



Università degli Studi di Palermo

Annali della Facoltà di Economia

AREA **GIURIDICA**

2008
ANNO LXII

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Gli articoli riflettono esclusivamente le opinioni dei rispettivi Autori

PRESIDE DELLA FACOLTÀ
Prof. CARLO DOMINICI

DIRETTORE SCIENTIFICO
Prof. VINCENZO LO IACONO

DIRETTORE RESPONSABILE
Prof. GIUSEPPE INGRASSIA

COMITATO SCIENTIFICO
Proff. S. BAVETTA - C. CAMMALLERI - S. PIRAINO

ANNALI DELLA FACOLTÀ DI ECONOMIA - UNIVERSITÀ DI PALERMO

RIVISTA SCIENTIFICA

Aderente al Centro Italiano ISSN e all'Agenzia ISBN

ISSN 1827-8388

Iscrizione al Tribunale di Palermo
27 luglio 2005

EDITORE

Facoltà di Economia - Biblioteca Centrale

DIREZIONE E REDAZIONE

Facoltà di Economia
Viale delle Scienze, Ed. 13
90128 Palermo
E-mail: ingra@unipa.it

INDICE

CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Contributo al dibattito sul futuro del modello sociale</i>	9
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Le proposte di modifica dell'impugnazione del licenziamento: un passo avanti e due indietro</i>	24
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>La contestazione della pretesa contributiva</i>	47
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>La tutela del credito nel diritto del lavoro</i>	87
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Il mercato del lavoro e la formazione professionale in Sicilia</i>	113
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Social pollution: from flexibility to exploited work.....</i>	141
GABRIELLA CANGELOSI <i>Il difensore civico tra norma e realtà.....</i>	197
GABRIELLA CANGELOSI <i>La riforma del trasporto pubblico locale in Sicilia dalle “concessioni di autolinee” ai contratti di “affidamento provvisorio di servizio”</i>	237
GABRIELLA CANGELOSI <i>Norma ed azione nell'internazionalizzazione del territorio</i>	247
GABRIELLA CANGELOSI <i>Prospettive della disciplina del verde urbano.....</i>	269
GIOVANNA D'AMICO <i>Il fenomeno migratorio nell'era della globalizzazione</i>	301
DIEGO ZIINO <i>La interpretazione e le interpretazioni</i>	313

LA CONTESTAZIONE DELLA PRETESA CONTRIBUTIVA¹

Riassunto - Questo saggio analizza la disciplina di cui al d. lgs. n. 46 del 1999 in ordine alla contestazione giudiziale e stragiudiziale dell'atto di accertamento e di imposizione contributiva.

Abstract - This paper analyses the discipline, in d. lgs. No 46, 1999, in order the social insurance tax oppositions.

PREMESSA

Lo studio della fase dinamica della contestazione della pretesa contributiva degli enti previdenziali, deve essere preceduto, di necessità, da alcune premesse in ordine al modo in cui, nel prosieguo di questo lavoro, saranno considerate la struttura del rapporto giuridico previdenziale e la natura giuridica dei contributi previdenziali; cioè deve essere spesa qualche parola sull'obbligazione contributiva e sul rapporto giuridico che la ospita.

La dottrina classica², specialmente precostituzionale³ e quella degli albori⁴, costruiva il rapporto giuridico previdenziale come un unico rapporto trilatero, un rapporto che ricalcava essenzialmente il rapporto di assicurazione: assicuratore l'ente di previdenza, assicurato il lavoratore, assicurante il datore di lavoro. Cosicché tutte le relazioni tra i tre soggetti coinvolti costituivano espressione di un unico complesso

* Professore associato di diritto del lavoro nella facoltà di Economia dell'Università di Palermo.

1 Testo della relazione, rivista con l'aggiunta delle note della bibliografia, svolta dall'autore alla Giornata di studio organizzata dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Agrigento su "La contestazione giurisdizionale della pretesa contributiva previdenziale e assistenziale", del 24 novembre 2007, il 1° marzo 2008.

2 Levi Sandri 1952.

3 Gueli 1937.

4 Barassi 1932.

rapporto contrattuale. Un unico rapporto in cui ciascuna obbligazione dipende dall'altra: l'esistenza del diritto alla prestazione (indennizzo) deriva dal versamento dei contributi (premi), la misura della prestazione deriva dalla quantità dei contributi effettivamente versati. Cosicché l'interruzione, ad esempio, del versamento dei contributi determinava la sospensione dell'erogazione della prestazione.⁵

Sebbene, com'è noto, non sia più questo il meccanismo che governa il rapporto giuridico previdenziale, la terminologia ancora oggi largamente in uso, compreso il riferimento alle assicurazioni sociali, è debitrice di tale costrutto; e lo è anche quella legale: i contributi dovuti all'INAIL si chiamano ancora "premi", la misura degli stessi si chiama "tariffa", la quale a sua volta viene costruita con valutazione del rischio anche specifico, quindi logica matematico-attuariale.

Ciò talvolta è ragione di equivoci; e gli equivoci hanno riflessi sostanziali (ad esempio sugli atti interruttivi della prescrizione) e riflessi processuali (ad esempio sulla capacità testimoniale e sul litisconsorzio).

1. I rapporti giuridici coinvolti

L'opinione più accreditata⁶ e comunque a quella a cui fa riferimento la giurisprudenza⁷ considera il rapporto giuridico costituito da una pluralità autonoma di rapporti.

Il rapporto giuridico previdenziale in senso stretto: che lega il beneficiario della prestazione con il debitore delle prestazioni, generalmente l'ente di previdenza, ma potrebbe essere lo stesso datore di lavoro.⁸ Questo è un rapporto che interessa la materia della contestazione della pretesa solo indirettamente.

Il rapporto giuridico contributivo: che lega l'ente di previdenza (qualunque esso sia, anche se per comodità di qui in avanti supporremo che sia l'INPS) e l'obbligato contributivo; questo soggetto a sua volta può essere obbligato per un suo debito, cioè essere il soggetto passivo

⁵ Art. 1901 cod. civ. la cui applicazione, con riferimento alla tutela contro l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti (IVS), è stata esclusa solo con l'art. 40 della l. n. 153 del 1969. v. Terzago 1971

⁶ Persiani 1960 e 1984

⁷ *Ex multis* Cass. n. 5593 del 1991

⁸ Cass. 2191 del 1985, in generale Persiani 2000; cfr. art. 2110 cod. civ., da ultimo art. 20 l. n. 133 del 2008.

del rapporto, o essere un *adiectus solutionis causa* con un meccanismo sovrapponibile a quello del sostituto di imposta, ovvero assumere entrambe le posizioni contemporaneamente. Quest'ultima ipotesi ricorre nell'assicurazione generale obbligatoria ed è quella che da qui in avanti assumerà valore paradigmatico di relazione obbligatoria presupposta.

I rapporti giuridici presupposti: si tratta dei rapporti la cui esistenza è necessaria per far sorgere sia il rapporto giuridico previdenziale in senso stretto, sia il rapporto giuridico contributivo. Si tratta in primo luogo del rapporto di lavoro subordinato⁹ (che è quello che qui in avanti per lo più considereremo come fattispecie base), del rapporto di collaborazione para-subordinata¹⁰ (in tutte le sue declinazioni: Co.Co.Co., L.A.P., agenzia e rappresentanza commerciale,¹¹ associazioni in partecipazione), dei rapporti associativi (società di persone, collaborazione nell'impresa familiare), sia dell'esercizio dell'impresa,¹² sia del lavoro autonomo,¹³ intellettuale¹⁴ e non¹⁵, sia del rapporto di committenza (ovviamente il pensiero corre al contributo integrativo del 2%)¹⁶.

Con riferimento alle vicende relative all'obbligazione contributiva vengono in considerazione in via immediata il rapporto contributivo e mediamente i rapporti presupposto. Il rapporto previdenziale ha un'autonomia funzionale che riposa sulla "regola dell'automaticità delle prestazioni".

Tutti i rapporti giuridici presentano evidenti segni di collegamento, sia di fatto sia di diritto, ma mantengono la loro autonomia giuridica e funzionale.

Dall'autonomia giuridica discende, ad esempio, l'esclusione del lavoratore dal novero delle parti necessarie nelle controversie di cui ci occupiamo.¹⁷

9 R.d.l. 371 del 1933, r.d.l. n. 1827 del 1935, r.d.l. 636 1939

10 Art. 2 commi 26-32 della l. n. 335 del 1995

11 Legge n. 12 del 1973, oggi fondo integrativo.

12 Legge n. 613 del 1966, legge n. 233 del 1990; per gli artigiani legge n. 463 del 1959

13 Legge n. 1047 del 1957

14 d. lgs n. 103 del 2006 per i non iscritti a casse professionali. Per i professionisti, es.: l. n. 6 del 1952 e s.m.i. (avvocati), l. n. 100 del 1963 e s.m.i. (commercialisti), l. n. 179 del 1958 e s.m.i. (ingegneri e architetti), r. d. 2239 del 1919 (notai) .

15 L. n. 250 del 1958, per i pescatori autonomi.

16 Art. 11 l. 576 del 1980

17 Può essere parte eventuale e con gli effetti esaminati *infra* nel paragrafo «*La posizione del lavoratore ...*»

2. L'oggetto della pretesa

L'oggetto del rapporto contributivo è costituito dall'obbligazione contributiva.

L'individuazione della natura giuridica di tale obbligazione è un *topos* della letteratura sui sistemi previdenziali ed è concetto che condiziona enormemente la nascita, l'estinzione, il regime e le vicende dell'obbligazione contributiva. La questione è e rimane controversa.¹⁸

L'impostazione della giurisprudenza è abbastanza perplessa,¹⁹ ispirata dal pragmatismo del decidere, non è mai dogmaticamente corretta,²⁰ né accettabile sotto il profilo della coerenza;²¹ contiene, comunque, alcuni punti fermi che consentono di circoscrivere l'analisi a livello empirico.

Da un lato è esclusa la natura privatistica:²² corrispettivo, premio, retribuzione previdenziale, etc, etc.; e ciò rende, oltre che radicalmente indisponibile l'obbligazione, irrilevanti gli atti di disposizione individuale del rapporto presupposto: le transazioni sulla natura e il contenuto del rapporto, perfino le conciliazioni,²³ e salvo l'effetto temporalmente pregiudiziale, anche quelle in sede di certificazione dei contratti.²⁴

Per converso, da un altro lato, non è assolutamente pacifica la natura giuridica tributaria dei contributi previdenziali e assistenziali, secondo l'endiadi in uso, e che è gravida di implicazioni dogmatiche.²⁵ Il trattamento che gli si riserva, se non di diritto, certo operativamente, è proprio quello dei tributi, quantomeno nel senso ampio di entrate patrimoniali di diritto pubblico.²⁶

18 Cannella 1970.

19 Cass. n. 226 del 1959, Cass. n. 5183 del 1987; C. Cost. n. 167 del 1986 e n. 193 del 1991 n. 111 del 1997.

20 Cass. 226/59 *cit.* che fa riferimento alla sinallagmaticità delle prestazioni, pur se *ex lege*.

21 C. Cost. 167/1986 *cit.*, afferma la mancanza di una specifica connotazione tributaria delle discipline, C. Cost. n. 193 del 1991 *cit.* che propende per la natura *sui generis*, e C. Cost. n. 111 del 1997 *cit.* che afferma la natura tributaria.

22 Cass. n. 3711 del 1979.

23 Art. 11 del d. lgs n. 124 del 2004 che sembrerebbe consentire una limitata disposizione del rapporto contributivo e previdenziale.

