione del diritto di Cerbone Samantha ad ottenere il t.f.r. con accessori *ex art.* 2 della L. n. 297/82, per intervenuta decadenza a norma dell'art. 47, 3° comma del DPR n. 639/1970 come modificato dall'art. 4 del D.L. n. 384/92 convertito nella L. n. 438/92. Al riguardo detto istituto rileva come detta norma preveda, nel ventaglio delle possibili decorrenze del termine decadenziale di un anno, come ipotesi di chiusura quella della scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo pari a 300 giorni (di cui 120 per la formazione del silenzio rifiuto sulla domanda di prestazione *ex art.* 7 della L. n. 533/1973, 90 giorni per la proposizione del ricorso amministrativo *ex art.* 46, 5° comma della L. n. 88/1989 e 90 giorni per la decisione da parte dell'organo adito *ex art.* 46, 6° comma della predetta legge), fa presente che si tratta di un limite oggettivo del *dies a quo*, il quale non può quindi avere una decorrenza a detta data successiva, anche quando all'interno del procedimento stesso si verificano degli eventi che sarebbero astrattamente idonei a fare slittare in avanti tale

momento iniziale, e sostiene che la ricorrente, essendo stata presentata la domanda di liquidazione della prestazione in data 29.4.1999 ed essendo scaduti i termini per la conclusione del procedimento amministrativo il 29.2.2000 (appunto il 301° giorno successivo), avrebbe dovuto esperire l'azione giudiziaria entro il 29.2.2001 e non, come avvenuto, il 6.6.2001. Aggiunge che la decadenza in questione ha natura sostanziale ed è "inarrestabile" onde una volta che si sono perfezionati i presupposti perché cominci a decorrere (nel caso di specie la scadenza dei termini prescritti per il completamento dell'iter amministrativo), restano irrilevanti le eventuali vicende verificatesi durante il suo decorso - e segnatamente la decisione, espressa o tacita, del ricorso amministrativo intervenuta fuori dei termini suddetti - che sarebbero state idonee, se verificatesi prima, a radicare la decorrenza. Precisa che non potrebbe sostenersi che nel caso di specie la "dilatazione"; del procedimento amministrativo oltre i termini prescritti è dipesa dal suo comportamento avendo provveduto sulla richiesta della ricorrente, presentata il 29.4.1999, solo il 28.5.2000, in quanto la definizione, in termini negativi, della richiesta suddetta era già avvenuta precedentemente con il silenzio-rifiuto venutosi a formare dopo i 120 giorni successivi alla sua presentazione, sicché sin da tale momento la ricorrente era in grado di dare ulteriore impulso al procedimento, con la proposizione del ricorso amministrativo, per poi agire giudizialmente. Evidenzia infine che la *ratio* cui si ispira l'istituto della decadenza, cioè il principio di certezza dei rapporti giuridici, in questa materia, come rilevato in giurisprudenza (in particolare Cass. n. 6543/94 (1)), si connota ulteriormente per la sua natura pubblicistica, essendo anche prevista in funzione di uno specifico "interesse pubblico alla definitiva certezza delle determinazioni che concernono le erogazioni di spese gravanti su pubblici bilanci", interesse pubblico in considerazione del quale la stessa giurisprudenza considera tale decadenza rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ed addirittura irrinunciabile da parte dell'ente gestore.

Oppone la ricorrente l'illegittimità dell'interpretazione data all'INPS all'istituto della decadenza rilevando che in caso di comunicazione da parte dell'ente competente, in ordine alla domanda amministrativa presentata dal lavoratore, oltre il termine di legge, la rispettiva data deve essere considerata comunque utile per la operatività del termine di decadenza, indipendentemente dallo spirare dei termini del virtuale esaurimento della procedura amministrativa, onde il provvedimento dell'INPS di rigetto della domanda amministrativa, emesso oltre il termine previsto dalla legge, e dunque dopo che si è formato il silenzio rigetto, in base al regime tipico che regola, in diritto amministrativo, la successione degli atti, annulla gli effetti del precedente provvedimento implicito di rigetto, il quale esiste in quanto manchi e continui a mancare il provvedimento implicito. Aggiunge che suffragano tale conclusioni le seguenti considerazioni: 1) il provvedimento, seppure tardivo, dell'INPS assume sempre significato tant'è che nel caso fosse di accoglimento determinerebbe la cessazione della materia del contendere per intervenuta soddisfazione del diritto reclamato; 2) l'ente assicuratore non rimane spogliato della propria potestà di intervenire, seppure tardivamente, su un ricorso amministrativo, ma conserva il suo potere decisorio, che non deve ritenersi esaurito, anche decorsi i termini prescritti di legge; 3) l'art. 1 della legge n. 241/1990, sulla cosiddetta trasparenza della Pubblica Amministrazione stabilisce che ove un procedimento amministrativo consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero sia ini-

ziato d'ufficio, la P.A. ha il dovere di concluderlo con un provvedimento espresso; 4) il provvedimento adottato dall'INPS prevede espressamente che è data all'interessato la facoltà di ricorrere al Comitato Provinciale entro 90 giorni, trascorsi i quali sarà possibile ricorrere in via giudiziaria; 5) l'art. 8 della L. n. 533/73, dettato espressamente per le procedure amministrative in materia assistenziale e previdenziale, statuisce espressamente che nelle procedure amministrative riguardanti le controversie di cui all'art. 442 c.p.c., non si tiene conto dei vizi, delle preclusioni e delle decadenze verificatesi.

Ad avviso del giudicante l'eccezione di decadenza risulta fondata e pertanto meritevole di accoglimento.

A norma dell'art. 47, 3° comma del DPR n. 639/1970 come modificato dall'art. 4 del D.L. n. 384/92 convertito nella L. n. 438/92, per le controversie aventi ad oggetto prestazioni di carattere temporaneo di competenza della apposita Gestione istituita presso l'INPS ai sensi dell'art. 24 della L. n. 88/1989 (tra le quali viene fatto espressamente riferimento al trattamento di fine rapporto), "l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno" dalle date di cui al precedente comma II, e cioè "dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'Istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione". A sensi poi dell'art. 46 della L. n. 88/1989 il termine per la proposizione del ricorso amministrativo avverso i provvedimenti concernenti le prestazioni a carico del Fondo di Garanzia, è di 90 giorni (5° comma) e la decisione deve essere emessa nei 90 giorni successivi (6° comma), mentre trascorso inutilmente tale termine l'interessato ha facoltà di adire l'autorità giudiziaria. Ed in seguito ai dubbi sorti sulla natura della decadenza, è intervenuto il legislatore che, con norma interpretativa (art. 6 del D.L. n. 103/1991, convertito nella L. n. 166/1991) la cui legittimità è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 246/1992, ne ha espressamente affermata la natura sostanziale.

Ciò premesso, rilevasi che la suesposta tesi di parte convenuta secondo cui l'ultima ipotesi prevista dai riportati commi dell'art. 47 D.PR. n. 639/1970 comporta il verificarsi della decadenza al 301° giorno dalla data di presentazione della domanda amministrativa senza che ossa attribuirsi rilevanza alle vicende del processo amministrativo trova indubbio sostegno nell'elemento letterale.

Con sentenza 25 marzo 2002 n. 4247 la Suprema Corte si è posta su questa linea precisando altresì che tra l'altro ha posto in evidenza tale elemento ed ha altresì precisato che l'ipotesi in discorso ha la funzione di una "norma di chiusura" come già precisato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 128/1996, il che, ad avviso del giudicante, porta di per sé ad escludere che il *dies a quo* del termine decadenziale possa dipendere dalla data di un provvedimento solo eventuale. Di contro, la tesi della ricorrente sulla rilevanza dell'intervenuto provvedimento rigetto da parte dell'INPS della domanda amministrativa contrasta con la lettera della legge che indicando la "data di scadenza" dei "termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo" si pone su un piano astratto e prescinde dalle vicende e particolarità di tale procedimento di cui prende in considerazione, come si è già evidenziato, solo i "termini prescritti", il che rende irrilevanti - perché fuori linea - le suesposte considerazioni di cui

alle note autorizzate sulla portata dei provvedimenti dell'INPS, sul potere decisorio del medesimo (peraltro derivante dalla generale potestà provvedimentale), sugli obblighi delle pubbliche amministrazioni e sulla particolarità delle procedure amministrative riguardanti le controversie di cui all'art. 442 c.p.c..

2. — L'accoglimento dell'eccezione di decadenza porta alla reiezione del ricorso.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 610

Lavoro (Rapporto di) - Prestazioni infermieristiche rese presso casa di cura - Esecuzione di prescrizioni ed istruzioni impartite dai medici - Lavoro subordinato - Sussistenza.

Tribunale di Sondrio - 6/8.11.2003, n. 147 - Dott. Buzi - Casa di Riposo Bongioni (Avv. Paganetti Bianchi) - INPS (Avv. Gramuglia).

Ha natura di lavoro subordinato l'attività prestata dal personale infermieristico impiegato presso una casa di cura, ove tale attività risulti esecutiva di prescrizioni ed istruzioni impartite dai medici e sia inserita stabilmente nell'organizzazione aziendale.

FATTO — Con ricorso depositato il 2/3/2001 la Casa di riposo “Stefano Bongioni”, in persona del Presidente p.t. Mirco Damiani, proponeva opposizione avverso l'iscrizione a ruolo effettuata dall'INPS di Sondrio e la cartella di pagamento n. 105 2000 00122802 35 emessa dalla S.p.A. Ripoval (Concessionario del Servizio di Riscossione dei tributi per la provincia di Sondrio), con la quale si chiedeva all'opponente di pagare la somma di lire 8.535.175 a titolo di contribuzione previdenziale dovuta in favore dell'INPS.

L'opponente deduceva:

— che, con verbale di accertamento notificato il 31/7/1999, l'INPS di Sondrio aveva contestato alla ricorrente un'omissione contributiva relativa a quattro infermiere, ad un'animatrice e al segretario, nel periodo dall'1/1/1998 al 30/6/1999;

— che la ricorrente, avverso tale accertamento, sanata la posizione del segretario, aveva proposto, senza esito, ricorso amministrativo;

— che, in data 23/1/2001, era stata notificata la cartella di pagamento emessa dalla S.p.A. Ripoval, con la quale si chiedeva all'opponente di pagare la somma di lire 8.535.175;

— che la cartella era illegittima ed errata poiché, da un lato, non sussisteva alcun rapporto di lavoro subordinato con le infermiere e l'animatrice, e dall'altro, l'istituto aveva calcolato i contributi sulle somme pagate ai lavoratori quali liberi professionisti anziché quali dipendenti;

tanto premesso, chiedeva, in via principale, dichiarare l'illegittimità dell'iscrizione a ruolo della somma di lire 8.535.175 e non dovute le somme richieste dall'INPS alla ricorrente; in via subordinata, dichiarare l'erroneità delle somme richieste. Con rifusione delle spese di lite. L'INPS, costituendosi, chiedeva di rigettare il ricorso poiché infondato e, per l'effetto, condannare la ricorrente al pagamento, in favore dell'INPS, delle somme indicate nella cartella di pagamento opposta. Con rifusione delle spese di lite.

La S.p.A. Ripoval, Concessionario del Servizio di Riscossione dei tributi per la provincia di Sondrio, si costituiva eccependo la propria carenza di legittimazione passiva.

La causa veniva istruita con produzioni documentali e con l'audizione dei testi indicati dalle parti.

All'odierna udienza, sulle conclusioni delle parti come sopra citate, la causa veniva decisa dando lettura del dispositivo.

DIRITTO — Preliminarmente va rilevato come la presente controversia, avendo ad oggetto l'opposizione alla cartella di pagamento n. 105 2000 00122802 35 emessa dalla S.p.A. Ripoval, riguardi le pretese contributive avanzate dall'INPS di Sondrio nei confronti della Casa di riposo "Stefano Bongioni" di cui al verbale di accertamento del 21/7/1999 (cfr. cartella di pagamento e citato verbale ispettivo dell'INPS, fasc. atto-reo).

Va disattesa l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla S.p.A. Ripoval, Concessionario del Servizio di Riscossione dei tributi per la provincia di Sondrio. La sussistenza del litisconsorzio necessario nei confronti del concessionario risulta in modo non equivoco dal disposto dell'art. 24, comma 5°, del D.L.vo n. 46/1999, in forza del quale il ricorso va notificato all'ente impositore e al concessionario; ciò non appare contraddetto dalla previsione del successivo comma 7° dello stesso articolo, che prevede l'obbligo di notifica del provvedimento di sospensione, poiché lo stesso provvedimento potrebbe essere adottato *inaudita altera parte* ovvero nella contumacia del convenuto.

Va parimenti respinta l'eccezione di difetto di legittimazione attiva dell'INPS sollevata dall'ente ricorrente, in qualità di I.P.A.B. Invero, la pretesa contributiva oggetto dell'odierna causa si riferisce alla cosiddetta contribuzione minore (DS ed ENAOLI), la quale, in presenza di rapporto di lavoro dipendente, deve essere versata all'INPS (cfr. verbale di accertamento n. 510 del 21/7/1999, doc. 7 fasc. INPS).

Dalle risultanze istruttorie è emerso che la Casa di riposo "Stefano Bongioni", nel periodo dall'1/1/1998 al 30/6/1999, si avvale dell'opera di quattro infermiere libere professioniste (Caccia Rosalba, Del Dosso Arianna, Giffalini Roberta e Maffina Erica) ed un'animatrice (Franzini Agostina); che la Casa di riposo aveva alle proprie dipendenze altre due infermiere, le quali, da sole, non erano in grado di garantire il servizio di assistenza agli anziani per l'intero arco della giornata; che, a tal fine, la ricorrente si

servì dell'opera prestata dalle infermiere libere professioniste; che tutte le infermiere eseguirono le indicazioni e le direttive fornite dalla direzione sanitaria della Casa di riposo con ordini di servizio disciplinanti le attività da svolgere quotidianamente; che la direzione sanitaria emanò provvedimenti disciplinari a carico anche delle infermiere libere professioniste (richiami scritti, cambio delle mansioni, etc...); che tali infermiere, munite di cartellino marca tempo, dovettero rispettare turni lavorativi, prestabiliti dalle stesse, con l'obbligo di assicurare l'assistenza infermieristica per 24 ore giornaliere; che le citate infermiere furono pagate in base alle ore di lavoro svolte e, per godere di giornate di ferie o assentarsi dal posto di lavoro, dovettero fare richiesta scritta alla direzione sanitaria; che le mansioni svolte dalle infermiere libere professioniste erano identiche a quelle eseguite dalle infermiere dipendenti; che l'animatrice svolse la propria attività nella Casa di riposo con programmi e progetti autonomamente predisposti, utilizzando mezzi propri e della Casa di riposo; che la stessa, in caso di assenza dal lavoro, non era tenuta a giustificarsi; che l'animatrice era libera di organizzare i propri orari di lavoro; che, costei venne assunta dalla Casa di riposo, e, da allora, operò sulla base di progetti approvati dal datore (cfr. dichiarazioni rese da Gallucci Antonino, De Piazzì Daria, Polet Nadia, Caccia Rosalba, Del Dosso Arianna, Giffalini Roberta, Maffina Erica, Franzini Agostina e Della Bosca Stefanina, verbali di udienza del 20/11/2001, 25/2/2002 e 18/3/20021 documenti n. 8-12, 14-16 e 21-22, fasc. ricorrente).

Gli elementi anzidetti fanno ritenere che Caccia Rosalba, Del Dosso Arianna, Giffalini Roberta e Maffina Erica, al di là dei termini adottati nei rispettivi contratti, aventi formalmente ad oggetto prestazioni professionali non comportanti alcun vincolo di subordinazione, fossero, di fatto, alle dipendenze della Casa di riposo "Stefano Bongioni" nel periodo sopra menzionato. L'attività sostanzialmente richiesta a costoro è consistita nel fornire assistenza infermieristica secondo le prescrizioni dettate dai medici incaricati dell'assistenza sanitaria agli ospiti della Casa di riposo, per un certo numero di ore giornaliere, e che la stessa, pertanto, non è consistita nella realizzazione di un risultato dell'attività organizzativa del lavoratore, né di un'opera a contenuto rigorosamente intellettuale, trattandosi di attività esecutiva di prescrizioni e istruzioni dei medici. Il carattere subordinato di siffatta attività è emerso da alcuni elementi essenziali, quali l'inserimento in modo continuativo e sistematico nell'organizzazione aziendale e la messa a disposizione, persistente nel tempo, da parte delle lavoratrici delle proprie energie lavorative, implicante sottoposizione al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, nonché da altri elementi di carattere sussidiario, quali l'assenza di qualsiasi, pur minima, organizzazione imprenditoriale, oltre all'osservanza di un orario e di turnazioni prefissate, all'assenza di rischio e alla previsione di un compenso mensile in base alle ore effettuate con un importo orario anziché in relazione a tariffe professionali approvate con atto normativo (cfr. Cass. n. 4682 del 2/4/2002).

A diversa conclusione deve giungersi in ordine all'animatrice (Franzini Agostina). In tale caso non è stato dimostrato che, a fronte di un contratto avente le caratteristiche formali del rapporto di lavoro autonomo, vi sia stata subordinazione in fase di esecuzione, con l'assoggettamento della lavoratrice al potere del datore di lavoro di disporre della prestazione e controllarne intrinsecamente lo svolgimento; tanto che la Franzini,

solo dopo che venne assunta dalla Casa di riposo, iniziò ad operare sulla base di progetti approvati dal datore.

Pertanto, difettando la prova dell'assoggettamento di detta lavoratrice al potere di controllo, disciplinare ed organizzativo dell'asserito datore, il rapporto di lavoro in questione deve qualificarsi come autonomo (cfr. Cass. n. 4889 del 5/4/2002.e n. 14664 del 21/11/2001).

Sull'asserita erroneità del calcolo dei contributi richiesti dall'INPS, il principio secondo cui l'imponibile si determina sul "dovuto" e non su quanto "di fatto erogato", va inteso nel senso che gli accordi individuali hanno rilevanza ai fini contributivi soltanto quando determinino una retribuzione superiore alla misura minima stabilita dal contratto collettivo, in caso contrario restano irrilevanti e la contribuzione va parametrata al minimale suddetto (cfr. Cass. n. 12122 del 28/10/1999).

Alla luce di tali risultanze, deve essere dichiarata l'illegittimità parziale dell'iscrizione a ruolo effettuata dall'INPS di Sondrio a carico della società opponente relativamente alle poste aventi ad oggetto la lavoratrice Franzini Agostina e condannata la Casa di riposo "Stefano Bongioni" al pagamento di quanto dovuto a titolo di contributi, di somme aggiuntive e di sanzione *una tantum* relativamente alle lavoratrici Caccia Rosalba, Del Dosso Arianna, Giffalini Roberta e Maffina Erica.

