

## **L'INDEBITO IN MATERIA PREVIDENZIALE E ASSISTENZIALE**

Rel. Anna Luisa Terzi - Consigliere Sezione Lavoro Corte d'Appello di Brescia

Brevi cenni di richiamo alla disciplina generale dell'azione di ripetizione dell'indebito.

Gli artt. 2033-2040 cod. civ. attribuiscono il diritto di ripetizione al soggetto che abbia effettuato una attribuzione patrimoniale in assenza (originaria o sopravvenuta) di causa o in relazione a un rapporto obbligatorio nel quale non era debitore. L'indebito pagamento di una somma di danaro, che è poi la fattispecie che viene (principalmente) in considerazione in materia previdenziale, è disciplinato dagli artt. 2033 e 2036 cod, civ., dai quali si possono enucleare i seguenti principi generali:

a. è indebito oggettivo sia il pagamento del tutto privo di causa (inesistenza//invalidità/inefficacia

originaria o sopravvenuta del rapporto obbligatorio) sia il pagamento eseguito dal debitore a favore di soggetto non creditore;

2) nell'indebito oggettivo è irrilevante l'elemento psicologico del solvens, in quanto l'azione di ripetizione è riconosciuta anche al soggetto che abbia volontariamente eseguito il pagamento nella consapevolezza della invalidità originaria o sopravvenuta del rapporto obbligatorio (appare questa infatti l'interpretazione più corretta, coerente con il disposto degli artt.

2034 e 2035 cod. civ. che si riferiscono a fattispecie di esecuzione di contratti nulli o inesistenti e discriminano non in base alla consapevolezza della nullità ma in base all'oggetto della obbligazione ed altresì coerente con l'art. 2036 cod. civ. che, a differenza del'art. 2033 cod.civ attribuisce espressamente rilevanza all'errore e alla natura dell'errore);

3)nell'indebito oggettivo lo stato psicologico dell'accipiens viene considerato unicamente al fine della decorrenza degli accessori e unicamente sotto il profilo della conoscenza della natura indebita del pagamento, con un richiamo alla nozione di buona/malafede in materia possessoria

(conoscenza o ignoranza della circostanza);

4) è indebito soggettivo il pagamento eseguito da un soggetto non debitore a favore di chi è creditore;

5) nell'indebito soggettivo l'elemento psicologico sia del solvens che dell'accipiens hanno invece rilevanza, in quanto segnano la linea di passaggio dalla tutela del patrimonio alla tutela del soggetto effettivamente creditore. Infatti, la natura indebita del pagamento non può essere opposta e l'azione di ripetizione non è riconosciuta né nell'ipotesi di errore non scusabile da parte del solvens nell'adempimento di una obbligazione altrui, né nell'ipotesi in cui l'accipiens (in ragione dell'intervenuto pagamento) si sia privato in buona fede delle garanzie del credito (con surrogazione legale di chi ha pagato art. 2036 cod. civ. ultimo comma).

L' indebito "previdenziale" ha, salvo ipotesi secondarie, la struttura di un indebito oggettivo in quanto l'attribuzione patrimoniale è priva di causa ed è erogata a soggetto, del tutto. L'indebito in materia previdenziale e assistenziale parzialmente, privo (per la parte che supera il dovuto) di un corrispondente diritto di credito.

Benché disciplinato da una legislazione speciale e da norme di diritto pubblico, il rapporto previdenziale ha mantenuto l'originaria struttura di rapporto di assicurazione (trilaterale o bilaterale) e, pur trattandosi di un rapporto a costituzione automatica e a contenuto indisponibile e normativamente predefinito (l'autonomia individuale solo in limitatissimi casi eccezionali può incidere sul soggetto o sull'oggetto del rapporto), è stata conservata quale norma di chiusura l'art. 1886 cod. civ., che prevede l'applicazione del diritto privato anche alle assicurazioni sociali in assenza di disposizioni speciali. Inoltre, l'azione di ripetizione dell'indebito è di applicazione generale e la relativa disciplina rimane quindi la disciplina di riferimento ogni qualvolta non sia d'erogata da norme speciali, anche per quanto riguarda i rapporti di assicurazione obbligatoria.

### ***L'indebito previdenziale nelle prestazioni Inps/Inail***

Già con una delle prime leggi di sistema, il r.d. n. 3184/23, e più precisamente con il relativo regolamento di attuazione, il r.d. n. 1422/24, è stata introdotta, all'art. 80, una norma speciale in deroga alla disciplina generale dell'indebito.

La finalità della disposizione è stata da subito individuata nella necessità di tutela dello stato di bisogno del destinatario della prestazione previdenziale, percettore in buona fede di somme superiori a quelle spettanti, che viene esonerato dall'obbligo di restituzione, ritenuto troppo gravoso per la (presunta) naturale destinazione di quanto ricevuto al soddisfacimento delle esigenze elementari di vita propria e dei familiari. In un contesto nel quale veniva assicurato, nel settore privato, il solo lavoro operaio o prevalentemente manuale e, per le qualifiche impiegatizie e assimilate, il solo lavoro con retribuzione non superiore a certi limiti (rd n. 376/07, d.l. n. 603/19, artt. 1 e 2 r.d. n. 3184/23), il fondamento presuntivo della norma derogatoria era coerente con la modesta entità dei trattamenti pensionistici e l'estrazione economico-sociale dei destinatari.