24 Art. 79 d. lgs. 276 del 2003, che sospende, la potestà accertativa e impositiva fino alla definizione della controversia sulla certificazione.

25 Pessi 2005 p. 133, ad esempio, (con riferimento a Cass. 226/59, C. Cost. 167/86 cui *adde* la sclerotizzata Cass. 5183/1987, sulla distinzione tra assistenza e previdenza, C. Cost. 192/199) opina trattarsi di un tipo autonomo, con fondamento nell'art. 38 Cost., piuttosto che nell'art. 53 Cost.

26 Da ultimo, C. Cost. n. 111 del 2007, benché assai sbrigativamente.

L'opinione più accreditata è quella di autorevole dottrina²⁷ secondo la quale i contributi sono imposte, *sub specie juris* di imposte speciali.²⁸ Imposte, cioè, che colpiscono solo categorie o gruppi e i cui proventi hanno una destinazione particolare. Destinazione a cui gli obbligati hanno sì interesse, ma senza la commisurazione dell'obbligazione tributaria al vantaggio del contribuente.

Questo costrutto permette di apprezzare *quella particolare coincidenza tra interesse pubblico ed interesse dei soggetti protetti che fa della tutela previdenziale una funzione sociale dello Stato e un'espressione della solidarietà di tutta la collettività in esso organizzata*.²⁹ Interesse in virtù del quale si giustifica la possibilità che l'accertamento dell'obbligazione proceda con un atto costitutivo unilaterale, proveniente dall'amministrazione, ma suscettibile di diventare definitivo.

3. **Attributi dell'obbligazione contributiva**

La natura pubblicistica dell'obbligazione, quale essa sia, tributaria o autonoma, marca l'obbligazione degli attributi di: inderogabile, personale, solidale, indivisibile, privilegiata.

Inderogabile perché è un'obbligazione *ex lege*, il rapporto presupposto non ne è infatti la fonte del diritto ma il suo presupposto di fatto. Da questo punto di vista non l'obbligatorietà ne è requisito necessario: infatti, i contributi possono essere anche volontari o volontario essere tutto il sistema come nella previdenza complementare, senza che ne venga meno l'inderogabilità.³⁰

La *personalità* dell'obbligazione indica la sua intrasmissibilità per atto di autonomia negoziale, cosicché sono nulli di pieno diritto gli accordi che onerano il lavoratore (accade ad es. nel lavoro domestico o con extracomunitari, etc.) del versamento dei contributi, ancorché ai lavoratori gli sia corrisposto il relativo importo.³¹ Ma deriva anche la non trasmissibilità del debito contributivo in caso di circolazione dell'azienda; quantomeno in termini generali. Tale obbligo è stato attenuato con

27 Persiani 2000..

28 Jannaccone 1905

29 Persiani 2000 p. 79.

30 Cass. n. 127 del 1987.

31 Trib. Palermo 27 giugno 2000 n. 1741.

la possibilità di compensazione, nel modello F24 e con la cedibilità dei crediti verso la p.a. per l'estinzione del debito previdenziale.³² La personalità, ovviamente, non esclude la *solidarietà* ex art. 1294 c.c.

L'*indivisibilità* implica, l'impossibilità di frazionare il periodo contributivo, oppure di distinguere secondo i rapporti presupposti; l'*indivisibilità* implica l'applicabilità dell'art. 1318 c.c. in caso di successione *mortis causa*, così come fonda l'*incompensabilità* al di fuori delle fattispecie di conguaglio espressamente previste dalla legge.³³

Quanto al *privilegio* che assiste tutti i contributi, l'interpretazione prevalente degli artt. 2753, 2778 e 2776 c.c. (non incide la modifica del d. lgs n. 46 del 1999) esclude rilevanza alla fonte dei contributi in ragione della gestione o del regime.

3. Attuazione del rapporto contributivo

L'attuazione del rapporto contributivo può dare luogo a una miriade di contestazioni che possono essere incanalate in due macro-aree di esame: una attinente all'accertamento dell'obbligazione; un'altra attinente alla realizzazione della pretesa.

Nella prima area si colloca la vigilanza, nella seconda la riscossione.

La vigilanza è volta ad assicurare l'effettività del credito contributivo. L'intervento riformatore di cui al d. lgs. n. 124 del 2004,³⁴ conferma i poteri di accesso, ispezione, sequestro, diffida.³⁵

Con speciale riferimento ai primi due, il cui esercizio è normalmente congiunto, essi consistono nell'esame ed estrazione di documentazione e nel delicato procedimento di acquisizione delle informazioni e delle audizioni dei lavoratori, riassunte in un sommario processo verbale. Questi strumenti sono il fulcro dell'attività di accertamento e di essi si tratterà più avanti.

L'esercizio concreto di tali poteri culmina in un atto tipico e formale, il *verbale di accertamento*; il quale può contenere l'attestazione della regolarità, ovvero la contestazione delle infrazioni.³⁶

32 Leggi n. 11 del 1986, n. 44 del 1998, n. 411 del 1989, n. 412 del 1961, n. 426 del 1991

33 Cass. 592 del 1987.

34 In particolare gli artt. 6 comma 3 e 13, d.m. 16 giugno 2001, d.p.r. n. 520 del 1955.

35 Gasp-Guad 2005, Margiotta 2005.

36 artt. 14 e 35, commi 2 e della l. n. 689 del 1981, art. 5 n. 628 del 1961 e art. 3 l. n. 638 del 1983, d. lgs. n. 758 del 1994, d. lgs. n. 124 del 2004.

Requisito essenziale del verbale di accertamento è la sua notificazione (*rectius*: comunicazione) al debitore previdenziale.

Quale che sia in concreto l'esercizio della vigilanza, e cioè sia esso l'accertamento di un'infrazione, sia esso derivante dalla mero omesso versamento o dal mero errore di calcolo, il credito contributivo ha - da sempre - un trattamento privilegiato in ordine alla formazione del titolo esecutivo che prelude alla sua realizzazione coattiva.

3.1 *Titoli esecutivi speciali previgenti*

La legge attribuisce efficacia esecutiva stragiudiziale:

1. alle attestazioni di credito dei dirigenti delle sedi territoriali degli enti previdenziali;³⁷
2. alle denunce, alle dichiarazioni, al riconoscimento del debito provenienti dai soggetti passivi;³⁸
3. alle ordinanze ingiunzioni per la riscossione dei contributi non versati e per le sanzioni civili.³⁹

Sul fronte più formalmente giudiziale la legge ha consentito agli enti di previdenza di avvalersi sia dello strumento dell'ingiunzione fiscale sia del procedimento monitorio.

Nel primo, come è noto, non vi è controllo sostanziale e il titolo rimane di natura amministrativa. Nel secondo la combinazione della esecutorietà dell'ingiunzione di cui alle leggi n. 11 del 1986 e n. 389 del 1989, cioè dell'esecutività che deriva direttamente dalla legge invece che dal provvedimento del giudice, con l'efficacia di prova monitoria legale delle attestazioni dei funzionari degli enti di previdenza (art. 635 comma 2 c.p.c.), elimina – in buona sostanza – anche in questo caso, ogni filtro della giurisdizione in ordine ai presupposti per la formazione del titolo esecutivo, riducendosi i poteri del giudice alla possibilità di sospendere l'esecuzione per gravi motivi, ma solo in caso di opposizione.

³⁷ Richiamate dal d. l. n. 338 del 1989, la cui abrogazione dal parte dell'art. 37 del d. lgs. n. 46 del 1999 rimane controversa.

³⁸ v. *supra* n. 36

³⁹ Abrogata dall'art. 116 comma 12 della l. n. 388 del 2000.

3.2 *Riscossione mediante ruolo dei contributi*

Su questo tessuto si innestano le disposizioni del d. lgs n. 46 del 1999 che, come palesa il titolo, *riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo*, regola, in via generale, le entrate pubblicistiche dello Stato, includendovi, per la prima volta, anche quelle contributive.

La più parte di questo testo legislativo modifica il d.p.r. n. 602 del 1973, (che concerne la riscossione delle imposte sul reddito e costituisce il testo base della riscossione dei tributi.)

Per quanto invece concerne la materia contributiva, gli articoli da 24 a 27, estendono - e per molti profili può dirsi che altresì disciplinano autonomamente - il sistema di riscossione mediante ruoli ai crediti degli enti previdenziali.

Rileva, pure, per le interferenze che determina, la disciplina transitoria dell'art. 36 comma 6 (modificato da ultimo dalla legge n. 350 del 2003), del comma 2 bis (introdotto dall'art. 2 del d. lgs n. 326 del 1999), del comma 10 (che fa salva la cartolarizzazione e che è connesso per certi profili anche con il comma 3 *bis* e il comma 3 *ter* dell'art. 17, relativi ai crediti di società per azioni a capitale prevalentemente pubblico).

Infine, si deve ricordare l'art. 37 che abroga:

- l'art. 35 comma quinto secondo periodo della legge 689 del 1981 (ricorso all'esecuzione forzata civile);
- l'art. 2 del d.l. 338 del 1989 (con salvezza dei commi 11, 12, 15-19) che regolava i procedimenti di riscossione prima menzionati e le relative opposizioni.

L'utilizzazione del ruolo per la riscossione dei contributi ha alcune implicazioni che sono esterne all'accertamento del merito della pretesa contributiva, ma che sono nondimeno rilevanti. Si tratta della previsione di un termine di decadenza per l'iscrizione a ruolo (la cui operatività è stata più volte rinviata) e della delega della fase dell'espropriazione forzata ai concessionari nelle note forme della c.d. esecuzione esattoriale.

3.3 *Termine per l'iscrizione nel ruolo*

Relativamente a essa, il sistema prevede che il procedimento di riscossione mediante ruoli, quantomeno la sua fase costitutiva, si esaur-

risca, cioè il ruolo venga reso esecutivo, entro il 31 dicembre dell'anno successivo dall'evento che, in senso lato, determina la definitività dell'accertamento del debito contributivo.

In particolare l'art. 25 comma 1 (nel testo corretto dall'art. 2 del d.lgs. n. 193 del 2001⁴⁰), stabilisce che i *contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali sono iscritti in ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza:*

- (a) *per i contributi o premi non versati dal debitore, entro il 31 dicembre dell'anno successivo al termine fissato per il versamento; in caso di denuncia o comunicazione tardiva o di riconoscimento del debito, tale termine decorre dalla data di conoscenza, da parte dell'ente;*
- (b) *per i contributi o premi dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento ovvero, per quelli sottoposti a gravame giudiziario, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui **il provvedimento è divenuto definitivo.***

Il testo originario dell'art. 36 comma 6 - recante le disposizioni transitorie - diceva: *Le disposizioni contenute nell'art. 25 si applicano ai contributi e premi non versati ed agli accertamenti notificati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.* Cioè successivamente al 1° luglio 1999.

Quest'ultimo termine è stato a più riprese posticipato:

- × dall'art. 78 comma 24 della legge n. 388 del 2000, al "1° gennaio 2001";
- × dall'art. 38 comma 8 della legge 289 del 2002 al "1° gennaio 2003";
- × dall'art. 4 comma 25 della legge n. 350 del 2003 al "1° gennaio 2004".

Gli accertamenti e atti assimilati notificati successivamente al 1° gennaio 2001 dovevano essere iscritti a ruolo entro il 31 dicembre dell'anno 2002.

Questa decadenza sembrerebbe essere stata assorbita dalla proroga prodotta della legge n. 289 del 2002.⁴¹

⁴⁰ Il testo precedente per un evidente refuso recitava «I contributi o premi dovuti dagli enti pubblici previdenziali ...».

⁴¹ I pochi precedenti di merito noti sono in tale senso: Trib. Torino 23 marzo 2005, Trib.