(Omissis)

Responsabilità Civile - Azione di surrogazione ex art. 28 L. 990/69 - Sinistro stradale provocato da coniuge del danneggiato - Esperibilità azione nei confronti dell'assicuratore del danneggiante.

Tribunale di Treviso - 19.11.2003, n. 2583 - Dott. Boccuni - Lloyd Adriatico S.p.A. (Avv. Gracis) - INPS (Avv. Lauletta) - Simeoni (cont.).

L'azione di surrogazione dell'INPS per il recupero degli importi erogati a titolo di indennità di malattia a seguito di sinistro stradale è regolata dall'art. 28 L. 990/69 ed è esperita nei confronti dell'assicuratore del danneggiante anche quando il danno sia stato cagionato da familiare del danneggiato, posto che la ratio dell'esclusione della surrogazione dell'assicuratore, in siffatto caso, risiede nella necessità di evitare che, di fatto, le conseguenze della surrogazione ricadano indirettamente sull'assicurato stesso, ipotesi che non ricorre ove solvente sia l'impresa assicuratrice.

FATTO — Con atto di citazione notificato tra l'8.11.2000 ed il 9.11.2000, l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale conveniva dinanzi al Giudice di Pace di Treviso

Lloyd Adriatico S.p.A. e Simeoni Claudio allegando che a seguito di sinistro stradale del 23.08.1998 in cui era coinvolta Cecere Michela trasportata su autoveicolo condotto dal marito Simeoni Claudio, aveva provveduto ad erogare alla danneggiata l'indennità di malattia per il periodo 23.08.98 - 31.01.99 per complessive lire 6.213.514.

Chiedeva al Giudice adito di condannare i convenuti al rimborso della somma erogata, oltre interessi e rivalutazione, ai sensi dell'art. 1916 c.c. ovvero ai sensi dell'art. 28 L. n. 990/69.

Si costituiva nel giudizio di primo grado Lloyd Adriatico, contestando la pretesa attorea in ragione del fatto che la surrogazione azionata dall'assicurazione sociale doveva essere esclusa nel caso di specie in forza dell'art. 1916 comma secondo, come integrato a seguito di pronuncia della Corte Costituzionale n. 117/75, in quanto il danno a Cecere Michela era stato cagionato dal marito.

Non contestato il *quantum debeatur*, il Giudice di Pace con sentenza n. 300/01 del 4.05.2001 condannava la sola compagnia di assicurazioni Lloyd Adriatico al pagamento di quanto richiesto dall'INPS, oltre alle spese di lite.

Avverso tale sentenza interponeva appello con atto di citazione notificato in data 6.11.2001 Lloyd Adriatico, resistendo al gravame l'istituto di previdenza.

La causa, veniva quindi trattenuta decisione all'udienza del 6.05.2003 in cui le parti precisavano le rispettive conclusioni così come riportate in epigrafe.

DIRITTO — Lloyd Adriatico propone come motivo di appello l'argomento in diritto già introdotto come difesa nel giudizio di primo grado sostenendo che la sentenza del Giudice di Pace avrebbe fatto scorretta applicazione della disciplina vigente in tema di surrogazione dell'assicuratore sociale nel caso in cui questi eroghi prestazioni indennitarie a seguito di sinistro stradale occorso all'assicurato per responsabilità di terzi.

Sostiene l'appellante che la domanda dell'INPS deve essere rigettata sull'assorbente motivo per cui sia nel caso che l'assicuratore sociale agisca ai sensi dell'art. 1916 c.c., sia che agisca a norma dell'art. 28 L. n. 990/69, rimane esclusa la surrogazione nell'ipotesi in cui il danneggiante sia il marito della danneggiata.

In altre parole, a detta dell'appellante, la corretta interpretazione dell'art. 28 L. n. 8990/69 ove si fa riferimento al diritto al rimborso delle prestazioni erogate "ai sensi delle leggi e dei regolamenti che disciplinano detta assicurazione" comporta che deve ritenersi che tra dette leggi rientri il secondo comma dell'art. 1916 c.c. posto il piano assolutamente paritetico di responsabilità solidale sussistente tra Assicurazione e assicurato.

Al fine di verificare la fondatezza dell'appello, è opportuno ricordare che il titolo in ragione del quale l'INPS ha agito nei confronti di Lloyd e di Simeoni è la surrogazione regolata in modo difforme dagli artt. 1916 c.c. e 28 L. n. 990/69.

Infatti, nel caso della surrogazione prevista dal codice civile il diritto dell'assicuratore che abbia pagato l'indennità è esercitato nei confronti del danneggiante, mentre nell'ipotesi diversa la surrogazione è esercitata esclusivamente nei confronti dell'assicuratore del responsabile.

Evidentemente ove si agisca ai sensi dell'art. 1916 c.c. trova significato l'esclusione della surrogazione dell'assicuratore, quando il danno sia stato cagionato dal familiare

del danneggiato, posto che la *ratio* dell'istituto risiede nella necessità di evitare che di fatto le conseguenze della surrogazione ricadano indirettamente sul danneggiato stesso.

Nel caso diverso della surrogazione dell'assicuratore sociale regolata dall'art. 28 L. n. 990/69, ove soggetto legittimato passivamente è solo l'assicuratore del danneggiante e non quest'ultimo (Cass. n. 11112/94), è evidente che non può trovare rilievo la limitazione di cui all'art. 1916 c.c., posto che tenuto al pagamento è solo l'assicuratore che deve mantenere indenne il danneggiante per la sua responsabilità civile.

In altre parole, manca il presupposto della sussistenza della analoga situazione di fatto che permetta di applicare al caso il divieto di surrogazione di cui è discussione che, invece, trova rilevanza solo se tenuto a rispondere della surrogazione sia il familiare.

Inoltre, neppure può aderirsi alla proposta ermeneutica della norma in commento così come prospettata dall'appellante secondo cui il richiamo del secondo comma dell'art. 28 L. n. 990/69 alle leggi che disciplinano "detta assicurazione" comporterebbe la necessità di applicare anche alla surrogazione dell'assicuratore sociale l'art. 1916 comma 2° c.c.. In realtà il richiamo normativo svolto non riguarda se non la disciplina dell'assicurazione sociale.

Per quanto sinora detto, evidentemente deve confermarsi l'infondatezza della domanda proposta dall'INPS ai danni di Simeoni Claudio, trovando applicazione al caso il secondo comma dell'art. 1916 c.c.. Di converso, appare fondata la domanda di surrogazione ai sensi dell'art. 28 L. n. 990/69 proposta contro Lloyd Adriatico con conseguente conferma della sentenza emessa in primo grado.

(Omissis)

Processo civile - Opposizione a cartella esattoriale - Vizi formali del titolo - Impugnabilità ex art. 617 CPC - Termine di giorni cinque dalla notifica della cartella.

Tribunale di Treviso - 7.11.2003, n. 390 - Dott. Parise - Asolana s.c.a r.l. (Avv.ti Toterà, Burla) - INPS e S.C.C.I S.p.A. (Avv. Lauletta) - Esamarca S.p.A. (cont.).

L'opposizione per irregolarità formali del titolo, data la natura di atto esecutivo della cartella esattoriale, deve essere proposta, ex art. 617 C.P.C., entro il termine di giorni cinque dalla notificazione del titolo stesso.

FATTO — Con ricorso depositato 1°8.5.2001 la Asolana s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, adiva questo Giudice del Lavoro, premettendo

che: con cartella esattoriale 113 2001 00853262 88 notificata il 30.3.2001, era stato ingiunto alla società opponente il pagamento della somma di £ 367.493.339 con causale inadempienze contributive relative al periodo dal 1/1993 al 3/1998; l'opponente eccepiva la nullità della cartella esattoriale per mancanza di motivazione ed indeterminatezza delle somme richieste, nonché l'intervenuta prescrizione dei crediti azionati; nel merito, esponeva l'opponente di aver ricevuto il verbale di accertamento dell'INPS di Treviso di data 15.5.1998 e gli addebiti di cui al suddetto verbale era infondato; in primo luogo, era stato applicato dalla cooperativa il CCNL aziende artigiane in base ad un preciso accordo sindacale e la retribuzione imponibile doveva essere individuata in base al contratto applicato in concreto e non al CCNL aziende industriali settore abbigliamento, ritenuto invece applicabile dall'INPS, considerato che nel settore cooperative non esisteva uno specifico CCNL; in ogni caso le differenze retributive erano eventualmente applicabili ai dipendenti e non anche ai soci; circa l'addebito concernente i rimborsi chilometrici, contrariamente a quanto sostenuto dall'INPS i medesimi erano stati erogati per l'uso della vettura personale della vettura per motivi di lavoro e la documentazione di supporto era attendibile; circa le posizioni di alcuni dipendenti della cooperativa che avevano prestato attività presso la cooperativa Asolo Service, si era trattato di distacco lecito in base all'accordo di mutualità dell'8.7.1996; circa lo straordinario, gli addebiti di cui al verbale INPS si riferivano a soci della cooperativa, i quali avevano diritto a rinunciare al relativo compenso. Sulla scorta di tali premesse, la cooperativa ricorrente conveniva in giudizio l'INPS e l'Esamarca S.p.A. formulando le conclusioni riportate in epigrafe.

Si costituivano ritualmente l'INPS e la S.C.C.I. S.p.A., chiedendo il rigetto del ricorso, con rifusione di spese di lite. Adducevano i resistenti che le eccezioni preliminari erano infondate e, nel merito, in base alle risultanze del verbale ispettivo INPS del 15.5.1998, sussistevano gli addebiti in contestazione per le argomentazioni in fatto ed diritto esposte nella memoria di costituzione. Esponevano altresì che sui medesimi fatti, con riferimento a ordinanza ingiunzione emessa nei confronti di Berton Duilio, si era svolto procedimento di primo grado avanti al Tribunale di Treviso - Sezione Lavoro - conclusosi con la sentenza n. 311/2000, non impugnata e quindi passata in giudicato. Non si costituiva Esamarca S.p.A. e veniva dichiarata contumace, verificata la regolarità della notifica del ricorso.

L'esecutorietà del ruolo veniva sospesa con decreto emesso contestualmente alla fissazione dell'udienza ex art. 420 c.p.c..

Dopo l'assunzione della prova per testi e l'acquisizione dei verbali d'udienza della causa n. 186/1999 R.G. avente ad oggetto il medesimo verbale di accertamento INPS, la causa, istruita altresì documentalmente, veniva discussa e decisa all'udienza del 3.10.2003 come da dispositivo, letto in udienza ed allegato agli atti.

DIRITTO — L'opposizione è infondata e deve essere respinta.

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di nullità della cartella esattoriale impugnata per mancanza di motivazione ed indeterminatezza della pretesa.

Ritiene questo Giudicante di dover condividere il recente orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'opposizione per regolarità formali del titolo, data la natura

di atto esecutivo della cartella, deve essere proposta nel termine di cinque giorni dalla notificazione del titolo esecutivo medesimo, ai sensi dell'art. 617 c.p.c.. Sotto tale profilo, quindi, l'opposizione proposta dalla cooperativa è tardiva, quanto, si ripete, alle doglianze di natura formale, inerenti alla regolarità del titolo (cfr. Cass. 31.8.2001 n. 10711; *Idem*, 28.6.2002 n. 9498, anche con riferimento alla nullità della notificazione della cartella).

In ogni caso, nella cartella sono indicati i titoli azionati (contributi e sanzioni), nonché i periodi di evasione contributiva. L'opponente, peraltro, si è difesa nel merito esattamente individuando l'oggetto delle pretese. Anche l'eccezione di prescrizione deve essere disattesa, in quanto, contrariamente a quanto sostenuto da parte oppo- nente, il verbale di accertamento INPS, contenente la specificazione degli addebiti, la quantificazione della contribuzione omessa ed anche il termine per effettuare il pagamento, ha indubbia natura di atto interruttivo del termine prescrizione (cfr. Cass. Sez. Lav. n. 12822/2002 (1)). Venendo al merito, data la molteplicità delle que- stioni oggetto di contestazione e di cui al verbale di accertamento INPS del 15.5.1998, è opportuno esaminare separatamente i singoli addebiti, seguendo l'ordi- ne di cui al citato verbale.

1. — Applicazione del CCNL settore artigiano.

È pacifico in causa che la cooperativa ricorrente è inquadrata nel settore industria ai fini previdenziali. L'opponente ha applicato in concreto il CCNL artigiani del settore abbigliamento, come da verbale di accordo sindacale del 18.1.1995, al fine di ottenere una maggiore competitività sul mercato (cfr. anche teste Bordinon).

Ai sensi dell'art. 1 l. n. 389/1989, l'imponibile contributivo si determina non sulla retribuzione di fatto erogata, ma sul dovuto che non può essere inferiore al "minimale" contributivo e gli accordi individuali o aziendali hanno rilevanza ai fini contributivi solo quando determinano una retribuzione superiore al minimale, mentre la fonte col- lettiva nazionale funge da parametro per la determinazione dell'imponibile retributivo (cfr. Cass. n. 12122/1999).

Correttamente, quindi, l'INPS ha rideterminato le retribuzioni virtuali in base al CCNL industria abbigliamento, in conformità all'inquadramento previdenziale della cooperativa. L'addebito in questione è pertanto fondato e l'omissione contributiva alla stessa correlata è sussistente.

2. — Qualificazione delle apprendiste Barichello Manola, Bin Luisa, Bin Monica, Gazzola Bertilla e Osmieri Barbara.

Il CCNL per il settore industria prevede termini maggiori per il periodo di apprendi- stato e tale previsione ha indubbiamente valenza retributiva, in quanto comporta il pas- saggio obbligatorio del lavoratore ad una qualifica superiore maggiormente retribuita.

L'addebito è pertanto fondato.

3. — Rimborsi chilometrici.

Incombeva al datore di lavoro l'onere di provare che i rimborsi corrispondevano a viaggi effettuati dai lavoratori per motivi di servizio. Tale onere probatorio non può ritenersi adempiuto dalla cooperativa ricorrente, dato che per alcuni rimborsi non è stata fornita alcuna documentazione, mentre per altri le schede esibite erano incomple- te per mancata indicazione dell'automezzo usato, delle località raggiunte, dei chilome- tri percorsi (cfr. testimonianze Ispettori INPS). È risultato peraltro ad esempio che

Barichello Monia aveva percepito il rimborso chilometrico nel periodo in cui non aveva ancora la patente. Non può ritenersi quindi vinta la presunzione che ricomprende nella retribuzione ogni elemento patrimoniale corrisposto al lavoratore, che non rientri in quelli tassativamente esclusi dalla base imponibile ai sensi dell'art. 12 L. n. 153/69. Anche l'addebito in esame è quindi fondato. Neppure può sostenersi che la ritenuta natura retributiva di tali erogazioni sia incompatibile con la contestazione di cui al punto n. 1, in quanto è diverso il titolo dell'erogazione delle somme (non retribuzione base ma indennità di natura retributiva).

4. — Erogazione di somme a titolo di indennità di trasferta per un numero di ore superiore a quelle lavorate in un mese, nonché registrazione di numero di ore inferiori a quelle effettivamente prestate.

Il primo addebito è documentalmente provato in base alle buste paga della cooperativa (cfr. copia estratto libro presenze e buste paga prodotti dall'INPS; cfr. ad esempio lavoratori Mazzolenis, Buscherato, Zandonà e Piccolo). Il secondo addebito è ugualmente dimostrato documentalmente in quanto gli ispettori INPS hanno rinvenuto dei rapportini dei lavoratori dai quali risultava l'annotazione delle ore lavorate in nero e non registrate.

Del tutto irrilevante è la circostanza che lo straordinario in nero sia stato prestato dai soci lavoratori, atteso che ai fini assicurativi, con una *fiction iuris*, questi ultimi sono equiparati ai lavoratori subordinati ex art. 2 RD 1422/1924 (cfr. Cass. Sez. Lav. n. 10319/2002).

5. — Regime sanzionatorio applicabile alle omissioni contributive in contestazione.

Ritiene questo Giudicante che siano state correttamente calcolate le sanzioni civili e la sanzione *una tantum* con riferimento all'ipotesi di evasione contributiva prevista dalla lett. b) del comma 217 dell'art. 1 L. n. 662/96, mentre non è applicabile il regime sanzionatorio di cui alla L. n. 388/2000.

In primo luogo non vi è alcun elemento, né letterale, né logico nella citata L. n. 388/2000 che consenta di far qualificare quest'ultima come legge di interpretazione autentica della disciplina previgente dettata dalla L. n. 662/1996 o che consenta di attribuirle efficacia retroattiva, in mancanza di espressa deroga al principio generale di irretroattività della legge.

Peraltro la nuova legge prevede anche la riduzione della misura delle sanzioni civili e fa espressamente salva la disciplina previgente, dato che consente al debitore di "recuperare" la differenza rispetto alle più severe sanzioni previste anche dal comma 217 della L. n. 662/96 con il conguaglio, come di seguito si dirà.

Tanto premesso, l'ipotesi *sub b)* del comma 217 citato disciplina per l'appunto l'evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie, senza altre specificazioni idonee ad individuare la previsione legale, sicché deve ritenersi che le due fattispecie siano autonome ed indipendenti, nel senso per l'appunto che la denuncia obbligatoria omessa (ed anche quella non presentata nel termine di sei mesi) sia di per sé rilevante, a prescindere dall'omessa registrazione, che integra diversa ed alternativa ipotesi. Nessun riferimento si evince, invece, nelle citate norme, a distinzione tra rapporti regolarizzati e non, oppure allo specifico dolo di occultamento, introdotto solo dalla più recente normativa, che espressamente riguarda l'emersione del lavoro irregolare.

Il rigore della precedente disciplina si giustifica in base alla circostanza che le denunce mensili obbligatorie costituiscono titolo esecutivo ai sensi dell'art. 2 L. n. 389/89 e consentono pertanto all'Istituto di agire immediatamente per il recupero del credito. Inoltre le denunce mensili DM 10 devono essere presentate in ogni caso all'INPS, anche se i relativi contributi non sono pagati, ai sensi dell'art. 30 L. n. 843/78 e dei DM 24.2.1984. Ulteriore argomento a sostegno della tesi dell'INPS si evince anche e soprattutto proprio dalle previsioni normative in ordine alla denuncia spontanea sopra richiamate contenute nello stesso comma 217 alla lettera b). Solo il debitore più corretto, che si autodenuncia ed effettua il pagamento nei termini prescritti, non è assoggettato alla sanzione "*una tantum*".