Nella giurisprudenza della Cassazione, sempre sul tema della decadenza, si rinvencono pochi precedenti, ma che concernono propriamente fattispecie relative a procedimenti anteriori alla prima di tali date e quindi correttamente sono state risolte nel senso dell'inapplicabilità del termine, sulla base della regola *tempus regit actum*.⁴²

V'è da chiedersi se il sistema di riscossione mediante ruoli sia o non l'unico strumento ammesso? Oppure concorra con gli altri speciali e con quelli ordinari.

L'interrogativo, con riferimento alla decadenza dal potere di richiedere l'iscrizione a ruolo, pone un problema teorico e un problema di immediato rilievo applicativo.

Infatti, se si tratta dell'unico sistema possibile, la decadenza dall'iscrizione a ruolo determina l'estinzione dell'obbligazione; se invece si tratta di una sistema concorrente la decadenza dall'iscrizione a ruolo lascia aperta la possibilità del ricorso alle altre forme di soddisfazione.

Le abrogazioni portate dall'art. 37 del d.lgs n. 46 del 1999, sembrerebbero inclinare per l'unicità del sistema.

Infatti, da un lato l'art. 35 comma 9 della legge n. 689 del 1981 rinviava al procedimento monitorio per contributi e accessori; da un altro lato, l'art. 116 comma 12 della legge n. 388 del 2000 esclude *tout court* il ricorso all'ordinanza-ingiunzione; infine, l'art. 2 del d.l. n. 338 del 1989, che attribuiva efficacia di titolo esecutivo agli atti stragiudiziali sopra-visti, prevedeva il ricorso sia all'ordinanza-ingiunzione sia all'ingiunzione fiscale sia al decreto ingiuntivo, e ancora prevedeva una norma di raccordo tra i titoli esecutivi di formazione giudiziale e la riscossione coattiva mediante esecuzione esattoriale; titoli esecutivi che sono stati anch'essi abrogati come quelli che prevedevano l'ordinanza ordinanza per le sanzioni.

La situazione è complicata dal comma 8 dell'art. 24, che fa salve le previsioni del d. lgs. n. 462 del 1997, che a sua volta, all'art. 1, rinvia

Agrigento 10 giugno 2004 n. 1355, App. Roma 25/06/2002 n. 1703.

42 Cass. n. 24781 del 2006 e n. 781 del 2006, quest'ultima con richiami impropri alla Corte Costituzionale, hanno affermato che «Alla stregua di un'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina transitoria recata dall'art. 36, comma 6, del d. lgs. n. 46 del 1999 che ha introdotto, in tema di riscossione dei contributi mediante ruolo, un termine di decadenza dall'iscrizione al ruolo, deve ritenersi non ammissibile la retroattività di tale termine, non imponendo, il sistema precedente, alcun onere di tempestività dell'iscrizione a ruolo per la riscossione dei crediti previdenziali, né potendo pretendersi, dall'Istituto di previdenza, un determinato comportamento prima ancora che venisse contemplato dall'ordinamento (v. C. Cost. n. 191 del 2005, n. 446 del 2002, n. 416 del 1999)».

tout court all'art. 2 del d.l. n. 338 del 1989.

Pertanto sembra potersi affermare che il rinvio si deve ritenere operato alla parte non abrogata dal successivo art. 37 e che concerne la rateizzazione e pochi altri istituti.

Né d'altro canto sembra che si possa ritenere ammissibile il ricorso all'azione ordinaria di condanna che per sua natura è finalizzata ad ottenere un titolo esecutivo.

Considerando in successione logica le disposizioni dell'art. 24 del d. lgs. n. 46 del 1999 si può affermare agevolmente che quelle esaminate sono tutte disposizioni che escludono la possibilità di sovrapposizione tra l'azione ordinaria e la formazione autoritativa, mediante ruolo, del titolo esecutivo.

Infatti, il comma 1 stabilisce che il credito previdenziale e i suoi accessori "sono" (e non già solo possono essere, come era nelle norme abrogate) iscritti a ruolo.

Il comma 2 faculta l'ente a non usare il ruolo solo in caso di composizione bonaria.

Il comma 3 sancisce un divieto di formazione del titolo esecutivo in pendenza di contestazione giudiziale.

Il comma 4 sospende l'esecutorietà del titolo specifico in presenza di gravami amministrativi.

A queste disposizioni l'art. 25 comma 2 aggiunge la posposizione della decadenza di cui al comma 1 alla definitività del provvedimento di accertamento sottoposto a gravame giudiziario.

In definitiva la decadenza dall'iscrizione a ruolo non ha solo valore procedimentale, ma anche sostanziale.

4. L'oggetto della contestazione

Per quanto riguarda l'individuazione degli atti impugnabili diversi dal ruolo, l'art. 24 ai commi 3 e 4 non pone particolari problemi né limitazioni.

Il riferimento è genericamente all'*accertamento effettuato dall'ufficio*, cioè al risultato dell'attività di vigilanza e all'iscrizione a ruolo. Può trattarsi indifferentemente di un accertamento documentale con o senza

ispezione o di una più complessa ispezione presso l'obbligato passivo.

Ciò che rileva, per usare le parole del comma 6 dell'art. 24, è una «*pretesa contributiva*», che sia - ovviamente - consacrata in un atto formale notificato al debitore.

L'iscrizione a ruolo, invece, è impugnabile a norma del comma 5 dell'art. 24 mediante opposizione regolata dagli artt. 442 ss. c.p.c. e riguarda il merito della pretesa.

L'impugnazione che prenderà la forma pratica, ma formale, dell'impugnazione della cartella, cioè della contestazione del credito portato dalla porzione di ruolo relativa a un singolo obbligato.

4.1 *Impugnazione del ruolo*

La previsione di un unico mezzo e specifico, potrebbe indurre ad escludere che il ruolo possa essere impugnato in via amministrativa.

In contrario avviso merita considerazione la previsione del comma 2 dell'art. 25, che prevede la possibilità, per l'ente impositore, di sospendere la riscossione per gravi motivi, in pendenza di gravame amministrativo.

Sebbene la disposizione sembri riferibile più al comma 4 dell'art.24, che di fatto impone l'iscrizione a ruolo in pendenza di gravame amministrativo avverso l'accertamento non deciso, nulla esclude che eventuali gravami stragiudiziali della cartella, che comunque non sarebbero idonei a sospendere i termini di impugnazione giudiziale, dato che tale effetto eccezionale non è previsto da nessuna disposizione, possano ritenersi ammissibili se proposti nel termine generale di trenta giorni *ex* art. 1 d.p.r. .1199 del 1973 o, quantomeno, nello stesso termine di quello giurisdizionale.

Le intersezioni che vi possono essere tra gravami amministrativi e giurisdizionali impongono a questo punto di occuparsi dei gravami amministrativi contemplati dal comma 4 dell'art. 24 del d. lgs. n. 46 del 1999.

Questa norma non prevede né termini, né organi, né distingue l'oggetto dell'accertamento impugnato in via amministrativa. Cosicché sembra agevole ricavarne che essa lascia immutate le discipline particolari e quella generale e che operi riferimento al gravame amministrativo.

strativo solo per unificarne l'effetto inibitore dell'iscrizione a ruolo *fino alla decisione del competente organo amministrativo e comunque entro i termini di decadenza previsti dall'art. 25.*

Il testo non brilla per chiarezza, con riferimento all'ipotesi - normale nella realtà - in cui il ricorso non sia stato deciso nei termini.

La questione è se il termine finale dell'art. 25 sia relativo alla possibilità di iscrizione a ruolo in pendenza di un ricorso amministrativo non deciso, oppure se esso implichi una sorta di silenzio accoglimento del gravame, in deroga alle regola generale che invece prevede il silenzio-rigetto decorsi novanta giorni dalla proposizione del ricorso, ex art. 6 d.p.r. 1199 del 1971.

Può tentarsene una riconduzione a coerenza sistematica solo supponendo che la norma si riferisca tanto al rigetto espresso, quanto al silenzio rigetto. Cosicché, dovendo il gravame amministrativo essere proposto nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'accertamento e formandosi il silenzio rigetto, di regola, nel termine di novanta giorni dal ricorso, la norma può essere interpretata nel senso che il gravame amministrativo non è motivo né di sospensione né di postergazione del termine di decadenza; gravame o no la decadenza si verifica.

Consegue che la norma vuole evitare che, fermo restando l'effetto inibitore, fino almeno al silenzio-rigetto, la decisione - ovviamente di rigetto - del gravame amministrativo adottata, in forma espressa dopo la formazione del silenzio rigetto (attività che non solo è possibile ma è anche dovuta) e che sia resa dopo che sia trascorso il termine dell'art. 25, possa valere a "sanarne" la decadenza ivi prevista.

Per quanto riguarda i rapporti tra gravame amministrativo e gravame giurisdizionale, può escludersi qualsiasi rapporto di pregiudizialità dell'uno rispetto all'altro, poiché il comma 3 prevede l'autonoma impugnabilità giurisdizionale dell'accertamento. Né sembrano essersi rapporti di alternatività tra i due rimedi per lo loro totale diversità, anche se la loro contestuale proposizione non sembra possa portare alcun vantaggio. E' stato sostenuto che la proposizione del gravame giudiziario importi la tacita rinuncia a ottenere una decisione in via amministrativa.⁴³

Il termine per impugnare l'accertamento in sede giudiziale non è indicato in modo espresso dalla disposizione; né si ritiene possa avere

43 Gasp-Guad 2005.

alcun valore la formula talvolta adottata nel verbale stesso che lo indica in trenta giorni. Il termine ricavabile è quello che coincide con l'interesse all'impugnazione; cioè fino alla notificazione della cartella di pagamento recante l'iscrizione a ruolo della pretesa contributiva.

Questo termine mobile, come abbiamo visto, è bilanciato dalla sospensione e postergazione del termine di decadenza per l'iscrizione a ruolo, dalla sospensione della prescrizione durante il processo, dall'effetto interruttivo della notificazione dell'accertamento.

Né vi è ragione teorica o pratica per cercare un termine diverso, poiché l'oggetto della contestazione del verbale e dell'iscrizione a ruolo è sempre il medesimo.

Inoltre, la mancanza di un termine fisso per l'impugnazione dell'accertamento non è pregiudizievole per l'ente, anzi gli è vantaggiosa. Infatti, il termine di decadenza per l'iscrizione a ruolo sarà posticipato al 31.12 di almeno un anno successivo a quello originario. Si pensi all'impugnazione giudiziale dell'accertamento che sia proposta - sebbene assai incautamente - il 31 dicembre stesso dell'anno successivo alla sua notificazione!

Quando la cartella sia stata notificata il verbale di accertamento in senso formale non sarà più utilmente impugnabile e le doglianze che si oppongono alla pretesa contributiva dovranno essere rivolte alla cartella nel termine suo proprio.

Rectius: l'accertamento è impugnabile assieme alla cartella, anche se come vedremo tra poco ciò non è strategicamente opportuno.

Diversamente dal comma 3, il comma 5 prevede che l'iscrizione a ruolo sia impugnabile - esclusivamente - in sede giudiziale, nel termine di quaranta giorni dalla notificazione della cartella che la veicola.

In ordine alla perentorietà del termine di cui all'art. 24 comma 5 si delineano già itinerari precisi nel senso della perentorietà.

Si segnalano Cass. n. 14692 del 2007 e C. Cost. n. 111 del 2007; benché in quest'ultima possa apparire un'affermazione *obiter*, invece, l'affermazione sembra dotata di pregnanza giuridica. Infatti, nella sua essenzialità, per altro nello stile del redattore, la Consulta afferma anche l'adeguatezza del termine di impugnazione in relazione all'effetto preclusivo e di consolidamento della pretesa contributiva derivante della mancata opposizione.

Nel senso della non perentorietà, invece, Corte d'appello di Bolo-

gna con due sentenze del 2004.⁴⁴

La prima soluzione appare più razionale e coerente con l'impianto del sistema: esso realizza una relazione di equilibrio, che suppone una reciproca decadenza, e che non appare opportuno alterare per via ermeneutica.

4.2 *Nullità dell'iscrizione a ruolo e decadenza della pretesa*

La questione giustifica l'indugiare sui termini o meglio sui rapporti tra le due decadenze: quella dell'iscrizione a ruolo e quella dell'opposizione.

Il dilemma è se la cartella relativa a una iscrizione a ruolo per la quale sia maturata la decadenza dell'art. 25 debba essere impugnata nel termine di quaranta giorni dalla sua notificazione, oppure se l'impugnazione consista in una azione di nullità per difetto assoluto di potere impositivo, dunque svincolata dai termini.

La questione è suggerita dal tenore letterale del comma 6 dell'art.24 che riferisce l'opposizione a *motivi inerenti il merito della pretesa contributiva*. A parte il fatto che il verbo *inerire* regge il dativo e non l'accusativo, la questione che merita attenzione è che il *merito della pretesa contributiva* consiste nel presupposto in senso ampio di essa, cioè il merito deriva dall'esistenza o dalla costituzione o dalla natura o dal contenuto o dall'estensione o dall'estinzione del rapporto giuridico presupposto.

La decadenza dalla possibilità di costituire il titolo esecutivo per contributi o premi prevista dall'art. 25 comma 1 è fattispecie esterna al merito della pretesa, è fattispecie che inibisce la fase satisfattiva del credito.

L'ente non può ricorrere ad altri strumenti per la riscossione della pretesa contributiva - anche assertivamente fondata - che l'iscrizione a ruolo nel termine decadenziale. Sicché in coerenza con la conclusione che la decadenza dall'iscrizione a ruolo implica anche la decadenza dalla pretesa, l'emissione e la notificazione della cartella, effettuata malgrado l'intervenuta decadenza, deve ritenersi in assoluta carenza di potere.

Diversamente opinando si produrrebbe l'effetto, in caso di deca-

44 Una pubblicata in Lav. Giur. 2004, 480.

denza dall'opposizione, di fare risorgere un diritto decaduto; il che contrasta con tutti i principi generali in materia di decadenza.

4.3 *Il procedimento*

In ordine ai mezzi di impugnazione, in ordine alle forme, non vi sono segnalazioni di rilievo: si tratta di un normale giudizio regolato dal rito del previdenziale.

Prima in entrare nei contenuti brevi notazioni in ordine ad alcuni aspetti dell'opposizione.

La competenza per territorio, è regolata, sia dal comma 1 sia dal comma 3 dell'art. 444 c.p.c..

In particolare il comma 1 stabilisce la competenza per territorio generale delle cause previdenziali nella circoscrizione di tribunale in cui ha la residenza l'attore (foro che ricorre, ad esempio, nelle controversie con le Casse professionali o anche nei rapporti sociali)

Invece, il comma 3, relativo alle sole cause in cui sia presupposto un rapporto contributivo in cui vengano in rilievo rapporti di lavoro, la fissa nella circoscrizione di tribunale in cui ha la sede l'ufficio dell'ente competente a conoscere della posizione assicurativa dei lavoratori.

Quest'ultima norma stabilisce una competenza funzionale inderogabile, cosicché nel caso in cui la cartella veicoli più ruoli, ciascuno di diversi enti previdenziali aventi uffici in sedi ricadenti in diverse circoscrizioni di tribunale, la competenza si radicherà separatamente davanti a diversi giudici, ciascuno competente per territorio, avverso il ruolo considerato.⁴⁵

Con riferimento alla notificazione del ricorso essa va fatta, qualora si tratti di impugnazione del ruolo, oltre che all'ente impositore anche alla società di cartolarizzazione.

La notificazione al cessionario costituisce una fattispecie di litisconsorzio necessario legale derivante dall'art. 23 della l. n. 448 del 1997, con la conseguenza della necessaria eventuale integrazione del contraddittorio.

L'art. 4 del d.l. n. 209 del 2002 ha modificato il comma 5 dell'art.25 eliminando – giustamente - la (inutile) notificazione al concessionario (che non era parte in senso sostanziale del giudizio sul merito della

45 In tal senso di recente cfr. Cass. n. 20079 del 2006.

pretesa contributiva). Con riferimento alle controversie promosse prima di tale data, presumibilmente ancora pendenti, si osserva che l'omessa notificazione al concessionario della riscossione non termina alcun effetto processuale, poiché quest'ultimo soggetto non viene chiamato in giudizio, non assume il ruolo di parte del giudizio, non determina litisconsorzio. La notificazione al concessionario ha la sola funzione di *denuntiatio litis*.⁴⁶

Al concessionario, invece, deve essere, notificato il provvedimento di sospensione del ruolo, ovviamente ai soli fini di inibire l'azione esecutiva.

Qualora si tratti di impugnazione del verbale di accertamento, invece, la notificazione sarà diretta solo all'ente, ferma la competenza per territorio. Nell'una e nell'altra ipotesi (ruolo e verbale) non sembra che possa trovare applicazione l'art. 44 del d.l. n. 269 del 2003,⁴⁷ che prevede la notificazione presso le sedi territoriali dell'ente in cui risiede il privato che vanta pretese nei confronti dell'ente.

4.4 *Sospensione dell'efficacia esecutiva*

Quanto alla sospensione dell'efficacia esecutiva è opportuno distinguere tra impugnazione dell'accertamento e impugnazione del ruolo.

La prima ha l'effetto automatico di impedire l'iscrizione nel ruolo, fino alla definizione del giudizio.

4.4.1 *Sospensione in via amministrativa*

Poiché il legislatore fa un po' di confusione tra esecutività e definitività, occorre soffermarsi sopra la durata della sospensione.

Infatti, il comma 3 dell'art. 24 dispone che in caso di impugnazione del verbale l'iscrizione a ruolo è eseguita in pendenza di provvedimento esecutivo del giudice. Il che allude alla sentenza di primo grado, giusta

⁴⁶ In tal senso, chiaramente Cass. n. 11687 del 2008; *contra*: Cass. n. 15041 del 2007.

⁴⁷ Salva ovviamente l'elezione di domicilio e salva la proposizione dei gravami in via amministrativa alla sede periferica *ex l.* n. 88 del 1989. cfr Cass. n. 10649 del 1996 che distingue tra sede territoriale ai fini dell'individuazione della competenza e luogo di notificazione dell'atto giudiziario.

il disposto dell'art. 447 c.p.c. Mentre la *lett. b)* del comma 1 dell'art. 25 dispone che la decadenza dall'iscrizione a ruolo sia posticipata al provvedimento definitivo del giudice.

Il coordinamento non è facile, anche perché gli ambiti di applicazione delle norme non sono esattamente coincidenti.

In contrario avviso è stato sostenuto che nel corso del giudizio il giudice potesse autorizzare, sull'istanza dell'ente, l'iscrizione a ruolo con ordinanza. Ma la tesi non convince. Infatti, la norma non prevede tale eventualità, sicché l'unica possibilità di anticipare l'iscrizione a ruolo sarebbe data dal ricorso al procedimento cautelare generale dell'art. 700 c.p.c., dunque nella ricorrenza dei due noti presupposti cautelari da esso previsti. Da un altro punto di vista si potrebbe ritenere che il provvedimento possa essere emesso ex art. 423 c.p.c. Ma in contrario si obietta che questa disposizione è volta all'anticipata formazione di un titolo esecutivo. Ma l'unico titolo esecutivo ammesso per la riscossione dei contributi è il ruolo.

Una lettura coerente del sistema indurrebbe a ritenere che nel comma 3 dell'art. 24 il legislatore *minus dixit quam voluit* e che perciò la sospensione duri fino al giudicato,⁴⁸ cioè a provvedimento definitivo.

Ciò realizza una perfetta e simmetrica coincidenza tra effetto sospensivo dell'accertamento e effetto sospensivo della decadenza fino all'accertamento.

Milita a favore di questa tesi anche un altro rilievo decisivo.

Il *petitum* sostanziale del giudizio di impugnazione dell'accertamento e quello del giudizio di impugnazione del ruolo è il medesimo: si tratta de "l'accertamento negativo della pretesa contributiva".

Questa medesimezza di oggetto ha l'effetto preclusivo proprio del giudicato esterno; nel senso che la sentenza che decide l'impugnazione dell'accertamento copre il dedotto e il deducibile anche del giudizio di impugnazione del ruolo avente ad oggetto la pretesa contributiva fondata sullo stesso accertamento.

Un'indicazione in tal senso, per quanto proveniente da una fonte di rango inferiore, viene dal DM 24 ottobre 2007 n. 28578, che all'art. 8 comma 2 *lett. b)*, ai fini del rilascio del DURC, stabilisce che per "i

48 (in tale senso anche una parte dell'avvocatura dell'INPS, anche se non in veste ufficiale).

cediti non ancora iscritti a ruolo” la «regolarità è dichiarata fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna».⁴⁹

Ne discende che se si interpreta “esecutivo” del comma 3 dell’art. 24 in senso stretto, si aprire la strada del doppio giudizio – assolutamente inutile –, in cui di necessità il secondo, quello avverso il ruolo esecutivo, dovrebbe essere sospeso *ex art. 295 c.p.c.* fino alla definizione del giudizio sull’accertamento su cui il ruolo si fonda; in presenza di una sentenza esecutiva, infatti, i giudizi, di tutta evidenza, penderebbero in gradi diversi rendendo impossibile anche la loro riunione.⁵⁰

L’interpretazione contraria, pur plausibile in astratto, per cui si deve ritenere che l’ente di previdenza, in presenza di una sentenza di primo grado che rigetti in tutto o in parte il ricorso, *melius*: che accerti in tutto o in parte la pretesa contributiva, possa iscrivere a ruolo la pretesa in pendenza del giudizio di impugnazione della pretesa stessa, e possa farlo fino al 31.12 dell’anno successivo al giudicato, costringe a due giudizi e ai problemi di contrasto di accertamenti giurisdizionali che possono derivarne.

4.4.2 *La sospensione giudiziale*

Ritornando al giudizio di impugnazione del ruolo, il potere di sospensione giudizial-cautelare è limitato al corso del giudizio di primo grado e alla sussistenza di “gravi ragioni”. Quest’ultimo presupposto è una clausola generale che si presta a definizioni e applicazioni abbastanza umorali, per cui non meriterebbe ulteriore attenzione.

Mi sembra che invece vada evidenziato il collegamento tra “gravi motivi” e DURC, anche alla luce del recente art. 8 del DM 28578/2007, per sottolineare il rischio di innescare una pericolosa spirale di illiquidità. La mancata sospensione, infatti, magari su un giudizio in cui non si controverta di evasione contributiva, ma meramente di omissione, determina il mancato rilascio del DURC, che determina il mancato paga-

49 L’uso improprio del complemento “di condanna” non è rilevante, perché nel seguito del disposto si parla di «provvedimento esecutivo del giudice che consente l’iscrizione a ruolo di somme oggetto del giudizio.»

50 Il problema della mancata impugnazione della cartella emessa in pendenza del ricorso avverso l’accertamento, nel caso in cui quest’ultimo si sia poi risolto positivamente, non è risolvibile mediante l’applicazione delle regole dell’opposizione tardiva o della revocazione che, di un atto non giurisdizionale, non è prevista dalla legge.

mento dei corrispettivi, che impedisce perfino di sottostare alla clausola legale del *solve et repete*, effetto automatico del meccanismo di riscossione prescelto dal legislatore.