Nella fattispecie potrà applicarsi quanto previsto dal comma 18° dell'art. 166 L. n. 388/2000, nel senso che la differenza tra quanto dovuto ai sensi del comma 217 dell'art. 1 L. n. 662/96 e quanto calcolato in base all'applicazione dei commi da 8 a 17 dell'art. 116 L. n. 388/2000 costituirà un credito contributivo della società opponente nei confronti dell'ente previdenziale, credito che, una volta effettuato il pagamento, potrà essere posto a conguaglio come previsto nel citato comma 18°.

Ritiene questo Giudicante di dover condividere l'orientamento espresso dalla Cassazione Sez. Lav. con la sentenza n. 6663/2002, secondo il quale il citato comma 18 si riferisce a crediti in essere ed accertati alla data del 30.9.2000, e quindi a situazioni debitorie ancora esistenti, e la nuova disciplina sanzionatoria non è immediatamente applicabile ai crediti contributivi ancora non pagati, contrariamente a quanto invece sostenuto nella sentenza n. 6680/2002 della medesima Corte, in base alla quale il debitore è immediatamente esonerato dal pagamento.

Tale ultima soluzione interpretativa contrasta con il tenore letterale del citato comma 18. Tale norma stabilisce espressamente in primo luogo che le sanzioni sono dovute nella misura e secondo le modalità fissate dalla precedente L. n. 662/1996; secondariamente, disciplinando il cd. conguaglio, fa esplicito riferimento al "maggior importo versato".

L'applicazione della disposizione ai cd. rapporti non esauriti (cfr. citata sent. n. 6680/2002), ossia alle fattispecie in cui la sanzione non è stata ancora pagata, comporta, in buona sostanza, l'applicazione retroattiva della nuova disciplina, ed, ancora una volta, contrasta con il tenore letterale del comma 18 citato, che individua l'ambito della disciplina transitoria con espresso riferimento ai "crediti in essere ed accertati al 30.9.2000", senza, quindi, richiamare il pagamento. Per finire, si rileva che il meccanismo automatico di conguaglio, come ritenuto operante dalla sent. n. 6689/2002, appare configurarsi giuridicamente come una sorta di compensazione legale, senza tuttavia considerare che solo uno dei debiti è certo, liquido ed esigibile.

In conclusione, la cartella esattoriale impugnata deve essere confermata.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1183

Impiego (pubblico) - Dipendente INPS - Orario lavorativo articolato su sei giorni alla settimana - Attività di scrutatore prestata nella giornata di sabato in orario successivo all'orario di lavoro - Congedo retribuito per funzioni elettorali - Insussistenza diritto.

Tribunale di Varese - 9.10.2003, n. 237 -Dott. Petrucci- Ricci (Avv. Piazza) - INPS (Avv.ti Saia, Bini).

L'assenza del dipendente INPS, chiamato a funzioni elettorali di scrutatore, nella giornata lavorativa di sabato, a fronte di un'attività al seggio svolta in orario successivo a quello ordinario di lavoro, non dà luogo al diritto a congedo retribuito, consentendo la legge, ove la funzione elettorale ricada in giorno lavorativo, il solo diritto ad assentarsi dal posto di lavoro in correlazione alla durata delle operazioni elettorali.

FATTO — Con ricorso depositato il 19 novembre 2001 e ritualmente notificato Ricci Annalisa conveniva in giudizio l'INPS e, premesso di lavorare alle dipendenze dell'Istituto con mansioni d'ispettore, esponeva di avere chiesto due giorni di congedo per adempiere alla funzione di scrutatrice in occasione delle elezioni europee svoltesi nei giorni 12 e 13 giugno 1999, esprimendo, altresì, l'intenzione di usufruire del recupero della festività del giorno 13 entro i trenta giorni successivi; di avere poi constatato, una volta espletata detta attività, "la mancata corresponsione della giornata di sabato 12 giugno".

Osservava che, ai sensi della L. 21 marzo.1990 n. 53, in occasione di consultazioni elettorali quale quella in esame, coloro che adempiono funzioni presso gli uffici elettorali hanno diritto di assentarsi dal lavoro per tutto il periodo corrispondente alla durata delle relative operazioni e che i giorni d'assenza dal lavoro sono considerati a tutti gli effetti giorni d'attività lavorativa.

Rilevava che erroneamente il convenuto aveva sostenuto che "... il diritto alla retribuzione sorgesse soltanto nei confronti di quei dipendenti che avessero usufruito del congedo elettorale e che fossero impiegati in sedi in cui l'orario di lavoro è articolato su cinque giorni lavorativi, mentre non spettava a chi fosse impiegato in sedi, quale quella della ricorrente, in cui l'orario è invece articolato su sei giorni lavorativi" e, perciò, non aveva retribuito l'anzidetta giornata lavorativa.

Concludeva chiedendo di condannare l'INPS a pagare la somma corrispondente alla retribuzione della giornata di sabato 12 giugno 1999 con i relativi accessori.

Si costituiva l'ente resistente contestando la fondatezza della domanda e concludendo per il rigetto del ricorso.

Deducava, in fatto, che in occasione delle elezioni del parlamento Europeo (indette per la giornata di domenica 13 giugno 1999) la lavoratrice era stata nominata segretaria di un seggio elettorale; per l'assolvimento del compito era stata invitata a presentarsi al seggio nella giornata di sabato alle ore 16; tale convocazione era intesa all'assolvimento di adempimenti preliminari destinati ad esaurirsi in appena una o due ore; nella giornata delle votazioni la Ricci aveva effettuato l'attività di segretario del seggio

fino all'ultimazione delle successive operazioni di scrutinio (terminate alle ore 1.25 antimeridiane di lunedì 14 giugno); all'epoca dei fatti, l'orario di lavoro del personale della Sede di Varese si articolava in sei giorni settimanali (dal lunedì al sabato) e prevedeva, nella giornata di sabato, un orario (ridotto) dalle 7,20 alle 12.30; per l'attività prestata domenica 13 giugno, la ricorrente aveva beneficiato di un giorno di recupero (poi goduto martedì 22 giugno); il giorno lunedì 14 giugno 1999 era stato considerato permesso straordinario retribuito perché il servizio elettorale si era concluso alle ore 1.35; per la giornata di sabato 12 giugno (oggetto dell'odierna vertenza) la Ricci aveva chiesto di usufruire del congedo retribuito, adducendo l'inizio del servizio elettorale nella stessa giornata; la Sede INPS non aveva concesso detto congedo (valutando la giornata "in conto ferie") rilevando che, mentre la legge n. 53/90 attribuiva al personale impegnato nei seggi elettorali il "diritto di assentarsi dal lavoro per tutto il periodo corrispondente alla durata delle relative operazioni"; le stesse avevano avuto concreto inizio alle ore 15.30 di sabato 12 giugno, vale a dire "in momento successivo al termine del previsto orario lavorativo".

Ribadita, anche in diritto, l'infondatezza della domanda, concludeva per il rigetto della domanda.

Esperiti gli incombenti di rito, la causa, di natura documentale, è passata in decisione mediante la contestuale lettura del dispositivo della sentenza.

DIRITTO — La domanda non è fondata.

Come esattamente evidenziato dalla difesa del resistente, l'attività dei componenti dei seggi elettorali, originariamente regolata dall'art. 119 DPR 30 marzo 1957 n. 361 e dall'art. 51 della legge 24 gennaio 1979 n. 18 (sull'elezione dei rappresentanti dell'Italia al Parlamento europeo), è stata poi disciplinata dall'art. 11 della legge 21 marzo 1990 n. 53 (che, per l'appunto, ha sostituito l'art. 119 del citato DPR), il quale ha attribuito ai lavoratori interessati alle funzioni elettorali il "diritto ad assentarsi dal lavoro per tutto il periodo corrispondente alla durata delle relative operazioni", stabilendo pure che "i giorni di assenza dal lavoro compresi nel periodo di cui al comma I sono considerati, a tutti gli effetti, giorni di attività lavorativa".

La Corte Costituzionale, con la sentenza 13 dicembre 1991, n. 452, sul presupposto che, per tutte le elezioni disciplinate da leggi della Repubblica, coloro che adempiono qualsiasi funzione nelle relative operazioni hanno diritto ad assentarsi dal lavoro per il periodo corrispondente alla durata di esse e i giorni di assenza dal lavoro compresi in tale periodo sono considerati, a tutti gli effetti, giorni di attività lavorativa, ha poi evidenziato che, come nel corso del normale svolgimento del rapporto di lavoro matura per il lavoratore il diritto al riposo settimanale, allo stesso indubbiamente spetta il recupero immediato del riposo festivo perduto a causa dell'attività svolta nelle operazioni elettorali.

L'art. 1 della legge 29 gennaio 1992, n. 69 (intitolato "interpretazione autentica del comma 2 dell'articolo 119 del testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei Deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di trattamento dei lavoratori investiti di funzioni presso i seggi elettorali") ha, quindi, stabilito che il comma 2 dell'articolo 119 del testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei Deputati, approvato con Decreto

del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, come sostituito dall'articolo 11 della legge 21 marzo 1990, n. 53, va inteso nel senso che i lavoratori di cui al comma 1 dello stesso articolo 119 hanno diritto al pagamento di specifiche quote retributive, in aggiunta all'ordinaria retribuzione mensile, ovvero a riposi compensativi, "per i giorni festivi o non lavorativi eventualmente compresi nel periodo di svolgimento delle operazioni elettorali".

Al fine che qui rileva deve, perciò, distinguersi tra "giorni lavorativi" e "non lavorativi" (o festivi):

a) per questi ultimi è attribuito il riposo compensativo;

b) per i giorni lavorativi, invece, la legge prevede il (solo) "diritto ad assentarsi" dal posto di lavoro in correlazione alla durata delle operazioni elettorali medesime.

Solo nel primo caso, infatti, il lavoratore sopporta un vero e proprio sacrificio consistente nella prestazione dell'attività elettorale in un giorno che, altrimenti, sarebbe stato completamente libero da impegni lavorativi.

Nella seconda ipotesi, invece, posto che il "diritto ad assentarsi dal lavoro" non può che essere attivato in concomitanza con l'espletamento dell'attività presso il seggio, non è giuridicamente configurabile un diritto del dipendente di allontanarsi dall'ufficio prima che le operazioni elettorali abbiano avuto effettivo inizio (vale a dire, che prima di tale momento il dipendente deve prestare regolare servizio).

Oltretutto, nel caso in discussione, è pacifico che la ricorrente ha usufruito di due giornate di riposo compensativo (in proporzione alla minore durata delle operazioni elettorali richieste per le elezioni europee) e che la giornata in discussione è stata regolarmente pagata, sia pure "in conto ferie".

La natura della causa e la qualità delle parti giustificano, comunque, l'integrale compensazione delle spese di lite.

Il Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, respinge il ricorso e dichiara interamente compensate le spese di lite.

(Omissis)

COMMISSIONI TRIBUTARIE REGIONALI

Prestazioni - Pensioni integrative - Regime fiscale agevolato - Applicabilità.

Commissione Tributaria Regionale di Firenze - 22.3/24.5.2003 - Dott. Gonnelli - Stucchi (Avv. Mangogna) - Agenzia delle Entrate di Lucca e INAIL.

Il fondo di previdenza dell'INAIL rientra fra le norme pensionistiche di previdenza complementare per le quali l'art. 13, comma 8, del D.Lgs. n. 124/1993, come modificato dall'art. 11 della legge n. 335/1995, prevede l'assoggettabilità all'IRPEF nella misura dell'87,50% dell'ammontare corrisposto.

FATTO — Avverso il silenzio rifiuto della Agenzia delle Entrate sull'istanza di rimborso IRPEF presentata dal Sig. Stecchi Enrico, pensionato dell'INPS quale ex dipendente INAIL e titolare di pensione integrativa erogata dal Fondo Integrativo INAIL, pagata oltre il dovuto a seguito di ritenuta alla fonte e successivi versamenti per i periodi di imposta relativi agli anni dal 1996 al 1999, presentava ricorso dicendo che l'INAIL, quale sostituto di imposta, doveva effettuare la ritenuta di legge sull'87,50% di quanto erogato a titolo di pensione integrativa e chiedendo che l'Agenzia delle Entrate di Lucca procedesse al rimborso delle somme versate oltre il dovuto.

A sostegno di quanto richiesto il contribuente richiamava le disposizioni di cui al DPR n. 917/86, al D.Lgs. n. 124/93, della legge n. 335/1995 e dal D.Lgs. n. 47/2000 ritenendo che le prestazioni di pensione integrativa avrebbero dovuto essere sottoposte ai fini IRPEF all'imposizione fiscale dell'87,50% dell'ammontare lordo e non al 100%.

L'Amministrazione Finanziaria eccepiva che la pensione integrativa dell'INAIL non rientra tra le forme pensionistiche complementari disciplinate dal D.Lgs. n. 124/93 per cui tale ricorso doveva essere respinto.

Si costituiva anche l'INAIL, come sostituto di imposta, eccependo la carenza di legittimato passivo nel giudizio in oggetto, e che nel caso in specie si è attenuto alle disposizioni di legge ed alle istruzioni ed indicazioni degli uffici della Amministrazione Finanziaria e del Ministero Vigilante.

La Commissione Tributaria Provinciale di Lucca osservava che la pensione integrativa INAIL non rientrava tra le forme pensionistiche complementari all'assicurazione generale obbligatoria disciplinate dal D.Lgs. n. 124/93 in quanto questo parla di forme pensionistiche da istituire e non preesistenti alla legge citata per cui a queste ultime non si applica la disciplina dell'art. 48 del TUIR.

Avverso tale decisione ricorreva il contribuente sostenendo che il Fondo di Previdenza INAIL è già incluso tra le forme pensionistiche complementari disciplinate come integrative dell'AGO dal decreto legislativo n. 124/93 (art. 18) e successive modificazioni ed integrazioni tra cui quelle per le quali la legge n. 335/95 dispone che costituiscono reddito per l'87,50% dell'ammontare corrisposto in applicazione dell'art. 47, comma 1, del TUIR e dell'art. 48, comma 7 *bis*, per cui l'INAIL avrebbe dovuto operare la ritenuta di legge sull'87,50% disattendendo tra l'altro alcune circolari del Ministero delle Finanze tra cui la n. 46/E del 26.2.96. A sostegno della propria tesi faceva presente che si sono pronunciate in tal senso le Commissioni Tributarie Provinciali di Milano, Napoli, Perugia, Roma, Vicenza, La Spezia, Foggia, Imperia e Pordenone. Faceva presente altresì che la Direzione Generale delle Entrate per la Lombardia di Milano con lettera datata 6.11.2000 comunicava di aver prestato acquiescenza alla sentenza della Comm. Trib. ed invitava il Centro di Servizio a procedere al rimborso IRPEF come pure la Direzione Regionale delle Entrate dell'Abruzzo con lettera datata 26.9.2000 al Centro di Servizio di Pescara riconosceva la fondatezza della richiesta ed anche il Centro di Servizio delle Imposte di Roma, con lettera datata 8.11.2000, si pronunciava nello stesso senso.

L'Ufficio nelle sue controdeduzioni riteneva corretto il suo operato agendo in conformità all'atteggiamento assunto dall'INAIL che ha continuato ad operare, quale sostituto d'imposta, la ritenuta fiscale sull'intero ammontare della prestazione pensionistica integrativa.

DIRITTO — La Commissione, esaminati gli atti ritiene che l'appello del contribuente debba essere accolto. Le prestazioni pensionistiche periodiche erogate dal Fondo INAIL devono essere disciplinate per quanto concerne il trattamento tributario dai commi 7 e 8 dell'art 13 del D.Lgs. n. 124/93, come modificato dall'art. 11 della legge n. 335/1995, che dispone che tali prestazioni costituiscono reddito per lo 87,50% dell'ammontare corrisposto in applicazione dell'art. 47, comma 1, lettera *h bis* e dell'art. 48, comma 7 *bis* del T.U.I.R.. Pertanto non è possibile esimersi dal significato letterale delle norme di cui al D.Lgs. n. 124/93 che è quello di ricomprendere tutte le prestazioni di trattamento periodico — ivi comprese quelle derivanti dalle pensioni integrative tra le forme pensionistiche complementari disciplinate come integrative dall'Assicurazione Generale Obbligatoria.

Non si può riconoscere, come sostiene l'INAIL, che il Fondo integrativo dell'INAIL, come gli altri Fondi presso gli Enti Parastatali, non rientra tra le forme pensionistiche disciplinate dal D.Lgs. n. 124/93, perché l'art. 18 di detto decreto disciplina le forme pensionistiche complementari già istituite alla sua entrata in vigore ed in particolare anche i fondi integrativi degli Enti Parastatali (comma 9), permettendo ai dipendenti degli Enti di cui alla legge n. 70 del 20.3.75, assunti successivamente alla data di entrata in vigore della legge medesima, la possibilità di essere iscritti al Fondo integrativo costituito presso l'Ente di appartenenza.

(Omissis)

Prestazioni - Pensioni integrative - Regime fiscale agevolato - Applicabilità.**Commissione Tributaria Regionale di Perugia - 16/17.7.2003 - Dott. Bruno - Agenzia delle Entrate di Perugia - Cocco (Avv. Concetti).**

Le pensioni integrative erogate dal fondo INPS, essendo collegate al sistema pensionistico obbligatorio, rientrano tra le prestazioni complementari di cui al D.Lgs. n. 124/1993 e, come tali, usufruiscono dell'agevolazione fiscale prevista dall'art. 13, comma 8, del D.Lgs. n. 124/1993, come modificato all'art. 11 della legge n. 335/1995. Le disposizioni contenute nell'art. 59, comma 3, della legge n. 449/1997 e nell'art. 64, comma 1, della legge n. 144/1999 non contengono alcun riferimento all'esclusione dei fondi integrativi dal trattamento fiscale agevolato.

FATTO — Il contribuente, titolare di pensione INPS, chiedeva all'Amministrazione finanziaria il rimborso delle trattenute IRPEF e della relativa addizionale regionale operate dall'Ente erogante, quale sostituto d'imposta, sull'intero ammontare della pensione integrativa anziché sulla quota dell'87,50%, così come previsto dall'articolo 11 della Legge n. 335/1995 e dall'articolo 4, comma 1 lettera d), del D.Lg.vo n. 314/1997. A fronte del silenzio rifiuto formatosi in ordine a tale istanza, lo stesso contribuente ricorreva alla Commissione tributaria provinciale di Perugia reiterando la richiesta di rimborso del prelievo fiscale operato sulla quota del 12,50% dell'ammontare complessivo della prestazione.