4.4.3 *Sospensione in appello*

Più controverso è il problema della sospensione in appello. Che il giudice d'appello non possa sospendere il ruolo, non è revocabile in presenza della lettera del disposto normativo. Che non possa adottare alcun provvedimento sospensivo è invece dubbio, stante che l'art. 447 c.p.c. richiama espressamente l'art. 431 c.p.c., il quale consente al giudice d'appello di disporre la sospensione dell'esecuzione quando ricorrano gravi motivi.

La questione, dunque, presuppone la definizione del contenuto della sentenza resa nel giudizio di impugnazione del ruolo.

Secondo la prevalente opinione il giudizio di opposizione alla cartella, così come pacificamente era sempre stato affermato con riferimento al giudizio di opposizione a ordinanza-ingiunzione, si modella quanto alla posizione processuale delle parti, sul giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo.

Questa peculiarità determina a sua volta due effetti rilevanti.

L'uno è che il giudizio conosce un momento rescindente e uno rescissorio.

L'altro è che attore in senso sostanziale, perciò gravato degli oneri probatori dell'attore-creditore, è l'opposto, cioè l'ente di previdenza.

Quanto al primo effetto, si può affermare che se dopo che sia stata proposta l'opposizione il giudizio si estingue, viene meno l'effetto rescindente e perciò il ruolo acquista definitività, e se l'esecuzione era stata sospesa l'effetto sospensivo viene meno.

Le cose si complicano nell'ipotesi in cui l'estinzione consegua a cancellazione della causa dal ruolo in presenza di un provvedimento di sospensione. L'ente dovrebbe riassumere il giudizio ai fini della declaratoria di estinzione e di revoca della sospensione. Sembra macchinoso, ma non vedo surrogati.

4.5 *Il contenuto della sentenza*

Il contenuto della sentenza dipende dal contenuto della domanda. Questa relazione ovvia e fisiologica non sembra essere stata colta dalla Cassazione⁵¹ che ritiene in buona sostanza la cartella equivalente al decreto ingiuntivo e il giudizio di opposizione un giudizio di annullamento. Da questa premessa ne trae la conclusione che l'opponente, soccombenente rispetto alla sua domanda di annullamento, resterebbe esposto alla pretesa derivante dalla cartella non annullata. Conseguenzialmente, afferma, non occorre domanda dell'ente di previdenza per ottenere l'accertamento del credito.

Questo ultimo risultato è corretto, ma ad esso la Corte perviene attraverso un procedimento argomentativo sbagliato con cui si alterano le normali relazioni tra le parti in tema di onere della prova.

L'errore è presto spiegato. Mentre il giudizio di cognizione che si instaura a seguito dell'opposizione a decreto di ingiunzione si incentra sulla domanda monitoria dell'opposto, che è domanda giudiziale, il giudizio di opposizione al ruolo, non solo non ha una previa domanda giudiziale su cui il giudice dell'opposizione si deve pronunciare, ma non è neanche un giudizio di mero annullamento.

L'oggetto del giudizio è legale, ed è il "merito della pretesa contributiva" mentre l'annullamento è solo l'occasione per discutere della pretesa stessa.

Rileva del resto lo stretto collegamento tra l'impugnazione dell'accertamento e l'impugnazione del ruolo. Nell'una e nell'altra ipotesi il giudizio ha ad oggetto l'esistenza e la misura dell'obbligazione e non ha ad oggetto la formazione del titolo esecutivo per la sua realizzazione.

Per queste obbligazioni, infatti, il d. lgs. n. 46 del 1999, estende la regola di separazione tra titolarità del credito e titolarità dell'azione esecutiva: il primo all'ente impositore; il secondo al concessionario della riscossione.

In definitiva l'azione giudiziaria non può costituire un titolo esecutivo in testa a chi non è titolare della conseguente azione.

La problematica contenuta nella sentenza citata assume maggiore rilevanza pratica in caso di accoglimento parziale dell'opposizione.

⁵¹ Cass. n. 15041 del 2007 e in parte anche Cass. n. 5763 del 2002 a cui si adeguano i giudici di merito.

Le questioni prospettatili sono di due specie: se la sentenza sia una sentenza di condanna al pagamento delle somme; e questa ipotesi l'abbiamo esclusa, per cui non essendoci pronuncia di condanna, non dovrebbe esserci nemmeno domanda, o se sia una sentenza di mero accertamento.

Ritornando sulla seconda ipotesi, quella del contenuto di mero accertamento, vien da sé che la soccombenza rispetto alla domanda di accertamento negativo comporta automaticamente il corrispondente opposto accertamento positivo.

Da questo punto di vista appare effettivamente sufficiente che l'ente si limiti a chiedere la reiezione della domanda dell'opponente per ottenere il corrispondente accertamento positivo totale o parziale.

Consegue che occorrerà sempre una nuova iscrizione a ruolo dopo ogni sentenza di accoglimento parziale.

La questione operativa si sposta perciò tutta sul fronte dell'onere della prova.

Ne discende che è irrilevante chiedersi se tale domanda di reiezione sia soggetta alla preclusione di cui all'art.416 c.p.c., posto che a tali preclusioni sono soggetti gli oneri di allegazione, di deduzione e di prova che gravano l'attore in senso sostanziale, cioè l'ente di previdenza.⁵²

5. Il riparto dell'onere della prova

5.1 Premessa

Le implicazioni che ha il tema del riparto dell'onere della prova possono essere classificate adottando come valore assunto, il noto quadro che le sezioni unite della cassazione hanno delineato con cinque sentenze successive.⁵³

Queste sentenze riguardano i temi del dominio assoluto delle parti in ordine:

- ✓ all'onere di allegazione, della preclusione delle allegazioni tardive, della modificazione della domanda;

⁵² *E pluribus*: Cass. n. 11698 del 2004, n. 13467 del 2003, n. 8502 del 2002, n. 7048 del 1995, n. 11622 del 1995, n. 2323 del 1989, n. 1435 del 1989.

⁵³ Si tratta delle sentenze n. 1099 del 1998, n. 13533 del 2001, n. 761 del 2002, n. 11353 del 2004, n. 8202 del 2005.

- ✓ all'inapplicabilità dell'art. 421 c.p.c. o della produzione documentale per modificare le allegazioni;
- ✓ alla non sottoposizione a preclusione e della rilevabilità d'ufficio delle difese;
- ✓ alla preclusione per le eccezioni, sia in senso stretto sia in senso improprio;
- ✓ all'applicazione del principio di indifferenza alle eccezioni in senso improprio;
- ✓ alla distinzione tra mancanza e insufficienza della *causa petendi*, dell'estensione dell'onere di contestazione e delle sue implicazioni;
- ✓ all'estensione alla prova documentale della preclusioni istruttorie: dei contenuti modi, e la dell'esercizio dei poteri ufficiosi del giudice ex art. 421 c.p.c.;
- ✓ alla ripartizione dell'onere della prova nei rapporti obbligatori in cui vengano in contestazione adempimento e inadempimento dell'obbligazione.

Tutte regole che presidiano il processo del lavoro che sono note.

È però opportuno evidenziare che il richiamo del comma 6 dell'art. 24 al rito del lavoro è un richiamo a tutti i superiori principi.

Consequenzialmente, può affermarsi che - riportando un'affermazione, in qualche modo programmatica delle SU n. 8202 del 2005, secondo cui i riti speciali trovano, rispetto ai riti ordinari, un diverso *punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e quelle di accertamento della verità materiale* - la considerazione sia della natura dell'obbligazione sia della qualità soggettiva delle parti, nel processo, è già scontata con la scelta del rito loro proprio e non consente alterazioni per via ermeneutica od applicativa.

Dunque, il fatto che il legislatore abbia scelto per l'accertamento di rapporti di credito intrisi di interesse pubblico, *potiore* di quello individuale, tra più soluzioni possibili, senza inventarne nuove, (rito tributario, rito societario, rito ordinario), il rito in massima parte incentrato su celerità e concentrazione e strutturato sulle preclusioni allegatorie e istruttorie, è sintomo che non ha inteso fare sconti all'ente di previdenza in ordine al rispetto delle regole processuali necessarie per l'accertamento del credito. E se sconti non ne fa la legge, men che mai deve

poterne farne il giudice, che alla piena soggezione a questa deve la sua indipendenza e autorità.

Poste queste premesse la questione dell'onere della prova può articolarsi secondo tre temi di indagine:

la contestazione del *quantum*; la contestazione dell'*an*; la contestazione dell'*an* e del *quantum*.

In ordine alla prima ipotesi il rapporto contributivo non viene in discussione; l'ipotesi tipica è quella dell'omesso versamento dei contributi comunque regolarmente denunciati.

Si tratta di una questione sussumibile nello schema adempimento/inadempimento dell'obbligazione. Lo schema è noto ed è sistemato da SU 13533/2001: il creditore deve provare l'esistenza del rapporto e meramente affermare l'inadempimento, il debitore deve provare di avere adempiuto. Non diversa è l'ipotesi dell'inadempimento, inesatto, parziale, tardivo: il creditore dovrà solo affermare rispettivamente l'inesattezza, la parte inadempita, la scadenza.

Nella specie la prova del rapporto deriverà dalla mancata contestazione dell'*an*. Dovesse esserci contestazione si passa al secondo tema.

5.2 *Contestazione dell'an della pretesa*

La contestazione in radice dell'*an* della pretesa, la negazione cioè del presupposto impositivo, senza che vengano in rilievo i criteri di determinazione della misura dell'obbligazione, si potrebbe dire o tutto o niente, può derivare da contestazioni basate sulle più diversi deduzioni: dalla esistenza-inesistenza del rapporto presupposto, alla sua qualificazione, durata, misura, contenuto, attributi.

5.2.1 *La prova del rapporto presupposto*

Come abbiamo visto *in limine* l'obbligazione contributiva sorge *ex lege* al verificarsi del presupposto. Cosicché l'ente di previdenza che agisca per l'adempimento dell'obbligazione contributiva è interamente onerato di provare, esemplificativamente: l'esistenza del rapporto di lavoro, la sua natura subordinata o parasubordinata, (cioè gli elementi costitutivi

della fattispecie), o autonoma, cioè la professionalità, o la partecipazione a titolo principale nell'impresa agricola, o un ruolo attivo nell'impresa sociale, o ancora la misura effettiva della retribuzione, se la deduce superiore ai minimali, la qualifica del lavoratore se la deduce superiore, le mansioni concretamente ed effettivamente svolte se ne deduce la non corrispondenza con l'inquadramento del contratto individuale, etc. etc. etc.

Discorso a parte merita l'ipotesi inversa in cui si deduca il fatto negativo dell'inesistenza del rapporto. Essa è più ricorrente in agricoltura dove è una fattispecie tipica di applicazione di sanzioni (la c.d. compravendita di giornate, o dove il lavoro viene svolto all'interno dell'impresa familiare o *affectionis causa*⁵⁴), ma è anche una fattispecie generale (il sempre discusso caso dell'amministratore dei società, del socio d'opera di società di persone, e via dicendo).

Ciò che rileva è la relazione tra la situazione sottostante e il diritto fatto valere.

Ne deriva che la negazione del rapporto ha l'effetto della negazione della posizione previdenziale. Per cui l'onere della prova della sussistenza del rapporto, in questo caso, spetta al lavoratore o al datore di lavoro che ne abbiano interesse.

E tuttavia per l'applicazione delle sanzioni, conseguente al disconoscimento di giornate, l'ente di previdenza è gravato dell'onere di provare l'inesistenza del rapporto denunciato. Senza che possa soccorre in suo aiuto il brocardo *negativa non sunt probanda*.⁵⁵

Qui il presupposto della sanzione non è il fatto negativo della inesistenza del rapporto ma è il fatto positivo della falsità della denuncia. Fermo restando il mancato accredito di giornate in caso di mancata prova del rapporto ad opera del lavoratore.

5.2.1.1 *Varianti strategiche*

Starà alla scelta strategica di ogni avvocato scegliere se impugnare subito l'accertamento ovvero attendere il ruolo (magari confidando in una decadenza), starà alla scelta strategica dell'avvocato introdurre il giudizio con la mera, ma specifica, contestazione dei presupposti del

54 Cfr. Cass. n. 1218 del 2004.

55 Cass. n. 23229 del 2004 confonde possibilità di provare un fatto negativo con ripartizione dell'onere della prova è fortunatamente un precedente isolato.

rapporto contributivo, ovvero dedurre subito mezzi di prova contro le risultanze stragiudiziali.

E' ovvio che la scelta sarà condizionata dagli orientamenti dei giudici di merito in ordine, non tanto alla ripartizione astratta dell'onere della prova, ma alla concretezza della dichiarazione di decadenze allegatorie e istruttorie, al rispetto dei confini tra prove tipiche e prove atipiche, tra argomenti di prova e prove, al ricorso iterativo e inammissibile di presunzioni fondate su presunzioni, all'uso sapiente, oppure sconsigliato, del potere officioso dell'art. 421 c.p.c..

Scelta strategica che non muta – in astratto ovviamente - neppure nel caso di semplice omissione, perché ben potrebbe l'opponente allegare l'inesistenza del rapporto presupposto e confidare nella omessa o tardiva costituzione dell'ente: sempre che il giudice ne tragga le dovute conseguenze, altrimenti egli è egli stesso a precludersi la prova dell'adempimento.

Un'altra ragione - e seria ragione - per anticipare le allegazioni e le deduzioni istruttorie, con tutte le conseguenze sfavorevoli derivanti dalla indifferenza e circolarità delle allegazioni e delle prove, spesso risiede nella necessità di ottenere la sospensione del ruolo in tempi rapidi. Così le allegazioni e le prove utili ai fini della dimostrazione dei gravi motivi diventano anche elementi definitivamente acquisiti al processo.

5.3 *Mezzi di prova*

Esaminando più da vicino il momento probatorio del giudizio di contestazione della pretesa previdenziale emergono fondamentalmente tre questioni: la prova testimoniale dei lavoratori, la prova testimoniale degli ispettori, il valore dei verbali ispettivi e delle dichiarazioni raccolte stragiudizialmente dagli ispettori.

Su questi tre argomenti si gioca la partita e su questi tre argomenti mai la dottrina è stata concorde.⁵⁶ Allo stesso tempo mai dottrina e giurisprudenza sono state così distanti: non tanto nella proclamazione dei principi, in cui le differenze restano sul fisiologico, quanto nella loro applicazione concreta.⁵⁷

⁵⁶ Per una panoramica Colloqui 2007; contra Perulli, *ivi*.

⁵⁷ Oltre alla giurisprudenza variamente citata in Colloqui 2007, v. per es. nota 54 e 41.

5.3.1 *La posizione dei lavoratori (e dei soci di società di persone, relativamente alla loro posizione)*

Le questioni riguardano tanto la capacità testimoniale, quanto l'attendibilità della testimonianza.

Riguardo alla capacità bisogna a sua volta distinguere il lavoratore il cui rapporto di lavoro sia il rapporto giuridico presupposto e il lavoratore non direttamente colto dalla questione contributiva.

Venendo alla prima ipotesi occorre precisare che non è la natura bilaterale o trilaterale del rapporto giuridico previdenziale che fornisce risposta: da essa ne può derivare solo la natura necessaria o facoltativa del litisconsorzio con il lavoratore.

Del resto l'opinione prevalente e condivisibile è nel senso della autonomia dei rapporti e perciò di escludere che il lavoratore sia una parte necessaria del giudizio sul rapporto contributivo.⁵⁸

Ciò tuttavia non modifica di una virgola l'intensità dell'interesse qualificato che ha il lavoratore ad intervenire nel giudizio. Interesse che ha fondamento plurimo.

Innanzitutto, il lavoratore vanta un diritto pretensivo nei confronti dell'ente alla posizione previdenziale; diritto imprescrittibile. Vanta un diritto risarcitorio nei confronti dell'ente per l'ipotesi in cui lo stesso non si sia attivato prima della prescrizione dei contributi.⁵⁹ Ha azione risarcitoria ex art. 2116 c.c. contro il datore di lavoro per la perdita della prestazione previdenziale,⁶⁰ ha azione di surroga – e perciò di rivalsa contro il datore di lavoro - nell'azione ex art. 13 della legge n. 1338 del 1962.⁶¹ Ha il diritto potestativo di raddoppiare il termine di prescrizione dei contributi.⁶²

L'incapacità testimoniale non è dunque revocabile, potendo il lavoratore intervenire ex art. 105 comma 1 c.p.c. per ottenere la regola-

58 Cass. n. 12213 del 2004, n. 5353 del 2004, n. 4142 del 1999; *a contrariis* anche Cass. n. 2748 del 1999

59 Cass. n. 5002 del 2002, n. 19340 del 2003, n. 7859 del 2004.

60 Cass. n. 5672 del 1984, ma v. anche Cass. n. 3782 del 1985

61 Cass. n. 16147 del 2004

62 Cass. n. 4153 del 2006, Cass. SU n. 6173 del 2008, SU n. 5784 del 2008, Trib. Biella 20 giugno 2007. v. pure Cass. n.1850 del 2004 per cui la prescrizione è sospensivamente condizionata al fatto che entro il quinquennio dalla riduzione del termine e nei limiti del decennio dalla nascita del diritto non intervenga la denuncia del lavoratore.

rizzazione della propria posizione previdenziale.⁶³ Ma la più recente giurisprudenza è di contrario avviso.⁶⁴

Si deve inoltre ritenere che la situazione del lavoratore interessato, non allo specifico rapporto sottostante, ma alla questione di diritto che ne legittimi l'intervento ex art. 105 comma 2 c.p.c. non sia diversa. Si può pensare alla affermazione della sussistenza del trasferimento di azienda o ai presupposti per l'applicazione di un contratto collettivo, o alla sussunzione del un mansionario in una qualifica piuttosto che a un'altra, alla sussistenza del diritto a una particolare indennità, alle misura delle ferie, dei riposi.

Il lavoratore potrebbe essere ancora interessato all'accertamento della subordinazione di altri lavoratori, quando da ciò ne consegua il mutamento del regime dei licenziamenti. E via dicendo.

La dottrina non registra dissensi. In giurisprudenza l'orientamento non è stabile.⁶⁵

La questione dell'incapacità è comunque materia nella disponibilità delle parti, per cui in caso di mancata tempestiva eccezione di incapacità, la testimonianza sarà validamente acquisita.

Si registra inoltre un ampio e convergente consenso alla audizione libera, ex art. 421 u.c. c.p.c. dei lavoratori incapaci,⁶⁶ con la precisazione che le risposte possono costituire mero argomento di prova ex art. 116 comma 2 c.p.c.

Non sussiste invece alcuna incapacità quando il lavoratore sia chiamato a riferire fatti che riguardano altri lavoratori, siano i fatti dedotti costitutivi modificativi o estintivi.

Più labile è il confine tra attendibilità e inattendibilità delle dichiarazioni dei lavoratori assunti come testimoni, ancorché incapaci.

Al riguardo a parte il riferimento all'interesse generico, assai debole a fronte di un giuramento, gli elementi di contestazione potrebbero venire dall'esistenza di giudizi o contestazioni tra le parti.

Anche la difformità con le dichiarazioni rese stragiudizialmente

63 Cass. n. 12729 del 2006, Cass. n. 7661 del 1998, Pozzaglia, Marazza in Colloqui cit.

64 Cass. n. 24416 del 2008, v. anche Cass. n. 24284 del 2008, n. 13910 del 2001; cfr. Comm. Trib. Prov. Bari, n.175 del 2008 e Cass. n. 17049 del 2008. *Infra* nel testo a p. 29.

65 Cass. n. 12729 del 2006 e molte altre a favore, Cass. n. 23228 del 2004 poche altre contro.

66 Luiso e Vaccarella in colloqui cit, per la dottrina i processualista, Pessi, Pozzaglia e altri tra la dottrina giuslavorista, i Colloqui *cit.*).

possono concorrere al libero convincimento del giudice⁶⁷, ma non al punto da fare prevalere le dichiarazioni stragiudiziali su quelle giudiziali, che sono assistite dalle garanzie tipiche della presenza del giudice, del contraddittorio tra le parte, dalla formale e verbalizzazione diretta dal giudice, dalla responsabilità per falsa testimonianza.⁶⁸ Anche su questo punto si registra una frattura tra le consolidate posizioni della dottrina e la giurisprudenza della Cassazione, arrivandosi a sostenere l'autosufficienza e la resistenza delle dichiarazioni dei lavoratori agli ispettori.⁶⁹

È possibile tuttavia sostenere che il contrasto tra le dichiarazioni sia tale e insanabile da privare di valore la deposizione del testimone. Ma ciò è ben lungi dal sostituire la dichiarazione stragiudiziale con la testimonianza.

Una dottrina⁷⁰, ha icasticamente osservato che anche nel processo penale, *ex art. 500 c.p.p.*, le eventuali difformi dichiarazioni rese in precedenza dal teste non possono più essere utilizzate per il convincimento del giudice, ma solo per il giudizio di attendibilità.

5.3.2 *La posizione degli ispettori verbalizzanti*

Diversa è la posizione degli ispettori verbalizzanti. Si ritiene che in astratto non vi siano divieti per escuterli come testi.⁷¹ Anche se la delimitazione in ordine al contenuto della prova priva di significatività il mezzo stesso.

La testimonianza è generalmente ammessa con riferimento alle modalità dell'ispezione, alle circostanze di contorno e alle circostanze chiarificatrici.⁷²

Taluno ha rilevato che l'ispettore chiamato a testimoniare su fatti di cui abbia omesso la verbalizzazione, è fondamentalmente un teste inattendibile.⁷³ Ma l'affermazione non è condivisibile.

67 Vaccarella, *op. oc. ult. cit.*

68 *Ex multis* Cinelli, Franza, Luiso, Pozzaglia Verde in *Colloqui cit.*

69 Cfr giurisprudenza citata nella nota 63.

70 Franza in *Colloqui cit.*

71 Pessi, Proia, Verde, in *Colloqui cit.*

72 La dottrina è pressoché unanime e la giurisprudenza non si pone il problema e ammette la testimonianza.

73 Marazza, Martone, Pandolfo, Papaleoni, in *Colloqui cit.*

L'audizione su circostanze omesse è invece inammissibile perché determinerebbe una significativa modificazione delle allegazioni delle parti.

Invece, la testimonianza è irrilevante laddove dovesse vertere sugli stessi fatti attestati in verbale come percepiti direttamente dall'ispettore.

Come è noto, infatti, in giurisprudenza si ritiene pacificamente (ma senza alcun argomento per superare le autorevoli e insormontabili eccezioni di autorevole dottrina⁷⁴) che il verbale faccia prova piena fino a querela di falso circa i fatti affermati essere avvenuti in presenza del verbalizzante; e tra questi l'esistenza e la provenienza delle dichiarazioni.