L'Agenzia delle entrate di Perugia si costituiva in giudizio contestando la richiesta del ricorrente e chiedendo che venisse dichiarato non spettante il rimborso richiesto.

La Commissione tributaria provinciale di Perugia ha accolto il ricorso, ordinando il rimborso da parte dell'Amministrazione finanziaria di quanto riscosso in più ed ha compensato le spese del giudizio.

Appella l'Agenzia delle entrate di Perugia eccependo in via preliminare la necessità di estendere il contraddittorio all'INPS ai sensi dell'articolo 14 del D.Lg.vo n. 546/1992. In secondo luogo l'appellante reitera l'eccezione di inammissibilità del ricorso già sollevata in primo grado e ritenuta infondata dalla Commissione tributaria provinciale di Perugia; l'Ufficio aveva eccepito che l'istanza di rimborso era irrituale e non rispettava quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del DPR n. 602/1973 e che pertanto non poteva essersi formato un silenzio-rifiuto impugnabile.

Nel merito l'appellante deduce che le pensioni integrative erogate dall'INPS ai propri dipendenti non rientrano tra le forme pensionistiche complementari disciplinate dal D.lgs. n. 124/1993 e pertanto non possono beneficiare dell'agevolazione fiscale dell'assoggettamento ad imposta nella misura dell'87,50% dell'importo corrisposto. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 7 del D.lgs. 124/1993 rientrerebbero nella disciplina del medesimo decreto solo le forme pensionistiche complementari che si colleghino al sistema pensionistico obbligatorio e sempreché vengano rispettate tutte le condizioni previste dalla legge. Nella fattispecie in esame la pensione integrativa corrisposta al

ricorrente rientrerebbe tra i fondi integrativi costituiti presso enti di cui alla legge n. 70/1975, la cui disciplina non consentirebbe di considerarli fondi pensione che rispettino e quindi possano essere soggetti alle disposizioni del D.L.vo n. 124/1993.

Tale impostazione troverebbe conferma nell'articolo 59, comma 3 della Legge n. 449/1997 e nell'articolo 64, comma 1 della Legge n. 144/1999.

Il contribuente, rappresentato e difeso nei modi di legge, si è costituito ed ha prodotto appello incidentale deducendo:

— che la richiesta di integrazione del contraddittorio nei confronti dell'INPS non può trovare accoglimento perché proposta per la prima volta in grado d'appello;

— che l'eccezione di inammissibilità del ricorso è stata giustamente disattesa dai primi giudici, in quanto l'istanza di rimborso a suo tempo presentata indicava in maniera esauriente l'oggetto della domanda e le ragioni poste a fondamento della stessa;

— nel merito, deduce di essere titolare di pensione erogata dall'assicurazione generale obbligatoria, per cui la pensione integrativa di cui si discute è evidentemente complementare e collegata al sistema pensionistico obbligatorio;

— che, peraltro, il trattamento pensionistico integrativo di cui gode non va confuso con le c.d. prestazioni sostitutive, che venivano corrisposte sulla base della semplice anzianità lavorativa non inferiore a 25 anni a prescindere dal diritto alla pensione maturabile ai sensi dell'assicurazione obbligatoria;

— che l'articolo 13, commi 7 e 8, del D.Lg.vo 124/1993 prevede espressamente che le prestazioni erogate dal Fondo Speciale INPS debbano essere tassate nei limiti dell'87,50% del loro ammontare; ulteriore conferma di ciò si rinverrebbe nell'articolo 18 del D.Lg.vo n. 124/1993;

— che il richiamo all'articolo 59, comma 3 della Legge n. 449/1997 ed all'articolo 64, comma 1 della Legge n. 144/1999 sarebbero del tutto inconferenti ed anzi dimostrerebbero la piena fondatezza del diritto dell'appellato ad ottenere il richiesto rimborso.

A sostegno del proprio appello incidentale il contribuente deduce anche che le spese del primo grado di giudizio sono state compensate con un mero richiamo alle questioni trattate talmente generico da non configurare nemmeno una parvenza di motivazione; d'altro canto la stessa sentenza ha ritenuto restrittiva l'interpretazione data alle norme in esame dall'Ufficio.

DIRITTO — La richiesta di integrazione del contraddittorio nei confronti dell'INPS non può essere accolta in quanto nella fattispecie non si verte nell'ipotesi di litisconsorzio necessario, poiché il rapporto tributario riguarda solamente il contribuente e l'ente impositore e solo tali soggetti sono contraddittori necessari nel presente giudizio. La chiamata facoltativa in giudizio del sostituto d'imposta sarebbe stata possibile ai sensi del 3° comma dell'articolo 14 del D.lg.vo n. 546/92, ma tale facoltà andava esercitata già dal primo grado di giudizio.

Per quanto poi riguarda la rinnovata eccezione di inammissibilità del ricorso per irritalità dell'istanza di rimborso, la stessa va rigettata in quanto l'istanza, come correttamente ritenuto dai primi giudici, è chiara e articolata, contenendo tutti gli elementi di diritto sui quali si fonda l'istanza; peraltro le norme di cui agli articoli 37 e 38 del DPR n. 602/73 non richiedono particolari formalità per la presentazione delle istanze.

Passando poi al merito della controversia si osserva quanto segue.

L'articolo 13, commi 7 e 8, del D.Lg.vo 124/1992, come modificato dall'articolo 11 della legge n. 335/1995 e quindi nel testo vigente all'epoca dell'istanza di rimborso e del ricorso alla Commissione Tributaria, prevede espressamente che le forme pensionistiche complementari comunque erogate ai sensi del D.Lg.vo 124/1993 costituiscono reddito per l'87,50% del loro ammontare. Le deduzioni dell'Ufficio, secondo cui solo alcune forme pensionistiche integrative o complementari potrebbero godere di siffatto prelievo fiscale agevolato, non trovano fondamento in alcuna norma. Peraltro, l'unico riferimento normativo citato dall'appellante appare inconferente: infatti l'articolo 7 del D.Lg.vo n. 124/93 non esclude in alcun modo il fondo pensionistico integrativo in questione dal beneficio tributario. Se poi si vuole ritenere, come fa l'appellante, che tale ultima norma richieda come presupposto per il riconoscimento del trattamento agevolato che le forme pensionistiche integrative siano collegate al sistema pensionistico obbligatorio, va osservato che, nella fattispecie, il contribuente è titolare di pensione erogata dall'assicurazione generale obbligatoria e pertanto sussiste il richiesto collegamento.

Né a diversa soluzione porta la lettura dell'articolo 59, comma 3° della Legge n. 449/1997 e dell'articolo 64, comma 1° della Legge n. 144/1999, disposizioni che non contengono alcun riferimento all'esclusione dei fondi pensionistici in questione dal trattamento fiscale agevolato.

L'appello principale non merita pertanto accoglimento.

Per quanto riguarda poi l'appello incidentale proposto dal contribuente con riferimento alla compensazione delle spese di giudizio si ritiene che, al di là della stringatezza della motivazione sul punto, la compensazione delle spese, pur in presenza di soccombenza totale di una delle parti, sia comunque corrispondente ad equità in considerazione della novità e complessità delle questioni trattate. Per gli stessi motivi stimate equo compensare le spese del presente grado.

(Omissis)

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)**

**A cura di Elisabetta Bergamini
Professore a contratto di diritto dell'Unione europea
Facoltà di Scienze Politiche "R. Ruffilli"
Università di Bologna**

**SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)
6 novembre 2003**

“Direttiva 77/187/CEE - Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti - Pensione di vecchiaia anticipata e prestazioni accessorie”

Nel procedimento C-4/01, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dall'Employment Tribunal at Croydon (Regno Unito), nella causa dinanzi ad esso pendente tra *sig.ra Serene Martin*, *sig. Rohit Daby*, *sig. Brian Willis* e *South Bank University*, domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (GU L 61, pag. 26),

(*Omissis*)

Sentenza

1. — Con ordinanza 5 gennaio 2001, pervenuta in cancelleria l'8 gennaio seguente, l'Employment Tribunal, Croydon (Commissione per le controversie di lavoro di Croydon) ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, nove questioni pregiudiziali relative all'interpretazione dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (GU L 61, pag. 26; in prosieguo: la “direttiva”).

(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 la sig.ra Martin e i sigg. Daby e Willis (in prosiegua: la "sig.ra Martin e a.") ed il loro ultimo datore di lavoro, la South Bank University (in prosiegua: la "SBU"), a proposito delle condizioni alle quali essi possono accedere al pensionamento anticipato. La sig.ra Martin e a. rivendicano il diritto di beneficiare delle condizioni per il pensionamento anticipato applicate dal loro datore di lavoro precedente, il National Health Service (servizio sanitario nazionale; in prosiegua: il "NHS"), nella misura in cui l'ente per cui lavorano è stato trasferito dal NHS alla SBU.

Direttiva

3. — La direttiva riguarda, ai sensi del suo art. 1, n. 1, i "trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione".

4. — Il suo art. 3 è redatto come segue:

"1. I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario.

Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro.

2. Dopo il trasferimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente, fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo.

Gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro purché esso non sia inferiore ad un anno.

3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano ai diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, d'invalidità o per i superstiti dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli Stati membri.

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori e di coloro che hanno già lasciato lo stabilimento del cedente al momento del trasferimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, per quanto riguarda i diritti, da essi maturati o in corso di maturazione, a prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, dei regimi complementari citati al primo comma".

(Omissis)

Le condizioni di lavoro del General Whitley Council applicate ai lavoratori del NHS

8. — Il sistema dei Whitley Councils è un sistema di definizione delle condizioni di lavoro nel settore pubblico attraverso negoziazioni paritarie tra i datori di lavoro e i lavoratori.

9. — L'art. 45 delle General Whitley Council Conditions of Service (in prosieguo: le "condizioni di lavoro del GWC") riproduce le disposizioni di accordi che prevedono indennità forfettarie per i lavoratori delle varie strutture del NHS quando questi sono licenziati per riduzione di organico, o quando chiedono il pensionamento anticipato volontario in occasione di una riorganizzazione, per contribuire ad evitare che si arrivi ad una situazione di esubero. Queste indennità sono in tal caso versate dal datore di lavoro.

10. — L'art. 46 delle condizioni di lavoro del GWC riproduce, a sua volta, i termini del Collective Agreement on Premature Payment of Superannuation and Compensation Benefits (contratto collettivo in materia di pagamento anticipato della pensione di vecchiaia e delle indennità), concluso tra i diversi datori di lavoro del NHS e i sindacati riconosciuti. Per i lavoratori di età compresa tra i cinquant'anni e l'età della pensione e che siano stati iscritti per almeno cinque anni al "NHS Superannuation Scheme" (regime pensionistico del NHS), il summenzionato articolo prevede un pensionamento anticipato con pagamento immediato della pensione e delle indennità in tre casi, vale a dire in caso di licenziamento per riduzione di organico, di pensionamento anticipato volontario in caso di riorganizzazione e di pensionamento anticipato nell'interesse del servizio. Inoltre è previsto a favore di tali lavoratori un aumento del numero di anni computabili a fini pensionistici. Sembra emergere dal fascicolo che il pensionamento anticipato nell'interesse del servizio è normalmente connesso alla situazione personale dell'interessato e possa essere attuato su iniziativa del datore di lavoro.

11. — Le disposizioni di applicazione dell'art. 46 delle condizioni di lavoro del GWC pertinenti per la causa principale risultano dai NHS Pension Scheme Regulations 1995 (regolamento 1995 in materia di regime pensionistico a carico del NHS) e dai NHS (Compensation for Premature Retirement) Regulations 1981 (regolamento 1981 concernente le indennità in caso di prepensionamento a carico del NHS). Esse prevedono quanto segue:

- il pagamento di una pensione di collocamento a riposo anticipato ("early retirement pension"), calcolata in base al numero di anni di servizio effettivi ed esigibile a partire dalla data del licenziamento per motivi economici fino al compimento della normale età pensionabile;

- il pagamento anticipato di una somma forfettaria di pensionamento ("lump sum on retirement"), di regola versata al momento del pensionamento, per un importo pari al triplo della prestazione annua della pensione di collocamento a riposo anticipato;

- un'indennità sotto forma di assegni annuali ("annual allowance"), diretta ad aumentare la pensione di collocamento a riposo anticipato, e

- un'indennità forfettaria ("lump sum compensation"), pari al triplo dell'assegno annuale.

12. — Queste diverse prestazioni sono erogate dal ministro competente; le prime due in base al regime pensionistico del NHS. Tuttavia il loro costo deve essere rimborsato al ministro dall'amministrazione del NHS.

13. — Quando tali prestazioni raggiungono una certa entità, le indennità forfettarie di cui all'art. 45 delle condizioni di lavoro del GWC sono ridotte o sopresse.

(Omissis)

16. — Tra il regime di pensione anticipata applicabile ai lavoratori del NHS e quello applicabile ai docenti dell'istruzione superiore sussistono pertanto le due seguenti differenze. Mentre i datori di lavoro del NHS sono obbligati a pagare, nel caso di prepensionamento del lavoratore, oltre alla pensione di vecchiaia anticipata e al premio forfettario, anche l'assegno annuo e l'indennità forfettaria, i datori di lavoro dell'istruzione superiore possono discrezionalmente versare o meno tali prestazioni supplementari. Inoltre, mentre i datori di lavoro del NHS sono obbligati, ai fini del calcolo di queste prestazioni, ad accreditare al lavoratore un numero prestabilito di anni aggiuntivi di lavoro, i datori di lavoro dell'istruzione superiore dispongono di un potere discrezionale per determinare il numero di anni di lavoro da accreditare all'interessato.

17. — Fino al 1997, il costo della pensione di vecchiaia anticipata e del relativo premio forfettario destinati ai docenti era interamente a carico del loro regime pensionistico, il Teachers Superannuation Scheme. Dopo tale data, anche le università hanno dovuto contribuire al finanziamento di tali prestazioni. La pensione versata da parte del Teachers Superannuation Scheme è stata oggetto di una riduzione attuariale e il datore di lavoro è stato chiamato a versare determinate indennità al fine di mantenere il livello delle prestazioni versate agli interessati.

Fatti della causa principale e questioni pregiudiziali

18. — Fino al 1. novembre 1994, la sig.ra Martin e a. erano alle dipendenze del Redwood College of Health Studies (in prosieguo: il "Redwood College"), che ricadeva sotto il NHS, come docenti nei corsi per infermieri. Il loro contratto di lavoro stipulava quanto segue: "Al suo rapporto di lavoro si applicano le condizioni previste dal General and Nurses Midwives Whitley Council".

19. — In seguito all'attribuzione al Ministero dell'Istruzione e del Lavoro della competenza per gli studi infermieristici, il Redwood College è stato assorbito dalla SBU.

20. — Poco prima di questa operazione, la SBU ha indicato ai dipendenti del Redwood College che un nuovo contratto di lavoro sarebbe stato loro proposto, ma che niente li obbligava ad accettare le condizioni di lavoro offerte dalla SBU. Quest'ultima ha tuttavia precisato che, ad ogni modo, i dipendenti non avrebbero più potuto avvalersi del regime pensionistico del NHS e che disponevano di tre possibilità: la prima consistente nel sospendere l'iscrizione al regime pensionistico del NHS e nell'isciversi ad uno nuovo; la seconda nel trasferire i propri diritti pensionistici dal regime pensionistico del NHS a uno dei regimi pensionistici della SBU, e la terza nel sospendere l'iscrizione al regime pensionistico del NHS, senza tuttavia aderire ad un nuovo regime.

21. — Nel medesimo periodo, con una lettera indirizzata al sindacato dei ricorrenti, la SBU comunicava quanto segue:

"In caso di cessazione del rapporto per invalidità permanente, sia il Teachers' Scheme (regime dei docenti), sia il Local Government Scheme (regime degli enti locali) prevedono che il dipendente interessato riceva l'aumento massimo, che esso

può pretendere. La concessione di detto aumento non è discrezionale, ma obbligatoria.

In caso di cessazione anticipata del rapporto per qualsiasi altra causa, l'aumento è concesso discrezionalmente.

Tuttavia, come già illustrato, qualora un dipendente trasferito dal Redwood abbia diritto per contratto a una disciplina di tal tipo, e tale diritto sia azionabile in giudizio, allora, anche in questo caso, come in tutti i casi analoghi, ripetiamo, l'Università assolverà i propri obblighi giuridici".

22. — La sig.ra Martin e a. non hanno accettato le condizioni di lavoro loro offerte dalla SBU e sono pertanto rimasti impiegati alle condizioni stipulate nei loro contratti di lavoro, al momento del loro trasferimento. Essi si sono però tutti iscritti al Teachers' Superannuation Scheme. Essi hanno inoltre presentato richiesta di trasferimento dei loro diritti pensionistici dal NHS a quest'ultimo regime. Tuttavia, solo i sigg. Daby e Willis hanno potuto ottenere effettivamente il trasferimento di tali diritti, con esclusione della sig.ra Martin, avendo ella più di 60 anni al momento del trasferimento del Redwood College.

23. — A più riprese la SBU offriva ai suoi dipendenti, di età superiore ai 50 anni la possibilità di un pensionamento anticipato, al fine di adattare quanto più possibile il personale alle proprie esigenze.

24. — Nell'ottobre del 1996, a seguito dell'annuncio da parte del Ministero dell'Istruzione e del Lavoro di voler cambiare le condizioni di finanziamento della pensione anticipata, come indicato al punto 16 della presente sentenza, la SBU informava tutto il personale universitario di età superiore ai 50 anni, di non potere probabilmente più offrire la pensione anticipata dopo il 31 marzo 1997. Nel gennaio del 1997, la SBU si rivolgeva nuovamente al suo personale per offrire un'ultima possibilità di prepensionamento, prima dell'entrata in vigore del nuovo sistema di finanziamento.

25. — La sig.ra Martin e il sig. Daby hanno quindi accettato tale offerta, in precedenza rifiutata. L'Employment Tribunal ritiene che la cessazione anticipata del loro rapporto di lavoro sia intervenuta nell'interesse del servizio, ai sensi dell'art. 46 delle condizioni di lavoro del GWC. Il sig. Willis, invece, rimaneva in servizio presso la SBU. In queste circostanze è sorta la causa principale, nel cui ambito la sig.ra Martin e a. reclamano che venga loro riconosciuto il diritto alle condizioni per la pensione di vecchiaia anticipata del NHS, invece delle condizioni applicate dalla SBU.

26. — Per risolvere la presente controversia, l'Employment Tribunal ha giudicato necessario proporre le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se i diritti che possono sorgere a seguito di licenziamento o prepensionamento, per effetto di una pattuizione con il datore di lavoro, rientrino nella definizione di diritti e obblighi ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva.

2) Se il diritto del lavoratore al pagamento di una pensione anticipata di vecchiaia e di un'indennità forfettaria, a seguito di licenziamento dovuto a esubero o avvenuto nell'interesse del servizio o per riorganizzazione, costituisca un diritto a prestazioni di vecchiaia, d'invalidità o per i superstiti ai sensi dell'art. 3, n. 3, della direttiva.

3) Ove la seconda questione venga risolta in senso negativo, se sussista un obbli-

go per il cedente, risultante dal contratto di lavoro, dal rapporto di lavoro o dal contratto collettivo, ai sensi dell'art. 3, n. 1 e/o n. 2, della direttiva, che sia trasferito in conseguenza del trasferimento dell'impresa e che renda il cessionario responsabile, in caso di licenziamento del lavoratore, del pagamento delle relative prestazioni a suo favore.

4) Ove la seconda questione venga risolta in senso negativo e la terza questione in senso positivo, se il lavoratore possa comunque consentire a rinunciare al suo diritto al pagamento anticipato della pensione di vecchiaia e del premio forfettario di fine rapporto e/o all'assegno annuo e all'indennità forfettaria, nel caso in cui il regime pensionistico del cessionario non gli attribuisca il diritto alle medesime prestazioni e alle medesime condizioni o non gli attribuisca in assoluto alcun diritto, e il lavoratore

i) aderisca al regime pensionistico del cessionario e versi i relativi contributi e/o li versi per suo conto il cessionario quale suo datore di lavoro;

ii) aderisca al regime pensionistico del cessionario e versi i relativi contributi e li versi per suo conto il cessionario quale suo datore di lavoro, e venga altresì accolta la richiesta del lavoratore di trasferimento dei suoi diritti, da lui maturati, dal regime pensionistico del cedente a quello del cessionario.

(Omissis)

9) Quali siano le conseguenze per i lavoratori che accettano il prepensionamento alle condizioni offerte dal datore di lavoro, nel caso in cui l'art. 3 della direttiva abbia l'effetto di vietare al cessionario di offrire, ai lavoratori passati alle sue dipendenze, la facoltà di un prepensionamento le cui prestazioni siano meno favorevoli di quelle cui i lavoratori avrebbero diritto in base alla direttiva".

Sulla prima questione

27. — Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se i diritti che possono sorgere in seguito al licenziamento o alla concessione di un prepensionamento, per effetto di una pattuizione con il datore di lavoro, rientrino nella nozione di "diritti e obblighi" ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva.

28. — La sig.ra Martin e a., così come il governo del Regno Unito, sostengono che il fatto che i diritti dei lavoratori siano connessi ad un evento contingente sopravvenuto, magari non contestualmente al trasferimento di azienda, non può escludere tali diritti dal campo di applicazione dell'art. 3, n. 1, della direttiva. Pur non contestando tale tesi, la SBU sottolinea che, nella valutazione di casi quali quello della sig.ra Martin e a., va tenuto conto del fatto che il datore di lavoro non ha alcun obbligo di accordare il pensionamento anticipato.

29. — Risulta chiaramente dalla lettera dell'art. 3 della direttiva che, fatte salve le eccezioni di cui al n. 3 dello stesso articolo, tutti i diritti e gli obblighi, che risultano per il cedente dal contratto di lavoro o dal rapporto di lavoro esistente con un lavoratore, ricadono nel campo di applicazione del n. 1 dello stesso articolo e sono, di conse-

guenza, trasferiti al cessionario, indipendentemente che la loro attuazione sia o meno legata alla sopravvenienza di un evento particolare, magari dipendente dalla volontà del datore di lavoro. Così se, in seguito al trasferimento, il cessionario dispone, così come già il cedente, del potere di adottare o meno certe decisioni riguardanti il lavoratore, come per esempio in materia di licenziamento o concessione del pensionamento anticipato, ed effettivamente adotta una tale decisione, egli acquisisce i diritti e gli obblighi, già del cedente, previsti come conseguenza di tale decisione dal contratto di lavoro o dal rapporto di lavoro esistente con il cedente, fintantoché le pertinenti condizioni non siano state legalmente modificate.

30. — Occorre dunque risolvere la prima questione dichiarando che i diritti che possono sorgere, in seguito al licenziamento o alla concessione di un prepensionamento, per effetto di una pattuizione con il datore di lavoro, rientrano tra i “diritti e obblighi” di cui all’art. 3, n. 1, della direttiva.

Sulla seconda e terza questione

31. — Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede se prestazioni di pensionamento anticipato e prestazioni volte a migliorare le condizioni di un tale pensionamento del tipo di quelle pretese nella causa principale costituiscano prestazioni di vecchiaia, d’invalidità o per i superstiti a titolo dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali escluse dal campo di applicazione dell’art. 3, n. 1, della direttiva, in forza del n. 3 dello stesso articolo.

32. — Con la sua terza questione, il giudice del rinvio è interessato sostanzialmente a sapere se, qualora delle prestazioni come quelle su cui verte la causa principale non rientrino nell’eccezione prevista dall’art. 3, n. 3, della direttiva, gli obblighi connessi a un prepensionamento, accordato in una situazione quale quella descritta nella causa principale, derivanti da un contratto di lavoro, da un rapporto di lavoro o da un contratto collettivo, che vincolino il cedente nei confronti di detto lavoratore, siano trasferiti al cessionario secondo le condizioni e i limiti di cui all’art. 3 della direttiva, anche se tali obblighi hanno la loro fonte in atti della pubblica autorità o viene ad essi data esecuzione in forza di tali atti, secondo modalità pratiche quali quelle seguite per le prestazioni oggetto della causa principale.

33. — Le dette questioni sono analoghe a quelle sottoposte alla Corte nella causa che diede luogo alla sentenza Beckmann, cit., trattandosi delle medesime prestazioni pretese dalla sig.ra Martin e a., ma nell’ambito di un licenziamento per riduzione di organico e non nel quadro di un pensionamento per vecchiaia anticipato, convenuto dal datore di lavoro e dal lavoratore.

34. — Tenuto conto della motivazione della sentenza Beckmann, menzionata al punto 5 della presente sentenza, non sussiste alcuna ragione per trattare diversamente siffatte prestazioni, a seconda che siano pretese nell’ambito di un licenziamento per riduzione di organico piuttosto che nel quadro di un pensionamento anticipato concordato dal datore di lavoro e dal lavoratore, che comporta che quest’ultimo non giunga al termine normale della sua carriera, come previsto dal sistema generale del regime pensionistico a cui è iscritto.

Sulla quarta questione

36. — Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se un lavoratore possa consentire a rinunciare a diritti quali quelli previsti dall'art. 46 delle condizioni di lavoro del GWC, allorché le condizioni per la pensione anticipata offerte dal cessionario non prevedono le stesse prestazioni ed il lavoratore interessato si è iscritto al regime pensionistico del cessionario a partire dal trasferimento d'impresa. Tale questione viene formulata sia per il caso in cui il lavoratore abbia ottenuto il trasferimento dei suoi diritti pensionistici maturati in base al regime previdenziale del cedente, sia per l'ipotesi inversa.

(*Omissis*)

39. — Come la Corte ha già sottolineato, la direttiva è volta a garantire, ai lavoratori coinvolti in un trasferimento d'impresa, la salvaguardia dei diritti loro conferiti dal contratto o dal rapporto di lavoro. Poiché questa tutela è di ordine pubblico ed è pertanto sottratta alla disponibilità delle parti del contratto di lavoro, le norme della direttiva vanno ritenute imperative, nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori (sentenza *Tellerup/Daddy's Dance Hall*, cit., punto 14).

40. — Ne discende che i lavoratori interessati non hanno la facoltà di rinunciare ai diritti loro attribuiti dalla direttiva e che, pur con il loro consenso, non è ammessa una restrizione dei loro diritti (sentenza *Tellerup/Daddy's Dance Hall*, cit., punto 15).

41. — Tuttavia, la direttiva mira solo a un'armonizzazione parziale della materia in oggetto, estendendo essenzialmente la tutela garantita ai lavoratori in modo autonomo dal diritto dei vari Stati membri anche all'ipotesi del trasferimento dell'impresa. Essa non mira ad instaurare un livello di tutela uniforme nell'intera Comunità secondo criteri comuni. Pertanto, è possibile invocare i vantaggi della direttiva solo per garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, nello stesso modo in cui era protetto nei rapporti con il cedente, secondo le norme del diritto interno dello Stato membro interessato (sentenza *Tellerup/Daddy's Dance Hall*, cit., punto 16).

42. — Di conseguenza, ove il diritto nazionale consenta, al di fuori dell'ipotesi di un trasferimento d'impresa, di modificare il rapporto di lavoro in senso sfavorevole per i lavoratori, una modifica di questo tipo non è esclusa per via del semplice fatto che nel frattempo l'impresa sia stata trasferita e di conseguenza l'accordo sia stato concluso con il nuovo imprenditore. Infatti, poiché il cessionario è surrogato al cedente, a norma dell'art. 3, n. 1, della direttiva, nei diritti e negli obblighi risultanti dal rapporto di lavoro, questo può essere modificato nei confronti del cessionario negli stessi limiti in cui la modifica sarebbe stata possibile nei confronti del cedente, fermo restando che, in nessun caso, il trasferimento dell'impresa può costituire di per sé il motivo di tale modifica (sentenza *Tellerup/Daddy's Dance Hall*, cit., punto 17).

43. — Per questi motivi, un lavoratore non può rinunciare ai diritti attribuitigli dalle norme imperative della direttiva. Questa non osta quindi ad una modifica del rapporto

di lavoro pattuita con il nuovo imprenditore se e in quanto il diritto nazionale applicabile l'ammetta al di fuori dell'ipotesi del trasferimento d'impresa (sentenza Tellerup/Daddy's Dance Hall, cit., punto 18).

44. — A tale proposito, in un contesto quale quello su cui verte la causa principale, la modifica del rapporto di lavoro deriva nondimeno dal trasferimento. Infatti, emerge dal fascicolo che la SBU ha voluto puramente e semplicemente allineare le condizioni di pensionamento anticipate offerte ai lavoratori del Redwood College a quelle applicate fino ad allora ai suoi altri lavoratori e, date tali circostanze, una modifica del rapporto di lavoro deve essere considerata connessa al trasferimento. L'esistenza di una situazione di questo tipo nella causa principale sembra confermata dalla circostanza che, immediatamente dopo il trasferimento, la SBU ha proposto ai dipendenti del Redwood College un contratto di lavoro alle sue condizioni, che la sig.ra Martin e a. hanno del resto rifiutato. Si deve tuttavia precisare che il semplice fatto che la sig.ra Martin e a. si siano iscritti al regime pensionistico dell'istruzione superiore non rileva, in linea di principio, nell'analisi: questo elemento riguarda, infatti, i loro diritti pensionistici propriamente detti, che sono precisamente oggetto delle disposizioni derogatorie dell'art. 3, n. 3, della direttiva, e non le condizioni di un prepensionamento.

45. — Poiché il trasferimento d'impresa è chiaramente il motivo della modifica in senso sfavorevole delle condizioni per la pensione anticipata offerte ai lavoratori di questo ente, il consenso eventualmente dato da alcuni di questi lavoratori a una tale modifica non è quindi valido, in linea di principio.

46. — Prima di risolvere una tale controversia, il giudice del merito deve tuttavia verificare l'incidenza di una particolare circostanza. Come ricordato ai punti 8 e seguenti di questa sentenza, l'art. 46 delle condizioni di lavoro del GWC deriva, infatti, da un contratto collettivo. Orbene, l'art. 3, n. 2, della direttiva obbliga il cessionario a mantenere le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo, negli stessi termini previsti da questo per il cedente, solo fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un nuovo contratto collettivo, se non addirittura per un periodo più breve, purché non inferiore a un anno, se lo Stato membro interessato ha disposto in tal senso.

47. — Di conseguenza, nella causa principale, se, nel momento in cui alcuni dipendenti del Redwood College accettano un pensionamento anticipato a condizioni diverse da quelle previste dall'art. 46 delle condizioni di lavoro del GWC, il contratto collettivo che dà origine a questa disposizione non è più produttivo di effetti giuridici nei loro confronti, in forza del diritto nazionale, essi perdono il diritto di avvalersi di detta disposizione.

(Omissis)

Sulla nona questione

50. — Con la sua nona questione, il giudice del rinvio chiede, nel caso in cui l'art. 3 della direttiva vieti al cessionario di offrire ai lavoratori dell'ente trasferito un pre-

pensionamento meno favorevole di quello di cui questi potevano beneficiare nell'ambito del loro rapporto di lavoro con il cedente, quali siano le conseguenze per quei lavoratori che abbiano tuttavia accettato un tale prepensionamento meno vantaggioso.

51. — Come risulta dal punto 38 di questa sentenza, in una tale situazione è stata violata una norma di ordine pubblico. In circostanze quali quelle proprie della causa principale, sembra corretto affermare che tale norma è stata violata per iniziativa del datore di lavoro, poiché è stato lui ad offrire le condizioni di pensionamento anticipato, quando poteva in qualsiasi momento rifiutare di concederle, e che, da parte loro, i lavoratori che desideravano beneficiare del prepensionamento non avevano altra scelta che accettare le sue condizioni.

52. — Sembra perciò che spetti al cessionario riparare alle conseguenze del proprio comportamento, corrispondendo ai suoi ex dipendenti le indennità necessarie affinché godano delle condizioni di prepensionamento a cui avevano diritto.

53. — Questa soluzione non può essere messa in discussione dal fatto che il datore di lavoro avrebbe potuto decidere di non accordare affatto la pensione anticipata ai lavoratori interessati. Spetta infatti ai datori di lavoro valutare, nel momento in cui prendono la decisione di accordare o meno un prepensionamento, sia il loro interesse economico che la portata degli obblighi normativi o contrattuali a loro carico. Una volta presa la decisione di accordare un prepensionamento, questo deve essere eseguito secondo le condizioni giuridicamente prescritte.

(Omissis)

Per questi motivi, LA CORTE (Sesta Sezione), pronunciandosi sulle questioni sottoposte dall'Employment Tribunal, Croydon (Regno Unito) con ordinanza 5 gennaio 2001, dichiara:

1) I diritti che possono sorgere, in seguito al licenziamento o alla concessione di un prepensionamento, per effetto di una pattuizione con il datore di lavoro, rientrano tra i "diritti e obblighi" di cui all'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti

2) Prestazioni di pensionamento anticipato, nonché prestazioni volte a migliorare le condizioni di tale pensionamento, corrisposte, nel caso di un prepensionamento frutto di un comune accordo tra il datore di lavoro e il lavoratore, a lavoratori che hanno compiuto una certa età, come quelle di cui trattasi nella causa principale, non costituiscono prestazioni di vecchiaia, d'invalidità o per i superstiti a titolo dei regimi integrativi di previdenza professionali o interprofessionali di cui all'art. 3, n. 3, della direttiva 77/187.

L'art. 3 della detta direttiva deve essere interpretato nel senso che obblighi connessi alla concessione di un tale prepensionamento, derivanti da un contratto di lavoro, da un rapporto di lavoro o da un contratto collettivo che vincolino il cedente nei confronti dei lavoratori interessati, sono trasferiti al cessionario

secondo le condizioni e i limiti definiti da tale articolo, indipendentemente dal fatto che tali obblighi abbiano la loro fonte in atti della pubblica autorità o venga ad essi data esecuzione in forza di tali atti e indipendentemente dalle modalità pratiche seguite per tale esecuzione.

3) L'art. 3 della direttiva 77/187 osta a che il cessionario offra ai lavoratori di un ente che è stato trasferito, condizioni meno favorevoli di quelle loro applicate dal cedente in materia di pensione anticipata, e a che questi lavoratori accettino le dette condizioni, quando queste sono puramente e semplicemente allineate a quelle applicabili agli altri dipendenti del cessionario al momento del trasferimento, salvo che le condizioni più favorevoli applicate anteriormente dal cedente risultino da un contratto collettivo che non è più legalmente applicabile nei confronti dei lavoratori dell'ente trasferito, tenuto conto delle condizioni specificate al n. 2 del detto art. 3.

4) Qualora il cessionario, violando gli obblighi di ordine pubblico imposti dall'art. 3 della direttiva 77/187, abbia offerto ad alcuni lavoratori dell'ente trasferito un prepensionamento meno favorevole di quello di cui questi potevano beneficiare nell'ambito del loro rapporto di lavoro con il cedente, e questi abbiano accettato un tale prepensionamento, spetta al cessionario corrispondere loro le indennità necessarie affinché godano delle condizioni di prepensionamento applicabili nell'ambito del detto rapporto con il cedente.

La direttiva 77/187 (in GUCE L 61, p. 26) sull'armonizzazione delle disposizioni nazionali in tema di salvaguardia dei diritti dei lavoratori in casi di trasferimento di imprese è stata oggetto di dubbi interpretativi e di validità sin dal momento della sua adozione (per un panorama dell'evoluzione della giurisprudenza in materia vedi Garde A., *Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings*, in *Common Market Law Review*, 2002, p.523 ss.). Non sembra però che l'attività interpretativa della Corte di giustizia e gli interventi del legislatore comunitario abbiano risolto completamente questi dubbi. Anche la pronuncia in esame, infatti, si colloca all'interno di questo filone giurisprudenziale caratterizzato dalla necessità di bilanciare la protezione degli interessi, da un lato dell'imprenditore - datore di lavoro, e dall'altro dei lavoratori. In particolare l'art.3 della direttiva 77/187 prevede che il trasferimento dell'impresa non comporti la cessazione del rapporto di lavoro, sancendo il contemporaneo trasferimento dei diritti e degli obblighi che derivino "da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente". Ciò comporta che la retribuzione e le correlative modalità di corresponsione non possano essere modificate dal soggetto che subentra all'imprenditore ad eccezione dell'ipotesi in cui si tratti dei diritti a prestazioni previdenziali complementari, esistenti "al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli Stati membri" (Sull'art.3 della direttiva 77/187 vedi Maretti S., *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro. Le nozioni di datore di lavoro, lavoratore e rappresentanze dei lavoratori*, Torino, 2003, p.179 ss.). Nel caso in esame la questione verte precisamente sull'interpretazione della eccezione contenuta nell'art.3, eccezione che la Corte di giustizia nel caso *Beckmann* aveva già ritenuto

doversi interpretare restrittivamente in base al principio del *favor* per il lavoratore (sentenza 4 giugno 2002, causa C-164/00, in *Racc.* p.I-4839. Per un commento vedi Tursi A., *Previdenza complementare e trasferimento di impresa*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2003, pt. 2 p.359 ss).