Del pari è radicalmente inammissibile la testimonianza avente ad oggetto le valutazioni e le deduzioni già sviluppate nel verbale e ciò a causa del noto divieto di chiedere ai testi giudizi, piuttosto che fatti. Divieto che non prevede eccezioni *ratione subiecti*. Sempre che non si tratti di chiarimenti in ordine, per esempio, agli algoritmi di calcolo in vista di un'eventuale CTU.

Infine, è utile ribadire che, nei limiti in cui l'ispettore dovesse essere sentito come teste, occorre un articolato specifico dei fatti, e non la mera e inammissibile richiesta di conferma del verbale, ovvero ancor peggio la generica richiesta di chiarimenti in seguito a prova testimoniale.⁷⁵

5.3.3 *Il valore dei verbali ispettivi*

Il valore dei verbali ispettivi e soprattutto la loro resistenza alle altre prove dedotte nel processo, continua a rimanere un punto controverso in giurisprudenza, nonostante l'intervento del legislatore, con l'art. 10 della legge n. 124 del 2004.

Va premesso che non esiste fonte positiva che attribuisca alle dichiarazioni raccolte dall'ispettore un valore probatorio, nel processo, maggiore di quelle di quelle raccolte da qualsiasi altro soggetto.⁷⁶

E del resto la disposizione dell'art. 10 comma 5, del d. lgs. n.124 del 2004 assume che i verbali siano «fonti di prova» secondo «la nor-

⁷⁴ Luiso in Colloqui *cit.*, Montesano, *Limiti dell'efficacia probatoria nel processo civile dei verbali ispettivi redatti da funzionari del Ministero dell'industria dell'esercizio dei compiti di vigilanza nell'attività assicurati ve*, in Giur. it., 1986, IV, 386.

⁷⁵ Trib. Agrigento ord. 27 novembre 2006 n. 4176 del 2006.

⁷⁶ Gragnoli-Zaccarelli, in Colloqui *cit.*.

mativa vigente» e - ovviamente - solo per gli «*elementi di fatto acquisiti e documentati*».

Le dichiarazioni stragiudiziali - a meno che abbiano valore confessorio - non sono fonti di prova in base alla normativa vigente.

La precisazione più importante in ordine a tali dichiarazioni riguarda anche l'uso che di esse si può fare.

Esse non possono fungere da base per costruire una presunzione semplice, poiché non costituiscono fatti noti secondari da cui risalire al fatto ignoto principale. Si tratta solo attestazioni estranee alla vicenda concreta cui lo stesso appartiene.⁷⁷

Le dichiarazioni potrebbero entrare nel processo come prove atipiche, nel significato più ampio che vi comprende anche le vicende estranee al processo.⁷⁸ In questo caso però esse possono costituire solo argomento di prova, ex art.116 comma 2 c.p.c., così come le prove raccolte nel giudizio estinto ex art. 310 comma 3 c.p.c..

Se così non fosse si potrebbe cadrebbe nell'errore di attribuire alle dichiarazioni stragiudiziali un valore uguale (superiore per taluni⁷⁹) a quello delle prove testimoniali, esperite nel processo con le relative garanzie, ancorché ciò di fatto talora avvenga.⁸⁰

In definitiva, gli argomenti di prova in senso stretto e le prove atipiche, cioè nel nostro caso i verbali, possono integrare e sostenere le prove vere e proprie, ma non possono da sole essere sufficienti a fondare il convincimento del giudice.⁸¹

Una dottrina autorevole osserva che per il "contesto ambientale" in cui si svolgono, andrebbero sottoposte un vaglio critico particolarmente rigoroso.⁸² Ma la giurisprudenza maggioritaria è di diverso avviso.⁸³

Si noti che quanto verbalizzato dall'ispettore suscita per definizione perplessità, vuoi in considerazione del *metus* del dichiarante e delle tecniche di interrogatorio di cui non è traccia nei verbali, vuoi perché in difetto di contraddittorio le domande possono essere parziali

77 Vallebona, in Colloqui *cit.* ma anche Cass. n.3525 del 2005; *contra*: Gasp-Guad 2005.

78 Cass. SU n. 26795 del 2006, SU n. 11353 del 2004, Trib. Ivrea n. 73 del 2008.

79 Perulli in Colloqui *cit.*

80 Pozzaglia, Vaccarella in Colloqui *cit.*, Trib. Agrigento 10 giugno 2004 giud. Gatto.

81 *Contra* Trib. Agrigento 10 giugno 2004 giud. Gatto, Trib. Agrigento n. 2745 del 9 febbraio 2004.

82 Vaccarella in Colloqui *cit.*

83 Cfr. sentenza citate nella nota 63.

o suggestive o possono non essere capite.⁸⁴ Anche la tecnica di verbalizzazione delle risposte, che è unilaterale, si pensi invece a quanto invece è spesso ricca di contestazioni la verbalizzazione nel processo, dovrebbe indurre la limitare l'uso delle dichiarazioni all'effettuazione delle eventuali contestazioni ai testimoni.

Perciò se si arrivasse a ritenere che le dichiarazioni raccolte fuori dal processo siano prove autosufficienti, non si spiegherebbe l'esistenza delle disposizioni sulla prova testimoniale, della garanzia della presenza del giudice imparziale, dei poteri di direzione del processo, del monopolio della verbalizzazione, del contraddittorio tra le parti, della responsabilità per falsa testimonianza.⁸⁵

Prive di consistenza - e per fino sovversive del giusto processo - appaiono le tesi che affermano che la dichiarazione stragiudiziale all'ispettore sarebbe preferibile a quella testimoniale perché immediata, spontanea e priva di condizionamenti da parte del datore di lavoro.⁸⁶ Il rischio di pressioni del datore di lavoro sul testimone si fronteggia infatti con la denuncia per falsa testimonianza⁸⁷, non con una surrettizia manipolazione delle regole del processo.

Concludendo le dichiarazioni stragiudiziali non possono sostituire la prova testimoniale, che secondo un giurisprudenza, acquisiti i verbali, dovrebbe espletarsi, anche d'ufficio.⁸⁸

È pacifico, infine, che tutto il materiale probatorio concorre con pari dignità al libero convincimento del giudice non essendoci una gerarchia tra la prova testimoniale e la prova presuntiva.⁸⁹ Una ragione di più, per escludere che le dichiarazioni stragiudiziali possano assurgere al rango di vere prove mediante lo strumento della presunzione per autosufficienza agli argomenti di prova.

84 Talvolta si tratta della compilazione di formulari in cui l'ispettore barra caselle secondo l'interpretazione della risposta del lavoratore.

85 Non sembrano tenere conto di queste esigenze Perulli *cit.* e Cass. n. 24416 del 2008.

86 Perulli *cit.*

87 Verde, *cit.*, per il quale il «giudice ha a sua disposizione soltanto due armi: la denuncia del testimone per falsa testimonianza e la condanna "esemplare" alle spese nel caso di rigetto di opposizioni pretestuose».

88 Cass. n. 11746 del 2007.

89 Cass. n. 27029 del 2006, n. 23228 del 2004, n. 3350 del 2001, n. 9827 del 2000.

6. Inferenze

Con riferimento alle ipotesi di contestazione delle pretese contributive più ricorrenti, si possono trarre alcune conclusioni.

6.1 *Disconoscimento di giornate in agricoltura*

Una delle fattispecie peculiari è il disconoscimento delle giornate lavorative in agricoltura.

Va subito chiarito che ai fini dell'applicazione della normativa previdenziale è del tutto irrilevante che la giornata falsamente dichiarata siano stata venduta o donata, quello che rileva è che alla giornata dichiarata non corrisponda una giornata effettivamente lavorata.

Dispone infatti l'art. 20 del d. lgs. n. 375 del 1993 «che chiunque produca dichiarazioni di manodopera occupata finalizzate all'attribuzione indebita di giornate lavorative perde, ferme restando le sanzioni previste dalle vigenti disposizioni, il diritto ad ogni beneficio di legge, ivi comprese le agevolazioni ovvero le riduzioni contributive di cui al presente decreto legislativo».

Tale occorrenza ha una duplice conseguenza.

Una incide sulla posizione previdenziale del lavoratore, il cui disconoscimento genera un indebito contributivo a favore del datore di lavoro e la perdita dell'anzianità contributiva per il lavoratore (con le conseguenze in tema di disoccupazione, maternità, ed eventuali indebiti, pensione), e quello della applicazione delle sanzioni a carico del datore di lavoro.

È fuori discussione che il lavoratore delle cui giornate si tratti non potrà essere escusso come testimone, né sarà utile udirlo liberamente. Dubbio è perfino che il giudice possa disporre *ex art.* 421 c.p.c., l'esame testimoniale o libero.

In questo caso possono essere i soli altri lavoratori o altri terzi a fornire come testimoni la prova del rapporto, e l'onere della prova della insussistenza del rapporto grava sull'ente che voglia applicare le sanzioni. In caso di ispezioni il mancato rinvenimento dei lavoratori sul luogo di lavoro sarà «fatto accertato» dagli ispettori idoneo a fondare la presunzione di falsità della denuncia; fermo restando che il datore di

lavoro può giustificare e provare il contrario.

Procede che il fatto costitutivo della perdita delle agevolazioni, che si traduce nel recupero contributivo, cioè nella pretesa è “la denuncia indebita”. Tale è il fatto che nella sua interezza deve provare l’ente.

6.1.1 *Le tabelle ettaro coltura*

Sempre il settore agricolo è terreno di ulteriore cimento ricostruttivo.

Nonostante la dichiarazione di incostituzionalità ad opera di C. Cost. n. 65 del 1962 dell’art. 5 del d.l. n. n. 59 del 1948 che disponeva la determinazione presuntiva del fabbisogno di manodopera attraverso le tabelle ettaro-coltura, viene ammesso che gli enti di previdenza possano provare l’imponibile contributivo mediante la prova indiretta del fabbisogno di giornate lavorative mediante le c.d. tabelle ettaro-coltura.

Si tratta di una prova atipica e segnatamente di una c.d. prova statistica; strumento non ignoto al diritto del lavoro.⁹⁰

Ovviamente la tabella non sostituisce la prova dei presupposti della pretesa contributiva: cioè la prova della utilizzazione della manodopera nella quantità asserta dall’ente, in difformità da quelle della denuncia.

Ora è chiaro che, nel momento in cui con la tabella si determina un imponibile contributivo, si propone un’inversione degli oneri probatori rispetto ai risultati statistici. Poiché tale “inversione” la si determina con strumenti atipici, deriva che l’applicabilità della tabella non può basarsi a sua volta su presunzioni.

E infatti le tabelle sono costituite sulla base di dati statistici e riportano delle indicazioni standard, medie di fabbisogno di manodopera, per la coltivazione della misura base di un ettaro, per le varie *cultivar*.

La tabella introduce una presunzione semplice, la quale, per operare, necessita della prova piena dei suoi presupposti. Nella specie essi sono: l’esatta individuazione dell’estensione del fondo, l’esatta individuazione della relativa coltivazione, l’effettività della coltivazione, compresa la durata, i trattamenti, la qualità.

Questi presupposti devono essere provati dall’ente e non possono esserlo sulla base a sua volta di presunzioni.

90 Cfr. art. 4 l. n. 125 del 1991, Pret. Milano 5 agosto 1993 RCDL 1004, 142. Ora v. pure d. lgs. n. 196 del 2000, n. 215 e n. 215 del 2003

Cosicché la prova contraria della falsità di un presupposto che abbia fornito l'opponente revoca in radice la possibilità di considerare attendibili, con le dovute differenze, i risultati della tabella.