La ricorrente nella causa principale rientrava fra i dipendenti del servizio sanitario nazionale inglese (NHS) in quanto docente in un corso per infermieri e sottostava pertanto al regime di condizioni di lavoro nel settore pubblico e in particolare al relativo regime previdenziale. La sua posizione viene modificata a causa dell'attribuzione al Ministero dell'istruzione e del lavoro della competenza per gli studi infermieristici, in seguito alla quale non le viene più consentito di avvalersi del regime pensionistico NHS. Pertanto questa decide, pur non accettando di mutare le altre condizioni di lavoro, di trasferire i diritti pensionistici ad un altro regime. Successivamente, la ricorrente richiede però di usufruire delle condizioni di pensionamento anticipato applicate dal NHS. Si tratta pertanto di stabilire se i diritti in questione rientrino nella nozione di diritti ed obblighi trasferiti al cessionario ai sensi dell'art.3, n.1, e se debbano comunque essere esclusi dal trasferimento in quanto rientranti nelle prestazioni di vecchiaia di cui all'art. 3, n. 3.

La Corte, dopo aver risolto positivamente i dubbi sull'applicabilità dell'art.3, n.1, interpreta restrittivamente la possibilità di eccepire al trasferimento richiamando la propria precedente giurisprudenza con particolare riferimento al caso *Beckmann*. Secondo il ragionamento seguito dalla Corte non vi è ragione di trattare diversamente la situazione del pensionamento per vecchiaia anticipato e l'ipotesi di licenziamento per riduzione di organico. Il lavoratore potrà pertanto pretendere che gli siano riconosciute le condizioni applicate dal precedente datore di lavoro.

Inoltre le disposizioni della direttiva poste a tutela del lavoratore devono essere considerate norme imperative di ordine pubblico e in quanto tali non sono rinunciabili dal lavoratore stesso. L'eventuale rinuncia da questi espressa ad avvalersi di condizioni più vantaggiose deve essere ritenuta irrilevante e le disposizioni in oggetto si applicheranno ugualmente purché il contratto collettivo in cui sono contenuto non sia scaduto o risolto, e pertanto inapplicabile. Spetterà al datore di lavoro, che ha acconsentito al pensionamento anticipato, offrire le condizioni più vantaggiose, a prescindere dalla circostanza che questi non avrebbe avuto alcun obbligo di acconsentire al pensionamento anticipato. (per un primo breve commento alla sentenza vedi Ricci G., in *Foro it.*, 2004, IV, col.184-187)

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)**6 novembre 2003**

“Inadempimento di uno Stato - Previdenza sociale - Artt. 69 e 71 del regolamento (CEE) n. 1408/71 - Prestazioni di disoccupazione - Lavoratori frontalieri - Mantenimento del diritto alle prestazioni in caso di ricerca di occupazione in un altro Stato membro”

Nella causa C-311/01, *Commissione delle Comunità europee*, rappresentata dalla sig.ra H. Michard e dal sig. H. van Vliet, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo, ricorrente, contro *Regno dei Paesi Bassi*, rappresentato dalla sig.ra H.G. Sevenster e dal sig. I. van der Steen, in qualità di agenti, convenuto, avente ad oggetto un ricorso inteso a far constatare che, negando ai lavoratori frontalieri in disoccupazione completa la facoltà di fare uso della possibilità prevista dall'art. 69 del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 giugno 1983, n. 2001 (GU L 230, pag. 6), di recarsi, alle condizioni indicate in tale disposizione, in uno o più Stati membri per cercarvi un'occupazione conservando al tempo stesso il loro diritto alle prestazioni di disoccupazione, il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 69 e 71 del detto regolamento,

(*Omissis*)

Sentenza

1. — Con atto depositato nella cancelleria della Corte il 7 agosto 2001, la Commissione delle Comunità europee ha presentato, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso inteso a far dichiarare che, negando ai lavoratori frontalieri in disoccupazione completa la facoltà di fare uso della possibilità prevista dall'art. 69 del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 giugno 1983, n. 2001 (GU L 230, pag. 6; in prosieguo: il “regolamento n. 1408/71”), di recarsi, alle condizioni indicate in tale disposizione, in uno o più Stati membri per cercarvi un'occupazione conservando il loro diritto alle prestazioni di disoccupazione, il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza degli artt. 69 e 71 del detto regolamento.

Ambito normativo

2. — Il preambolo del regolamento n. 1408/71 enuncia in particolare:

“(...) per agevolare la ricerca di occupazione nei diversi Stati membri, occorre in particolare concedere al lavoratore privo di occupazione il beneficio, durante un periodo limitato, delle prestazioni di disoccupazione previste dalla legislazione dello Stato membro alla quale egli è stato da ultimo soggetto (...)”.

3. — Ai sensi dell’art. 1, lett. o), del regolamento n. 1408/71, ai fini dell’applicazione del detto regolamento, il termine “istituzione competente” designa:

“i) l’istituzione alla quale l’interessato è iscritto al momento della domanda di prestazioni,

oppure

ii) l’istituzione nei cui confronti l’interessato ha diritto a prestazioni o ne avrebbe diritto se egli risiedesse o il suo familiare o i suoi familiari risiedessero nel territorio dello Stato membro nel quale tale istituzione si trova,

oppure

iii) l’istituzione designata dall’autorità competente dello Stato membro in questione, (...)”.

4. — Ai sensi dell’art. 1, lett. q), del detto regolamento: “il termine Stato competente designa lo Stato membro nel cui territorio si trova l’istituzione competente”.

5. — Inserito nella sezione 2 del titolo III, capitolo 6, del regolamento n. 1408/71, intitolata “Disoccupati che si recano in uno Stato membro diverso dallo Stato competente”, l’art. 69, nn. 1 e 2, stabilisce:

“Condizioni e limiti relativi alla conservazione del diritto alle prestazioni

1. Il lavoratore, subordinato o autonomo, in disoccupazione completa che soddisfa alle condizioni prescritte dalla legislazione di uno Stato membro per avere diritto alle prestazioni e che si reca in uno o più altri Stati membri per cercarvi una occupazione, conserva il diritto a tali prestazioni, alle condizioni e nei limiti sottoindicati:

a) prima della sua partenza deve essere stato iscritto quale richiedente lavoro ed essere rimasto a disposizione degli uffici del lavoro dello Stato competente durante almeno quattro settimane dall’inizio della disoccupazione. Gli uffici o istituzioni competenti possono tuttavia autorizzare la sua partenza prima della scadenza di tale termine;

b) deve iscriversi quale richiedente lavoro presso gli uffici del lavoro di ciascuno degli Stati membri in cui si reca e sottoporsi al controllo ivi organizzato. Tale condizione si ritiene soddisfatta per il periodo anteriore all’iscrizione se si procede all’iscrizione entro un termine di 7 giorni dalla data alla quale l’interessato ha cessato di essere a disposizione degli uffici del lavoro dello Stato che ha lasciato. In casi eccezionali, tale termine può essere prolungato dagli uffici o istituzioni competenti;

c) il diritto alle prestazioni è mantenuto per un periodo di tre mesi al massimo a partire dalla data alla quale l’interessato ha cessato di essere a disposizione degli uffici del lavoro dello Stato che ha lasciato, senza che la durata totale della concessione delle prestazioni possa superare la durata delle prestazioni a cui ha diritto a norma della legislazione di detto Stato. Nel caso di un lavoratore stagionale, tale durata è inoltre limitata al periodo che rimane da compiere fino al termine della stagione per la quale egli è stato assunto.

2. Se l'interessato ritorna nello Stato competente prima della scadenza del periodo durante il quale egli ha diritto alle prestazioni in virtù delle disposizioni del paragrafo 1, lettera c), egli continua ad aver diritto alle prestazioni conformemente alla legislazione di tale Stato; perde ogni diritto alle prestazioni a norma della legislazione dello Stato competente se non vi ritorna prima della scadenza di tale periodo. In casi eccezionali, tale termine può essere prolungato dagli uffici o dalle istituzioni competenti”.

6. — L'art. 70, n. 1, del regolamento n. 1408/71 prevede:

“Nei casi previsti dall'articolo 69, paragrafo 1, le prestazioni vengono erogate dall'istituzione di ciascuno degli Stati in cui il disoccupato si reca alla ricerca di occupazione.

L'istituzione competente dello Stato membro alla cui legislazione il lavoratore subordinato o autonomo è stato soggetto durante la sua ultima occupazione, è tenuta a rimborsare l'importo di tali prestazioni”.

7. — Inserito nella sezione 3 del titolo III, capitolo 6, del regolamento n. 1408/71, intitolato “Disoccupati che durante la loro ultima occupazione risiedevano in uno Stato membro diverso dallo Stato competente”, l'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), prevede:

“1. Il lavoratore subordinato disoccupato che, durante la sua ultima occupazione, risiedeva nel territorio di uno Stato membro diverso da quello competente, beneficia delle prestazioni secondo le seguenti disposizioni:

a) (...)

ii) il lavoratore frontaliero che è in disoccupazione completa beneficia delle prestazioni secondo le disposizioni della legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede, come se fosse stato soggetto durante l'ultima occupazione a tale legislazione; tali prestazioni vengono erogate dalla istituzione del luogo di residenza e sono a carico della medesima”.

Fatti e fase precontenziosa del procedimento

8. — Il sig. Lorenz, che è residente nei Paesi Bassi ed ha esercitato un'attività in Germania in qualità di lavoratore frontaliero, ha beneficiato, una volta in disoccupazione completa, delle prestazioni di disoccupazione a carico delle istituzioni dei Paesi Bassi, conformemente a quanto disposto dall'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del regolamento n. 1480/71.

9. — Intendendo recarsi in Francia al fine di ricercare un'occupazione in tale paese, il sig. Lorenz ha chiesto al Nederlandse Gemeenschappelijk Administratiekantoor (in prosieguo: il “GAK”) se avrebbe continuato a percepire prestazioni di disoccupazione durante il suo soggiorno nel detto Stato membro. Gli è stato risposto che, tenuto conto della sua qualità di lavoratore frontaliero, non poteva beneficiare del regime previsto dall'art. 69 del regolamento n. 1480/71.

10. — La Commissione, alla quale è stata presentata una denuncia da parte dell'interessato, si è rivolta al Ministero degli Affari sociali e dell'Occupazione dei Paesi Bassi che le ha indicato che condivideva l'interpretazione fornita dal GAK circa l'art. 69 del regolamento n. 1480/71.

11. — Avendo deciso di avviare il procedimento per infrazione previsto dall'art. 226

CE, la Commissione, in data 29 maggio 1998, ha intimato al Regno dei Paesi Bassi di presentarle le sue osservazioni. Il detto Stato membro, in data 2 ottobre 1998, ha risposto che contestava le censure formulate dalla Commissione.

12. — Non essendo soddisfatta delle spiegazioni fornite dal Regno dei Paesi Bassi, la Commissione, in data 30 luglio 1999, ha inviato un parere motivato a tale Stato membro invitandolo a conformarsi al detto parere entro due mesi. Avendo quest'ultimo indicato, con lettera 8 ottobre 1999, che manteneva la sua posizione, la Commissione ha deciso d'introdurre il presente ricorso.

Sul ricorso

(Omissis)

Giudizio della Corte

29. — In primo luogo, occorre constatare che, come la Commissione ha giustamente sottolineato, dalla formulazione stessa dell'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del regolamento n. 1480/71 risulta che il lavoratore frontaliero in disoccupazione completa beneficia delle prestazioni secondo le disposizioni della normativa dello Stato membro nel cui territorio risiede. Ne deriva anche che l'ente competente a corrispondere le prestazioni di disoccupazione è quello del detto Stato di residenza (sentenza 28 febbraio 1980, causa 67/79, Fellingner, Racc. pag. 535, punto 5).

30. — Come fa presente la Commissione, la Corte ha precedentemente indicato che questa disposizione, in deroga alla regola generale di collegamento alla normativa dello Stato di occupazione, operava un collegamento specifico al regime di previdenza sociale dello Stato membro di residenza per quanto riguarda le prestazioni di disoccupazione, e questo avveniva in base a considerazioni di efficacia pratica che fanno apparire un tale collegamento più adeguato e più consono all'interesse dei lavoratori frontalieri (v. sentenze 29 giugno 1988, causa 58/87, Rebmann, Racc. pag. 3467, punti 13-15, e 8 luglio 1992, causa C-102/91, Knoch, Racc. pag. I-4341, punto 32). La Corte ha anche precisato che questa disposizione prescrive chiaramente l'applicazione della normativa del solo Stato di residenza ed esclude, di conseguenza, la normativa dello Stato di occupazione (sentenza 1° ottobre 1992, causa C-201/91, Grisvard e Kreitz, Racc. pag. I-5009, punto 16), spettando in tal modo al lavoratore frontaliero interessato esclusivamente le prestazioni di disoccupazione dello Stato di residenza (sentenza 12 giugno 1986, causa 1/85, Miethe, Racc. pag. 1837, punto 12).

31. — Contrariamente a quanto suggerisce il Regno dei Paesi Bassi, il fatto che la normativa dello Stato membro di residenza si applichi al lavoratore frontaliero in disoccupazione completa che rientra nel campo di applicazione dell'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), in base a una finzione giuridica secondo la quale si deve ritenere che questo lavoratore, ai fini dell'applicazione della detta normativa, sia stato assoggettato a quest'ultima nel corso della sua ultima occupazione, non è pertanto tale da inficiare la conclusione secondo cui un tale lavoratore rientra, relativamente a tale settore, nella sola competenza dello Stato di residenza.

32. — Tale conclusione non è poi rimessa in discussione dal fatto che lo Stato membro dell'ultima occupazione, i cui obblighi si trovano sospesi e non estinti finché il disoccupato continua a risiedere nel territorio di un altro Stato membro, recupera la competenza di principio di cui dispone in questa materia nell'eventualità in cui il lavoratore interessato venga a stabilirvi la propria residenza (sentenze Cochet, cit., punti 15 e 16, e Huijbrechts, cit., punto 24). Occorre poi ricordare che in tali ipotesi l'elemento determinante ai fini dell'applicazione dell'art. 71 del regolamento n. 1480/71 nel suo complesso, ossia la residenza dell'interessato in uno Stato membro diverso da quello alla cui normativa era soggetto nel periodo di svolgimento della sua ultima attività lavorativa (v., in particolare, sentenza 29 giugno 1995, causa C-454/93, Van Gestel, Racc. pag. I-1707, punto 24) è precisamente scomparso, cosicché il n. 1, lett. a), sub ii), di questa disposizione cessa di trovare applicazione (sentenza Huijbrechts, cit., punto 28).

33. — Poiché lo Stato membro di residenza è quindi l'unico competente per il versamento, in base alla sua normativa e su intervento delle sue istituzioni, di prestazioni di disoccupazione al lavoratore frontaliero di cui all'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del regolamento n. 1480/71, ne deriva che il detto Stato membro è allo stesso modo l'unico in grado di garantire un eventuale mantenimento delle dette prestazioni a favore di questo lavoratore allorché quest'ultimo si reca in un altro Stato membro al fine di cercarvi un'occupazione.

34. — A tal riguardo, si deve constatare, in secondo luogo, che, contrariamente a quanto sostiene il governo dei Paesi Bassi, nulla consente di ritenere che le disposizioni dell'art. 69 del regolamento n. 1480/71 non possano applicarsi a un tale lavoratore.

35. — Una tale interpretazione ignorerebbe innanzi tutto il fine dell'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del detto regolamento, il quale, come la Commissione fa presente giustamente, consiste in particolare nell'equiparare il regime delle prestazioni di disoccupazione dei lavoratori frontalieri a quello dei lavoratori che hanno esercitato la loro ultima occupazione nello Stato di residenza (sentenza Grisvard e Kreitz, cit., punto 17).

36. — Inoltre, né il testo né il senso dell'art. 69 del regolamento n. 1480/71 indicano che il legislatore comunitario avrebbe inteso escludere i lavoratori frontalieri dal campo di applicazione di questa disposizione.

37. — L'art. 69 precisa infatti che esso si applica a qualsiasi "lavoratore subordinato o autonomo in disoccupazione completa, che soddisfa alle condizioni prescritte dalla legislazione di uno Stato membro per avere diritto alle prestazioni", cosa che avviene nel caso del lavoratore frontaliero di cui all'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del regolamento n. 1480/71, il quale, come risulta dai punti 29-33 della presente sentenza, beneficia delle prestazioni di disoccupazione secondo le disposizioni della legislazione dello Stato membro nel quale risiede e a carico dell'istituzione competente del detto Stato membro.

38. — Per quanto riguarda il considerando del regolamento n. 1480/71 riportato al punto 2 della presente sentenza, lungi dall'operare una distinzione tra lavoratori frontalieri e non frontalieri, esso rappresenta l'intento del legislatore comunitario di concedere il mantenimento del beneficio delle prestazioni di disoccupazione al "lavoratore privo di occupazione" per facilitare la ricerca di un'occupazione nei vari Stati membri.

39. — Come la Corte ha precedentemente indicato, l'art. 69 del regolamento n.

1480/71 ha pertanto lo scopo di favorire la mobilità di coloro che cercano lavoro e di contribuire a garantire la libera circolazione dei lavoratori conformemente all'art. 42 CE (sentenze 10 maggio 1990, causa C-163/89, Di Conti, Racc. pag. I-1829, punto 13, e 21 febbraio 2002, causa C-215/00, Rydergård, Racc. pag. I-1817, punto 25).

40. — Ora, al riguardo si deve constatare che un'interpretazione dell'art. 69 del regolamento n. 1480/71 che avrebbe come conseguenza di escludere dal beneficio di questa disposizione i lavoratori frontalieri in disoccupazione completa di cui all'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del detto regolamento sarebbe incompatibile con un tale obiettivo. Infatti, un tale trattamento in materia di prestazioni di disoccupazione collocherebbe i detti lavoratori in una situazione sfavorevole rispetto alla generalità dei lavoratori, per i quali lo Stato di occupazione, dove essi risiedono o soggiornano, è normalmente lo Stato competente e sarebbe incompatibile con le loro esigenze in materia di libera circolazione dei lavoratori (v., in un senso analogo, sentenza Fellingner, cit., punto 6). Per tali lavoratori frontalieri questo non solo costituirebbe un disincentivo, se non addirittura un impedimento, a recarsi in un altro Stato membro per trovarvi un'occupazione non potendo in tale occasione continuare a disporre delle prestazioni di disoccupazione, ma rappresenterebbe inoltre per gli stessi una penalizzazione per avere esercitato il diritto alla libera circolazione garantito loro dal Trattato, poiché, a differenza di lavoratori che hanno svolto la loro attività nello Stato membro nel quale risiedono, non potrebbero far valere i diritti derivanti dall'art. 69 soprammenzionato.