Va poi considerato che le tabelle, esprimono valori medi, cosicché solo allorquando sussistano scostamenti significativi tra i risultati dell'applicazione della corretta applicazione delle tabelle e la denuncia datoriale è possibile inferirne l'astratta inveridicità del dato dichiarato e determinare la conseguente radicale inversione dell'onere probatorio rispetto al fabbisogno di manodopera.

Viceversa scostamenti minimi tra il valore presuntivo della tabella ettaro-coltura e l'autodenuncia lasciano in testa all'ente l'onere di fornire la prova della maggiore pretesa contributiva.

6.2 Agevolazioni contributive

Un'altra ipotesi peculiare di contestazione riguarda la fruizione di agevolazioni contributive. Anche in questa ipotesi la ripartizione dell'onere della prova non è automatica.

La regola generale è che la prova del presupposto dell'applicazione dell'agevolazione, si traduce nella prova dell'esattezza dell'adempimento, dato che si tratta di provare che il pagamento in misura ridotta del debito costituisce esatto adempimento.⁹¹ Essa perciò deve essere data dal datore di lavoro.

Tuttavia non tutte le agevolazioni seguono il medesimo *iter* concessivo e conseguentemente resistono allo stesso modo alla contestazione nel processo.

La regola generale è certamente ricorrente tutte le volte in cui la fruizione dell'agevolazione è conseguente all'inquadramento dell'azienda, all'ammissione da parte di un terzo, (ministero delle finanze), all'autoliquidazione.

Parzialmente diversa è l'ipotesi in cui l'ammissione all'agevolazione sia conseguente a un atto formale di ammissione da parte dello stesso ente; come per esempio accade per l'assunzione a tempo indeterminato di disoccupati di lunga durata.⁹²

Ove si discuta della mancata ammissione è ovvio che la prova del

⁹¹ Cass. SU n. 13533 del 2001, Cass. n. 18487 del 2003, Cass. n. 3201 del 1997 (in materia di rimborsi), Cass. n. 16351 del 2007, Cass. n. 11731 del 2007.

⁹² L. n. 407 del 1990, cfr Cass. n. 29 del 2003.

diritto grava interamente sul datore di lavoro.

Ove invece si discuta di revoca dei benefici già concessi, il recupero contributivo si profila come un indebito e la prova dei presupposti della revoca devono essere forniti dall'ente.

Non rileva che l'ente agisca in autotutela, perché non si discute né di legittimità né di interessi legittimi. L'ammissione alla fruizione delle agevolazioni, infatti, non è atto discrezionale dell'ente e la posizione del datore di lavoro non è una posizione di interesse legittimo ma di diritto soggettivo pieno.

Ne consegue che spetterà all'ente allegare - nei rispetto delle preclusioni - i fatti su cui si fonda la revoca e così la negazione del diritto, mentre spetterà al datore di lavoro provare i fatti contrari presupposti della domanda di agevolazione.

Ove i presupposti allegati consistano in comportamenti attivi del datore di lavoro⁹³ - e non consistano invece meramente in inadempimenti di obbligazioni - dovrà provare anche l'esistenza di tali fatti, i quali solo legittimano la revoca: cioè la sussistenza dei presupposti del recupero.

6.3 *Qualificazione dei rapporti di lavoro*

Altra fattispecie ricorrente è quella della riqualficazione dei rapporti di lavoro, ovvero del contenuto di essi, rispetto ai *nomina juris* adottati dalle parti.

Le regole, ovviamente, sono quelle che valgono per il lavoratore che asserisca la subordinazione: egli deve provare gli elementi costitutivi della fattispecie, e cioè, almeno secondo l'indirizzo dominante, deve provare l'eterodirezione della prestazione,⁹⁴ oppure secondo un indirizzo minoritario il requisito della doppia alienità.⁹⁵

Va osservato che, così come il lavoratore, anche l'ente potrà avva-

93 Es. la mancata osservanza del programma di riallineamento retributivo e contributivo. Cfr. Cass. n. 16155 del 2004.

94 Cass. n. 11589 del 2008, n. 21028 del 2006. La regola è predicata, anche se in concreto non sempre seguita, dalla giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bari 19 aprile 2007, Trib. Milano 16 novembre 2006, Trib. Milano 23 settembre 2006, Trib. Modena 21 febbraio 2006, Trib. Genova 20 dicembre 2005, App. Roma 16 giugno 2005, App. Milano 6 ottobre 2004, Pret. Milano 17 febbraio 1999, Trib. Roma 22 gennaio 1999, Trib. Roma 2 ottobre 1997, Pret. Milano 19 aprile 1997, Pret. Belluno 12 marzo 1997, Pret. Torino 7 febbraio 1995, Pret. Milano 24 gennaio 1994, Trib. Milano 11 settembre 1991.

95 Roccella 2008, C. Cost. n. 30 del 1996, RCDL 1996, V, 3, 616; Cass. n. 18692 del 2007

lersi di elementi presuntivi e cioè degli indici di subordinazione.⁹⁶

Va segnalato un più largo valore degli indici presuntivi della subordinazione quando ad agire sia l'ente di previdenza, rispetto al datore di lavoro.⁹⁷

L'assunto della giurisprudenza, assolutamente risalente, è che non esiste nel nostro ordinamento una presunzione generale di subordinazione, sicché essendo tale fattispecie limitativa dell'autonomia contrattuale è chi la invoca che la deve provare, non rilevando in contrario l'onere di provare l'eccezione quando il datore di lavoro deduca l'autonomia della prestazione.⁹⁸

Questo indirizzo, con riferimento alla vasta area della c.d. parasubordinazione, in esito alla violazione delle regole formali o sostanziali previste dal d. lgs. n. 276 del 2003 sul lavoro a progetto, sotto il profilo strettamente probatorio, deve essere sottoposta a revisione critica, con riferimento all'accertamento della subordinazione.

E invero, l'art. 62 di tale decreto dispone che il contratto di lavoro a progetto deve essere provato per iscritto; per effetto dell'art. 69 comma 2 la mancanza di prova determina la trasformazione in contratto di lavoro subordinato.

Aggiunge l'art. 69 comma 1 che la mancanza di specifico progetto determina il contratto si considera a tempo indeterminato fin dall'origine.

Deriva ancora dal comb. disp. degli art. 61, 69 e 86 che, al di fuori delle eccezioni lì previste, il lavoro, quantomeno *intra moenia*, si presume subordinato, salva appunto la prova contraria da fornirsi per iscritto.⁹⁹

Considerando che il progetto deve essere determinato e che pertanto genericità, formule di stile o progetti avulsi dall'attività del prestatore o del datore equivalgono a mancanza di progetto, procede che, in caso di contestazione, la prova della sussistenza della parasubordinazio-

96 *Ex multis*, ancora di recente, Cass. n. 9812 del 2008. *a)* inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale, *b)* assenza del rischio di impresa, *c)* la continuità della prestazione, *d)* obbligo di osservare l'orario di lavoro, *e)* cadenza e forma della retribuzione, *f)* utilizzazione di strumenti di lavoro, *g)* svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione dal datore di lavoro. Indici che possono essere considerati singolarmente o cumulativamente.

97 Cass. n. 10345 del 2008, n. 15979 del 2007.

98 Cass. n. 4171 del 2006 n. 1427 del 1997.

99 Trib. Ascoli Piceno del 13 marzo 2008, ord., http://www.cortecostituzionale.it/atti_promovimento/schedaOrdinanze.do?anno=2008&numero=183&numero_parte=1

ne deve essere data dal datore di lavoro; mentre resterà in capo all'ente l'onere di provare lo scostamento di fatto della prestazione iniziale o successiva rispetto a progetto iniziale astrattamente valido.

In queste ipotesi, perciò, più che nelle altre, la prova testimoniale con i lavoratori interessati al rapporto si presenta di dubbia ammissibilità.

6.4 *Inquadramento dell'attività*

Trattazione ampia meriterebbe la questione dell'inquadramento dei datori di lavoro a fini previdenziali e pertanto non vi possiamo che fare cenno. L'inquadramento aziendale è un potere riconosciuto all'IN-PS dalla legge anche con riferimento agli altri enti previdenziali. La situazione presenta aspetti autoritativi e paritetici, secondo gli effetti che si traggono dall'inquadramento. Cosicché l'onere della prova varia in funzione di essi.

6.5 *Ripetizione dell'indebito contributivo*

Per la stessa ragione non si può affrontare la questione dell'indebito contributivo. Esso poiché è relativo ad obbligazioni inderogabili *ex lege*, pur essendo regolato di massima dall'art. 2033 c.c. subisce numerose deroghe. L'azione comunque è soggetta all'onere della previa domanda.

6.6 *Sanzioni civili.*

Sulla sanzioni civili e sulla loro natura l'orientamento è inossidabile. Esse conseguono automaticamente e non possono in alcun modo escludersi o ridursi in dipendenza di stati soggettivi o della buona fede.¹⁰⁰

Sembra tuttavia che nell'ipotesi in cui l'inadempimento contributivo, appaia effettivamente incolpevole, dovrebbe essere coltivata l'ipotesi dell'interruzione del nesso causale tra mancato versamento e inadempimento, anche oltre l'ipotesi legale della condanna penale passata in giudicato del consulente del lavoro, per sondare se è percorribile la strada dell'esclusione delle sanzioni civili a carico del debitore incolpevole.

100 Da ultimo Cass. n. 8814 del 2008.

BIBLIOGRAFIA

- BARASSI 1932 - Barassi. *Il sistema delle assicurazioni sociali nell'ordinamento sindacale e corporativo*. Archivio di Sudi Corporativi 1932 p. 159 ss.
- CANNELLA 1970 - Cannella. *Corso di diritto della previdenza sociale*. Milano 1970. Giuffrè.
- COLLOQUI 2007 - Vallebona (a cura di). *Colloqui giuridici sul lavoro*. Il valore probatorio dei verbali ispettivi . Massimario di Giurisprudenza del Lavoro 2007 n. 12. *Contributi di*: Cinelli-Nicolini, p.14. - Franza, p. 22. - Gragnoli-Zaccarelli, p. 25. - Luiso, p. 29. - Marazza, p. 32. - Martone, p. 34. - Pandolfo, p. 38. - Papaleoni, p. 41. - Perulli, p. 47. - Pessi, p. 50. - Pozzaglia, p. 53. - Proia, p. 56. - Verde, p. 61. - Vaccarella, p. 61. - Vallebona, p. 63
- GASP-GUAD 2005 - Gaspari - Guadagnino. *Le ispezioni in azienda*. Roma 2005, Iuridica editrice.
- GUELI 1937 - Gueli. *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*. Trattato di diritto del lavoro diretta da Borsi e Pergolesi, IV, I, Padova 1954. Cedam.
- JANNACONE 1905 - Jannaccone. *I tributi speciali nella scienza della finanza e nel diritto finanziario italiano*. Torino 1905. Utet.
- LEVI SANDRI 1952 - Levi Sandri. *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*. Milano 1953. Giuffrè.
- MARGIOTTA 2005 - Margiotta. *Ispezioni in materia di lavoro*. Milano 2005. IV ed. Ipsoa.
- PERSIANI 1960 - Persiani. *Il sistema giuridico della previdenza sociale*. Padova 1960. Cedam.
- PERSIANI 1984 - Persiani. *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*. Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali. 1984, 481.
- PERSIANI 2000 - Persiani. *Diritto della previdenza sociale*. Padova 2000. XI ed. Cedam.
- PESSI 2005 - Pessi. *Lezioni di diritto della previdenza sociale. I Parte generale*. Padova 2005. Cedam.
- ROCCELLA 2008 - Roccella. *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 65/2008. http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/roccella_n65-2008it.pdf

Finito di stampare
nel mese di luglio 2009
presso la tipografia Seristampa
Palermo