41. — In tale contesto, si deve inoltre ammettere che la precisazione che figura nel considerando soprammenzionato del regolamento n. 1480/71 secondo cui le prestazioni che devono essere mantenute sono quelle che sono previste dalla normativa dello Stato membro "alla quale [il lavoratore] è stato da ultimo soggetto" non può essere intesa nel senso che riguarda necessariamente la normativa dello Stato membro dell'ultima occupazione, ma che occorre, come sostiene giustamente la Commissione, veder vi un riferimento più generale alla normativa in forza della quale le prestazioni di disoccupazione erano dovute al detto lavoratore prima che quest'ultimo si recasse in un altro Stato membro per cercarvi un'occupazione.

42. — Da tutto quanto precede risulta che le disposizioni dell'art. 69 del regolamento n. 1480/71 devono essere interpretate nel senso che esse si applicano ai lavoratori frontalieri in disoccupazione completa di cui all'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii) dello stesso regolamento cosicché lo Stato membro nel quale risiedono i detti lavoratori è tenuto a garantire loro, alle condizioni che prevede il detto art. 69, il mantenimento del diritto alle prestazioni di disoccupazione.

(*Omissis*)

46. — Per quanto riguarda la circostanza, sottolineata dal governo dei Paesi Bassi, secondo cui l'interpretazione data al punto 42 della presente sentenza consente al lavoratore frontaliere di ricevere prestazioni di disoccupazione di uno Stato membro al quale non ha versato contributi durante la sua ultima occupazione, è sufficiente constatare che si tratta in tal caso di una conseguenza voluta dal legislatore comunitario, che ha inteso rafforzare le possibilità di reinserimento professionale dei lavoratori (v., in senso analogo, sentenza Van Gestel, cit., punto 26).

47. — Sulla base delle considerazioni che precedono, si deve dichiarare che giustamente la Commissione fa valere che la prassi amministrativa dei Paesi Bassi consistente nel rifiutare il beneficio del regime introdotto dall'art. 69 del regolamento n. 1480/71 al lavoratore frontaliero in disoccupazione completa di cui all'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del detto regolamento, residente nei Paesi Bassi e che intende recarsi in un altro Stato membro per cercarvi un'occupazione, viola queste disposizioni.

(Omissis)

Per questi motivi, LA CORTE (Quinta Sezione) dichiara e statuisce:

1) Negando ai lavoratori frontalieri in disoccupazione completa la facoltà di fare uso della possibilità prevista dall'art. 69 del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 giugno 1983, n. 2001, di recarsi, alle condizioni indicate in tale disposizione, in uno o più Stati membri per cercarvi un'occupazione conservando al tempo stesso il loro diritto alle prestazioni di disoccupazione, il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza degli artt. 69 e 71 del detto regolamento.

2) Il Regno dei Paesi Bassi è condannato alle spese.

La libera circolazione dei lavoratori, prevista dallo stesso Trattato istitutivo agli artt. 48 ss (ora 39 e ss.), ha sempre giocato un ruolo fondamentale nell'ordinamento comunitario, al fine di migliorare il livello occupazionale nella Comunità e di soddisfare le esigenze di manodopera delle imprese comunitarie (vedi Adinolfi A., *art. 39 in Tizzano A., (a cura di) Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 356 ss). Al fine di garantire effettività a questa libertà di circolazione si sono sin dall'origine rese necessarie disposizioni di diritto derivato finalizzate ad agevolare il lavoratore e la sua famiglia.

Fra queste disposizioni un ruolo fondamentale è quello rivestito dal reg.1408/71 (in *GUCE* L149 del 1971): è evidente infatti che ai soggetti che effettuano le loro prestazioni lavorative spostandosi nel mercato comunitario deve essere consentito di godere dei benefici risultanti dai sistemi di sicurezza sociale in base al complesso dell'attività svolta (sul ruolo del reg.1408/71 nel diritto comunitario in materia previdenziale vedi Rodière P. *Droit sociale de l'Union européenne*, Parigi, 2002, p.572 ss, Foglia R., *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002, p.399 ss).

Il reg. 1408/71 non riguarda soltanto le prestazioni previdenziali di vecchiaia, ma anche quelle di disoccupazione: proprio in relazione a queste è sorta la causa sopra riportata. Si tratta di un procedimento di infrazione instaurato dalla Commissione contro i Paesi Bassi, ritenuti colpevoli di non aver applicato correttamente le disposizioni del regolamento. Tale Stato, infatti, negava al cittadino disoccupato la possibilità di

continuare ad usufruire della relativa indennità di disoccupazione ove questi decidesse di recarsi all'estero al fine di cercare un lavoro. È evidente che in questo modo si disincentiva il lavoratore dall'esercitare la propria libertà di circolazione, libertà che la Corte ha ritenuto esistente anche ove il soggetto si trasferisca con la mera finalità di cercare una occupazione senza la necessità di aver ricevuto una preventiva offerta. Il soggetto viene così privato di un beneficio che il regolamento, all'art.69, gli riconosce (per un esame della giurisprudenza relativa all'art.69 vedi Pennings F., *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp, Oxford, New York, 2003, p. 239 ss.). La Corte ha accettato le argomentazioni portate dalla Commissione sottolineando la necessità di garantire la prestazione di tali indennità come previsto anche dall'art. 42 del Trattato CE. Sarà lo Stato di residenza e non quello di ultima occupazione a dover garantire tali prestazioni, eventualmente tramite il rimborso allo Stato materiale erogatore che sarà quello ove il soggetto si reca al fine di trovare lavoro.

Dal punto di vista istituzionale, è interessante sottolineare come la Commissione dia atto di aver ricevuto una denuncia da parte di un cittadino comunitario che ha ritenuto di essere stato oggetto di una non corretta applicazione del diritto comunitario da parte di un ufficio amministrativo e ha perciò deciso di far valere la propria posizione. Il sistema giurisdizionale comunitario non prevede una possibilità per le persone fisiche o giuridiche di instaurare un procedimento nel caso in cui uno Stato membro commetta una violazione del diritto comunitario nei loro confronti. La possibilità di ricorso diretto è infatti limitata alle poche ipotesi di impugnazione di atti comunitari per legittimità. Questo non significa però che il cittadino sia sprovvisto di qualunque mezzo di intervento di fronte alle violazioni commesse nei suoi confronti dagli Stati membri. Egli infatti può invitare la Commissione ad intervenire sollecitando l'apertura di un procedimento di infrazione, che può essere posto in essere solo dalla Commissione stessa (o da un altro Stato membro) ex artt. 226 ss. (sul punto vedi Mori P., art. 226, art. 227, in Tizzano A., (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1057 ss). La possibilità di presentare denunce, che qui ha portato ad una sentenza di condanna nei confronti dello Stato inadempiente, non deve però essere sopravvalutata. La Commissione, infatti, non ha il dovere di perseguire gli Stati, neanche ove ritenesse questi in effettiva violazione del diritto comunitario: si tratta di una semplice facoltà. È pertanto possibile che questa decida di non procedere per ragioni di opportunità, anche in casi in cui i diritti del singolo sono stati effettivamente violati. Inoltre, la sentenza, pronunciata dalla Corte in seguito alla constatazione dell'infrazione, non incide direttamente sulla violazione subita dal singolo, né prevede un risarcimento dei danni a favore di questi, risarcimento che può invece essere chiesto in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia davanti ai giudici nazionali in presenza di determinate condizioni. (per approfondimenti sul punto vedi Fumagalli L., *La responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto comunitario*, Milano, 2000).

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)**13 novembre 2003 (1)****“Libertà di stabilimento - Iscrizione nel registro dei praticanti avvocati - Riconoscimento dei diplomi - Accesso alle attività regolamentate”**

Nel procedimento C-313/01, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dalla Corte suprema di cassazione nella causa dinanzi ad essa pendente tra *Christine Morgenbesser* e *Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, domanda vertente sull'interpretazione degli artt. 10 CE, 12 CE, 14 CE, 39 CE, 43 CE e 149 CE,

(Omissis)

Sentenza

1. — Con ordinanza 19 aprile 2001, pervenuta alla Corte l'8 agosto seguente, la Corte suprema di cassazione ha sottoposto, ai sensi dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione degli artt. 10 CE, 12 CE, 14 CE, 39 CE, 43 CE e 149 CE.

2. — Tale questione è stata sollevata nell'ambito di un ricorso per cassazione presentato dalla sig.ra Morgenbesser contro la decisione del Consiglio Nazionale Forense che ha confermato la decisione del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova di rifiutare la sua iscrizione nel registro dei praticanti.

Ambito normativo*La normativa comunitaria*

3. — La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/48/CEE, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni (GU 1989, L 19, pag. 16), si applica, in base all'art. 2, a qualunque cittadino di uno Stato membro che intenda esercitare, come lavoratore autonomo o subordinato, una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante.

4. — L'art. 1 della direttiva 89/48 così recita:

“Ai sensi della presente direttiva si intende:

a) per diploma, qualsiasi diploma, certificato o altro titolo o qualsiasi insieme di diplomi, certificati o altri titoli;

— che sia stato rilasciato da un'autorità competente in uno Stato membro, designata in conformità delle sue disposizioni legislative, regolamentari o amministrative,

— da cui risulti che il titolare ha seguito con successo un ciclo di studi post-secon-

dari di durata minima di tre anni oppure di durata equivalente a tempo parziale, in un'università o un istituto di istruzione superiore o in un altro istituto dello stesso livello di formazione e, se del caso, che ha seguito con successo la formazione professionale richiesta oltre al ciclo di studi post-secondari e

— dal quale risulti che il titolare possiede le qualifiche professionali richieste per accedere ad una professione regolamentata in detto Stato membro o esercitarla, quando la formazione sancita dal diploma, certificato o altro titolo, è stata acquisita in misura preponderante nella Comunità (...)."

(...)

(...)

c) per professione regolamentata, l'attività o l'insieme delle attività professionali regolamentate che costituiscono questa professione in uno Stato membro;

d) per attività professionale regolamentata, un'attività professionale per la quale l'accesso alla medesima o l'esercizio o una delle modalità di esercizio dell'attività in uno Stato membro siano subordinati, direttamente o indirettamente mediante disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di un diploma. In particolare, costituiscono modalità di esercizio di un'attività professionale regolamentata:

— l'esercizio di un'attività con l'impiego di un titolo professionale qualora l'uso del titolo sia limitato a chi possieda un dato diploma previsto da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative;

(Omissis)

5. — L'art. 3, primo comma, lett. a), della direttiva 89/48 dispone quanto segue:

"Quando nello Stato membro ospitante l'accesso o l'esercizio di una professione regolamentata è subordinato al possesso di un diploma, l'autorità competente non può rifiutare ad un cittadino di un altro Stato membro, per mancanza di qualifiche, l'accesso a/o l'esercizio di tale professione, alle stesse condizioni che vengono applicate ai propri cittadini:

a) se il richiedente possiede il diploma che è prescritto in un altro Stato membro per l'accesso o l'esercizio di questa stessa professione sul suo territorio, e che è stato ottenuto in un altro Stato membro (...)."

6. — L'art. 4 della direttiva 89/48 autorizza lo Stato membro ospitante a subordinare l'accesso ad una professione regolamentata a talune condizioni. Pertanto, ai sensi del n. 1, lett. b), di questa disposizione, l'art. 3 della detta direttiva non osta a che lo Stato membro ospitante esiga dal richiedente che "compia un tirocinio di adattamento, per un periodo massimo di tre anni, o si sottoponga a una prova attitudinale".

7. — L'art. 4, n. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 89/48 stabilisce inoltre che, "[i]n deroga a tale principio, lo Stato ospitante può prescrivere un tirocinio di adattamento o una prova attitudinale se si tratta di professioni il cui esercizio richiede una conoscenza precisa del diritto nazionale e nelle quali la conoscenza e/o l'assistenza per quanto riguarda il diritto nazionale costituisce un elemento essenziale e costante dell'attività".

8. — Il 16 febbraio 1998 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva 98/5/CE volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica (GU L 77, pag. 36).

La normativa nazionale

Le disposizioni di base relative alla professione di “avvocato”.

9. — Le disposizioni essenziali riguardanti l’accesso alla professione di avvocato e l’esercizio di quest’ultima in Italia sono contenute nel regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578, recante il titolo “Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore” (GURI n. 281 del 5 dicembre 1933, pag. 5521; in prosieguo: il “decreto legge n. 1578/33”). (Lo status di procuratore legale è stato soppresso in seguito alla legge 27 febbraio 1997, n. 27).

10. — Ai sensi dell’art. 17, primo comma, punti 1 e 4-6, del decreto legge n. 1578/33, per l’iscrizione all’albo degli avvocati è necessario:

— essere cittadino italiano,

— essere in possesso della laurea in giurisprudenza conferita o confermata da un’università italiana;

— avere compiuto un periodo di pratica, frequentando lo studio di un “avvocato” ed assistendo alle udienze civili e penali per almeno due anni consecutivi, posteriormente alla laurea, ovvero avere esercitato, per lo stesso periodo di tempo, il patrocinio dinanzi ai tribunali, e

— aver superato l’esame d’idoneità all’esercizio della professione.

11. — Si deve presumere che il requisito di cittadinanza che risulta da questa disposizione sia stato abrogato, per i cittadini comunitari, dalla legge 22 febbraio 1994, n. 146, avente ad oggetto “Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alla Comunità europea, legge comunitaria 1993” (Supplemento ordinario n. 39 alla GURI n. 52 del 4 marzo 1994), ma il testo della detta disposizione non è stato modificato.

12. — Il periodo di pratica è disciplinato dall’art. 8 del decreto legge n. 1578/33. I laureati in giurisprudenza che svolgono questo periodo di pratica (in prosieguo: i “praticanti”) sono iscritti in un registro speciale tenuto dal Consiglio dell’Ordine degli avvocati presso il tribunale nel cui circondario hanno la residenza. Essi sono sottoposti al potere disciplinare di questo Consiglio.

13. — In forza dell’art. 17, secondo comma, del decreto legge n. 1578/33, per l’iscrizione nel registro dei praticanti è necessario anche essere in possesso della laurea in giurisprudenza conferita o confermata in un’università italiana.

14. — Ai sensi dell’art. 8 del decreto legge n. 1578/33, i praticanti, dopo un anno dall’iscrizione nel registro, sono ammessi, entro certi limiti e “per un periodo non superiore a sei anni”, ad esercitare il patrocinio davanti ai tribunali del distretto nel quale è compreso l’Ordine interessato. In materia penale, essi possono essere nominati difensori d’ufficio, esercitare le funzioni di pubblico ministero e proporre dichiarazione d’impugnazione sia come difensori sia come rappresentanti del pubblico ministero. Un anno dopo essere stati ammessi all’esercizio di quest’attività presso i tribunali, i praticanti sono denominati “praticanti patrocinanti”.

Le norme di recepimento delle direttive 89/48 e 98/5.

15. — Il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 115 (GURI n. 40 del 18 febbraio

1992, pag. 6; in prosieguo: il “decreto legislativo n. 115/92”), è inteso a dare attuazione alla direttiva 89/48.

16. — L’art. 1 di questo decreto legislativo, intitolato “Riconoscimento dei titoli di formazione professionale acquisiti nella Comunità europea”, recita:

“1. Alle condizioni stabilite dalle disposizioni del presente decreto, sono riconosciuti in Italia i titoli rilasciati da un paese membro della Comunità europea attestanti una formazione professionale al cui possesso la legislazione del medesimo Stato subordina l’esercizio di una professione (...)”.

(Omissis)

Causa principale e questione pregiudiziale

25. — La sig.ra Morgenbesser, cittadina francese residente in Italia, ha presentato, in data 27 ottobre 1999, al Consiglio dell’Ordine di Genova una domanda d’iscrizione al registro dei praticanti. Essa ha fatto valere a tal fine un diploma di “*maîtrise en droit*” ottenuto in Francia nel 1996. La stessa, dopo aver lavorato per otto mesi come giurista in uno studio legale parigino, nell’aprile 1998 aveva iniziato a collaborare con uno studio di avvocati iscritti all’Albo di Genova dove continuava ad esercitare alla data dell’udienza dinanzi alla Corte.

26. — Il 4 novembre 1999 la sua domanda è stata respinta dal Consiglio dell’Ordine di Genova, il quale ha fatto valere l’art. 17, primo comma, n. 4, del decreto legge n. 1578/33, che subordina l’iscrizione al registro dei praticanti al possesso della laurea in giurisprudenza conferita o confermata in un’università italiana.

27. — La sig.ra Morgenbesser ha presentato ricorso contro questa decisione dinanzi al Consiglio Nazionale Forense che, con decisione 12 maggio 2000, lo ha respinto con la motivazione che la richiedente non era abilitata in Francia all’esercizio della professione di avvocato e non era in possesso del titolo professionale necessario per conseguire l’iscrizione nel registro dei praticanti in Italia.

28. — La sig.ra Morgenbesser ha successivamente presentato all’Università degli Studi di Genova una domanda di riconoscimento della sua “*maîtrise en droit*”. Il Consiglio della Facoltà di Giurisprudenza di questa università ha subordinato tale riconoscimento alla frequenza di un corso abbreviato di due anni, al superamento di tredici esami e alla redazione di una tesi di laurea.

29. — La sig.ra Morgenbesser ha presentato ricorso contro quest’ultima decisione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Liguria, la cui sentenza 5 dicembre 2001, con cui tale ricorso veniva accolto, è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato.

30. — Nel frattempo la sig.ra Morgenbesser ha presentato ricorso per cassazione contro la decisione del Consiglio Nazionale Forense del 12 maggio 2000.

31. — Nell’ambito di questo ricorso, la Corte suprema di cassazione ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

“Se, indipendentemente dal riconoscimento e dalla convalida, un titolo di studio, conseguito da un cittadino comunitario in un Paese della Comunità (nella specie, la Francia), possa, ai fini [dell’iscrizione nel registro di coloro che effettuano il periodo di

pratica necessario per essere ammessi alla professione di avvocato] automaticamente essere fatto valere in un altro Paese (nella specie l'Italia), e ciò alla stregua della norme del Trattato CE (...) in tema di diritto di stabilimento e di circolazione di servizi (artt. 10 CE, 12 CE, 14 CE, 39 CE e 43 CE [...]), nonché dell'art. 149 CE [...].

Sulla questione pregiudiziale

32. — Dall'ordinanza di rinvio risulta che gli artt. 10 CE, 12 CE, 14 CE, 39 CE, 43 CE e 149 CE sono menzionati nella questione pregiudiziale solo perché sono stati fatti valere dalla sig.ra Morgenbesser.

33. — Risulta tuttavia da quest'ordinanza che la questione posta dalla Corte suprema di cassazione mira essenzialmente ad accertare se il diritto comunitario si opponga al rifiuto delle autorità di uno Stato membro d'iscrivere, nel registro di coloro che effettuano il periodo di pratica necessaria per essere ammessi alla professione di avvocato, il titolare di una laurea in giurisprudenza ottenuta in un altro Stato membro per il solo motivo che non si tratta di una laurea in giurisprudenza conferita o confermata in un'università del primo Stato.

34. — In base alla sua stessa formulazione, tale questione è posta "indipendentemente dal riconoscimento e dalla convalida". Infatti, la domanda di riconoscimento del diploma di "maîtrise en droit" ottenuto in Francia dalla sig.ra Morgenbesser costituisce oggetto di un'altra controversia, pendente dinanzi al Consiglio di Stato (v. punti 28 e 29 della presente sentenza).

Osservazioni presentate alla Corte

35. — La sig.ra Morgenbesser ritiene che l'attività di praticante e più specificamente quella di praticante-patrocinante rientrino nella nozione di "professione regolamentata" ai sensi della direttiva 89/48 dato che, da un lato, queste attività comprenderebbero la gestione autonoma delle cause pendenti, la consulenza ai clienti e, in taluni casi, la rappresentanza e difesa di questi ultimi e, dall'altro, sarebbero applicabili le norme professionali sull'avvocatura.

36. — Il requisito di un previo riconoscimento della laurea da parte di un'università italiana previsto all'art. 17, primo comma, punto 4, del decreto legge n. 1578/33 violerebbe la direttiva 89/48. Quest'ultima consentirebbe di avvalersi di un diploma conseguito in uno Stato membro per l'esercizio di una professione in un altro Stato membro, poiché i diplomi che soddisfano le condizioni poste da questa direttiva sarebbero automaticamente equivalenti.

37. — Per il caso di non applicabilità della direttiva 89/48, la sig.ra Morgenbesser ritiene, richiamando a tale riguardo la sentenza 8 luglio 1999, causa C-234/97, Fernández de Bobadilla (Racc. pag. I-4773), che l'art. 43 CE richieda che l'autorità competente a trattare domande relative all'accesso alla professione, nella fattispecie il Consiglio dell'Ordine di Genova, proceda alla valutazione e all'esame comparativo delle conoscenze del richiedente basandosi esclusivamente sul suo diploma di "maîtrise en droit".

38. — Il Consiglio dell'Ordine di Genova sostiene che i praticanti non esercitano né una "professione regolamentata" ai sensi della direttiva 89/48 né un'"attività" ai sensi dell'art. 43 CE e seguenti, ma si trovano in un semplice rapporto di formazione.

(*Omissis*)

Giudizio della Corte

43. — Per risolvere la questione pregiudiziale occorre innanzi tutto esaminare se un soggetto quale la ricorrente nella causa principale possa beneficiare delle disposizioni della direttiva 98/5 relativa alla professione di avvocato o di quelle della direttiva 89/48 relativa al reciproco riconoscimento di diplomi. Se queste direttive non sono applicabili, occorrerà poi esaminare se gli artt. 39 CE o 43 CE, come interpretati dalla Corte, in particolare nella citata sentenza Vlassopoulou, possano essere fatti valere in una situazione quale quella di cui alla causa principale.

44. — Occorre precisare, in via preliminare, in considerazione della formulazione della questione posta, che né la direttiva 98/5, né la direttiva 89/48, né gli artt. 39 CE e 43 CE richiedono che il riconoscimento di un diploma sia puramente "automatico".

45. — La direttiva 98/5 riguarda solo l'avvocato completamente qualificato come tale nel suo Stato membro di origine di modo che essa non si applica a coloro che non hanno ancora acquisito la qualificazione professionale necessaria per esercitare la professione di avvocato. Essa quindi non si applica in un caso quale quello di cui alla fattispecie della causa principale.

46. — Per quanto riguarda la direttiva 89/48, essa si applica, ai sensi dell'art. 2, a qualunque cittadino di uno Stato membro che intenda esercitare come lavoratore autonomo o subordinato una "professione regolamentata" in uno Stato membro ospitante.

47. — La sig.ra Morgenbesser sostiene ch'essa non rivendica l'accesso alla professione di avvocato, in quanto tale, ma, in questa fase, l'accesso a quella di praticante. A suo parere, l'attività del praticante rientra nella nozione di "professione regolamentata" ai sensi della direttiva 89/48. Poiché la sola condizione preliminare per accedere a questa professione è la laurea in giurisprudenza, essa potrebbe far valere la sua "maîtrise en droit" per ottenere tale accesso. Un numero non trascurabile di praticanti e di praticanti-patrocinanti che non hanno superato l'esame finale continuerebbero ad esercitare la loro attività legale senza tuttavia essere cancellati dal registro dei praticanti.

48. — Secondo la definizione che risulta all'art. 1, lett. c), della direttiva 89/48, una professione regolamentata è "l'attività o l'insieme delle attività professionali regolamentate che costituiscono questa professione in uno Stato membro" e, secondo la definizione che figura in tale articolo, lett. d), l'attività professionale regolamentata è "un'attività professionale per la quale l'accesso alla medesima o l'esercizio o una delle modalità di esercizio dell'attività in uno Stato membro siano subordinati, direttamente o indirettamente mediante disposizioni legislative regolamentari o amministrative al possesso di un diploma".

49. — Una professione deve quindi essere considerata regolamentata, ai sensi della direttiva 89/48, allorché l'accesso all'attività professionale di cui trattasi o l'esercizio

della medesima è disciplinato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che istituiscono un regime che produce l'effetto di riservare espressamente tale attività professionale alle persone che soddisfano talune condizioni e di vietarne l'accesso a quelle che non le soddisfano (v. sentenze 1° febbraio 1996, causa C-164/94, *Aranitis*, Racc. pag. I-135, punto 19, e *Fernández de Bobadilla*, cit., punto 17).

50. — L'accesso alle attività di praticante e di praticante-patrocinante di cui trattasi nella causa principale, nonché l'esercizio delle medesime sono disciplinati da disposizioni legislative che istituiscono un regime che riserva tali attività a coloro che soddisfano talune condizioni e ne vieta l'accesso a coloro che non le soddisfano.

51. — Tuttavia, dalle dette disposizioni deriva che l'esercizio di queste attività è concepito nel senso che costituisce la parte pratica della formazione necessaria per accedere alla professione di avvocato. Dopo sei anni, il praticante-patrocinante che non supera l'esame previsto all'art. 17, primo comma, punto 6, del decreto legge n. 1578/33 non sarà più autorizzato, secondo i termini di queste disposizioni, a continuare l'attività che esercitava in tale qualità.

52. — In tale contesto, l'attività di praticante-patrocinante non può essere qualificata come "professione regolamentata" ai sensi della direttiva 89/48, separabile da quella della professione di avvocato.

53. — Il fatto che un numero non trascurabile di praticanti-patrocinanti, che non hanno superato l'esame finale, continui ad esercitare attività legali e non sia cancellato dal registro dei praticanti, non può avere la conseguenza di qualificare le attività di praticante o di patrocinate, considerate isolatamente, come professione regolamentata ai sensi della direttiva 89/48.

54. — Risulta inoltre che la sig.ra Morgenbesser, non avendo ottenuto in Francia il "certificat d'aptitude à la profession d'avocat" (CAPA) (certificato d'idoneità alla professione di avvocato), non possiede i titoli professionali per accedere allo status di "stagiaire" (praticante) nell'ambito della professione di avvocato in questo Stato membro. In tale contesto, la "maîtrise en droit" di cui dispone non costituisce, di per sé sola, un "diploma, certificato o altro titolo" ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 89/48.

55. — Ne deriva che la sig.ra Morgenbesser non può avvalersi della direttiva 89/48.

56. — In considerazione di quanto precede, occorre esaminare se gli artt. 39 CE e 43 CE trovino applicazione nella fattispecie di cui alla causa principale. Solo nel caso in cui queste disposizioni non fossero applicabili sarebbe necessario esaminare le altre disposizioni del Trattato menzionate dal giudice del rinvio nella sua questione.

57. — Secondo la giurisprudenza, i cui principi sono stati enunciati nella citata sentenza *Vlassopoulou*, le autorità di uno Stato membro, quando esaminano la domanda di un cittadino di un altro Stato membro diretta a ottenere l'autorizzazione all'esercizio di una professione regolamentata, debbono prendere in considerazione la qualificazione professionale dell'interessato procedendo ad un raffronto tra, da un lato, la qualificazione attestata dai suoi diplomi, certificati e altri titoli nonché dalla sua esperienza professionale nel settore e, dall'altro, la qualificazione professionale richiesta dalla normativa nazionale per l'esercizio della professione corrispondente (v., da ultimo, sentenza 16 maggio 2002, causa C-232/99, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I-4235, punto 21).

58. — Tale obbligo si estende a tutti i diplomi, certificati ed altri titoli, nonché all'esperienza acquisita dall'interessato nel settore, indipendentemente dal fatto che siano

stati conseguiti in uno Stato membro o in un paese terzo, e non cessa di esistere in conseguenza dell'adozione di direttive relative al reciproco riconoscimento dei diplomi (v. sentenze 14 settembre 2000, causa C-238/98, Hocsman, Racc. pag. I-6623, punti 23 e 31, e Commissione/Spagna, cit., punto 22).

59. — Secondo il Consiglio dell'Ordine di Genova, l'attività di praticante costituisce un'attività di formazione, alla quale non si applicano le disposizioni degli artt. 39 CE e 43 CE.

60. — Tuttavia, il periodo di pratica di cui trattasi nella causa principale comporta l'esercizio di attività, normalmente retribuite o dal cliente o dallo studio dove il praticante lavora, al fine di accedere a una professione regolamentata alla quale si applica l'art. 43 CE. Nella misura in cui la retribuzione del praticante assume la forma di un salario, può trovare applicazione anche l'art. 39 CE.

61. — Sia l'art. 39 CE sia l'art. 43 CE possono quindi trovare applicazione a una situazione quale quella di cui alla causa principale. Tuttavia, l'analisi non differisce a seconda che venga fatta valere la libera circolazione dei lavoratori o la libertà di stabilimento per opporsi al rifiuto, da parte del Consiglio dell'Ordine di Genova che opera in qualità di autorità competente per l'iscrizione nel registro dei praticanti, di prendere in considerazione, ai fini dell'iscrizione, la laurea in giurisprudenza ottenuta in un altro Stato membro e l'esperienza professionale acquisita.

62. — Come la Corte ha già precisato, l'esercizio del diritto di stabilimento viene ostacolato se le norme nazionali fanno astrazione dalle conoscenze e dalle qualifiche già acquisite dall'interessato in un altro Stato membro, di modo che le autorità nazionali competenti devono valutare se tali conoscenze siano valide ai fini dell'accertamento del possesso delle conoscenze mancanti (v. citt. sentenze Vlassopoulou, punti 15 e 20, e Fernández de Bobadilla, punto 33).

(Omissis)

66. — La presa in considerazione del diploma dell'interessato, quale la "maîtrise en droit" rilasciata da un'università francese, deve quindi essere effettuata nell'ambito della valutazione dell'insieme della formazione, accademica e professionale, che quest'ultimo può far valere.

67. — Ne deriva che spetta all'autorità competente verificare, conformemente ai principi sanciti dalla Corte nelle citate sentenze Vlassopoulou e Fernández de Bobadilla, se, e in quale misura, si debba ritenere che le conoscenze attestate dal diploma rilasciato in un altro Stato membro e le qualifiche o l'esperienza professionale ottenute in quest'ultimo, nonché l'esperienza ottenuta nello Stato membro in cui il candidato chiede di essere iscritto, soddisfino, anche parzialmente, le condizioni richieste per accedere all'attività di cui trattasi.

68. — Questa procedura di valutazione deve consentire alle autorità dello Stato membro ospitante di assicurarsi obiettivamente che il diploma straniero attesti, da parte del suo titolare, il possesso di conoscenze e di qualifiche, se non identiche, quanto meno equivalenti a quelle attestate dal diploma nazionale. Tale valutazione dell'equivalenza del diploma straniero deve effettuarsi esclusivamente in considerazione del livello delle conoscenze e delle qualifiche che questo diploma, tenuto conto della natu-

ra e della durata degli studi e della formazione pratica di cui attesta il compimento, consente di presumere in possesso del titolare (v. sentenze 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens e a., Racc. pag. 4097, punto 13, e Vlassopoulou, cit., punto 17).

69. — Nel contesto di questo esame uno Stato membro può tuttavia prendere in considerazione differenze obiettive relative tanto al contesto giuridico della professione considerata nello Stato membro di provenienza quanto al suo campo di attività. Nel caso della professione di avvocato, lo Stato membro ha pertanto il diritto di procedere ad un esame comparativo dei diplomi tenendo conto delle differenze rilevate tra gli ordinamenti giudiziari nazionali interessati (sentenza Vlassopoulou, cit., punto 18).

70. — Se a seguito di questo esame comparativo dei diplomi si arriva alla constatazione che le conoscenze e le qualifiche attestate dal diploma straniero corrispondono a quelle richieste dalle disposizioni nazionali, lo Stato membro è tenuto ad ammettere che questo diploma soddisfa le condizioni fissate da dette disposizioni. Se, invece, a seguito di tale confronto emerge una corrispondenza solo parziale tra dette conoscenze e qualifiche, lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere che l'interessato dimostri di aver maturato le conoscenze e le qualifiche mancanti (sentenza Vlassopoulou, cit., punto 19).

71. — A questo proposito, spetta alle autorità nazionali competenti valutare se le conoscenze acquisite nello Stato membro ospitante nel contesto di un ciclo di studi ovvero anche di un'esperienza pratica siano valide ai fini dell'accertamento del possesso delle conoscenze mancanti (sentenza Vlassopoulou, cit., punto 20).

(Omissis)

Per questi motivi, LA CORTE (Quinta Sezione), pronunciandosi sulla questione sottoposta dalla Corte suprema di cassazione con ordinanza 19 aprile 2001, dichiara:

Il diritto comunitario si oppone al rifiuto da parte delle autorità di uno Stato membro di iscrivere, nel registro di coloro che effettuano il periodo di pratica necessario per essere ammessi alla professione di avvocato, il titolare di una laurea in giurisprudenza conseguita in un altro Stato membro per il solo motivo che non si tratta di una laurea in giurisprudenza conferita, confermata o riconosciuta come equivalente da un'università del primo Stato.

Il caso *Morgenbesser*, insieme al caso *ESE*, (Sentenza 13 novembre 2003, causa C-153/02, *Valentina Neri c. European School of Economics*), possono essere considerati come esempi della volontà della Corte di giustizia di eliminare anche gli ultimi ostacoli alla libertà di stabilimento, criticando l'automatico rifiuto italiano di procedere a valutazioni concrete della corrispondenza di diplomi e percorsi formativi.

In particolare, nel caso *Morgenbesser*, la questione si collocava in margine alla più ampia problematica della circolazione di una categoria particolare di lavoratori autonomi: i professionisti. Questi sono stati oggetto di copiosa giurisprudenza nonché della creazione di un sistema di riconoscimento dei diplomi finalizzato ad agevolare l'esercizio delle libertà

di circolazione, ove non fosse possibile procedere ad una armonizzazione dei percorsi formativi (Sul punto vedi Condinanzi M., Nascimbene B., *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in Tizzano A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, p.282 ss). Il caso *Morgenbesser* trova origine da un rinvio pregiudiziale effettuato da parte della Corte di Cassazione italiana che pone, per la prima volta, il problema della qualificazione dell'attività del praticante legale. Questa qualificazione risulta imprescindibile al fine di valutare la possibilità di applicare al medesimo la disciplina del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, in base agli stessi principi espressi dalla Corte di giustizia in relazione alla professione di avvocato.

La ricorrente nella causa principale richiedeva infatti l'iscrizione all'albo dei praticanti in Italia in base al titolo di studio ottenuto all'estero. Questa le veniva negata, subordinando l'iscrizione al riconoscimento accademico del titolo da parte dell'Università, riconoscimento che esula dal campo di applicazione del diritto comunitario (vedi, Pertek J., *Une dynamique de la reconnaissance des diplômes à des fins professionnelles et à des fins académiques: réalisations et nouvelles réflexions*, in Pertek J. (a cura di) *La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, Bruxelles 1998, p.119 ss.).

La Corte nega giustamente la possibilità di considerare la qualifica di praticante legale come una qualifica professionale, rientrando nel campo di applicazione della dir. 89/48 (in GUCE 24 gennaio 1989 n.19), in quanto si tratta di una attività finalizzata alla formazione e limitata nel tempo. Tuttavia la Corte ritiene che si tratti di una attività economica, e che pertanto si possa ricorrere all'applicazione degli artt. 43 ss. sulla libertà di stabilimento o degli artt. 39 ss. sulla libera circolazione dei lavoratori subordinati. Il ragionamento della Corte risulta apprezzabile nella sua volontà di "sanzionare" il comportamento italiano di automatico rifiuto di riconoscimento a prescindere da ogni valutazione concreta della situazione del richiedente. La Corte infatti non stabilisce l'equivalenza del titolo straniero, né obbliga a procedere all'iscrizione al registro dei praticanti nei confronti di tutti i richiedenti in possesso di una laurea in giurisprudenza straniera, bensì considera necessario procedere ad una valutazione non solo del titolo di studio ma delle eventuali ulteriori esperienze di studio e lavorative del richiedente, sulla base di quanto già affermato nel caso *Vlassopolou*. (sentenza della Corte del 7 maggio 1991, in causa C-340/89, in *Racc.*, p. I-2357). Non sembra invece condivisibile il presupposto di tale ragionamento, ossia la qualifica dell'attività di praticante come attività economica, fondata sul percepimento di una retribuzione che in realtà nella maggior parte dei casi non viene riconosciuta al soggetto praticante. (per un commento più ampio a questa pronuncia vedi Bergamini E., *La posizione del praticante legale nel diritto comunitario fra riconoscimento accademico e riconoscimento professionale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004).

La critica all'automatismo nel rifiuto di consentire l'esercizio di una libertà prevista dal Trattato è stata ribadita lo stesso giorno nella pronuncia *ESE*, nella quale, lungi dall'obbligare il nostro ordinamento a riconoscere percorsi di studio alternativi rispetto a quelli universitari italiani, si è affermata l'illegittimità del rifiuto di riconoscimento di una laurea straniera conseguita in Italia, ove questo rifiuto operi in maniera automatica senza un preventivo controllo della qualità dell'insegnamento impartito.