L'ultimo comma dell'art. 80 cit., seconda parte, disponeva che, decorso l'anno dall'avviso di liquidazione senza revoche o rettifiche, l'assegnazione della pensione fosse da considerare definitiva e che le successive rettifiche di eventuali errori, non dovuti a dolo dell'interessato, non avessero effetto sui pagamenti effettuati.

Nonostante con l'art. 141 del r.d.l. n. 1827/35 sia stata espressamente disposta l'abrogazione del r.d. del 1923, di cui il r.d. n. 1422/24 costituiva regolamento di attuazione, la giurisprudenza di legittimità, in assenza di altra norma analoga, ha affermato la sopravvivenza dell'art. 80 cit. e ne l'indebito in materia previdenziale e assistenziale ha continuato l'applicazione, severamente criticata da parte della dottrina, in un contesto normativo e di organizzazione e procedure amministrative diverso da quello originario.

Dopo varie incertezze (v. ad es. in senso particolarmente ampio Cass. 1217/69), la norma viene interpretata in modo aderente alla sua formulazione letterale, negando che il termine "errore" possa comprendere valutazioni o omissioni di valutazioni incidenti sul diritto alla pensione o a quote della stessa. Affermata la natura eccezionale della disposizione, l'ambito di operatività viene circoscritto, sul piano oggettivo, agli errori di calcolo o incidenti esclusivamente sul "quantum" intervenuti in fase di liquidazione o riliquidazione del trattamento pensionistico (da ultimo Cass. SSUU n. 310/89 e n. 2701/89). Restano quindi esclusi i pagamenti eseguiti per erronea attribuzione del trattamento non solo per inesistenza del rapporto di assicurazione, ma anche per insussistenza dei presupposti per il pensionamento e soprattutto tutti gli errori (compresi i ritardi) di riliquidazione per modificazioni nello stato di fatto o di diritto.

Viene anche precisato che, essendo la norma eccezionale (e, si dovrebbe aggiungere, inserita nel regolamento di esecuzione relativo all'attività di un ente ben determinato), la stessa non può essere estesa a rapporti diversi da quelli intercorrenti con l'Inps (già INFPS, già Cassa Nazionale di previdenza).

I contrasti giurisprudenziali, soprattutto fra la giurisprudenza di merito e di legittimità, rispetto ai quali prevale questa interpretazione, si collocano in un periodo storico caratterizzato da notevole contenzioso quando, con l'ampliamento dei compiti dell'Inps, con la sempre maggiore articolazione legislativa e con l'estensione della tutela a sempre nuove categorie di lavoratori (nel 1950 viene abolito il limite di reddito per gli impiegati, dal 1957 al 1966 vengono istituite le Casse per coltivatori diretti, mezzadri e coloni, artigiani e commercianti), l'errore o, più sovente, il ritardo nell'adeguamento dei trattamenti pensionistici da parte dell'Istituto, che sconta una notevole inefficienza di organizzazione e azione amministrativa, diventano fenomeni frequenti e di rilevanza sociale. Basti

pensare ad alcune delle fattispecie che "creano" casistica ossia la riliquidazione delle pensioni di reversibilità per l' "uscita" (perdita dei requisiti) di uno degli

originari aventi diritto o le quote aggiuntive su più trattamenti tutti corrisposti dall'Inps, casi per i quali l'Istituto è sicuramente in possesso delle notizie necessarie per provvedere tempestivamente in conformità alle norme di legge. In queste ipotesi l'errore, o meglio il ritardo dell'ente erogatore, determina spesso pagamenti indebiti

di entità modesta, se non minima, o comunque su pensioni a loro volta di importo modesto; tali pagamenti vengono tuttavia reiterati per lungo tempo e possono essere recuperati nel termine decennale di prescrizione. Le modeste somme mensili diventano così notevoli importi capitali, per la cui restituzione, tramite trattenuta diretta sulla pensione, valgono limiti (art. 128 r.d.

1827/35, art. 69 L. n. 153/69, 545 ultimo comma l'indebito in materia previdenziale e assistenziale cpc) tanto più penalizzanti quanto più la pensione in godimento si approssima al minimo esistenziale. Si tratta di ipotesi che rimangono fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 80 in quanto conseguenti ad errori ( o ritardi) di riliquidazione incidenti sul diritto alla prestazione.

L'art. 80 cit. viene anche indiziato di incostituzionalità per disparità di trattamento rispetto alle disposizioni emanate per i pubblici dipendenti e precisamente rispetto all'art. 206 dpr n. 1092/73 che, salvo sempre il caso di dolo dell'assicurato, esclude la ripetizione delle somme indebitamente erogate a seguito di revoca o modifica per errore, di qualsiasi natura, di un precedente provvedimento definitivo di liquidazione o riliquidazione. La Corte Costituzionale dichiara, però, l'eccezione inammissibile poiché l'art. 80 è norma regolamentare (ord. 854/88).

In questo contesto interviene il legislatore introducendo con l'art. 52 L. n. 88/89 una nuova disciplina. Dispone il primo comma: "Le pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti, delle gestioni

obbligatorie sostitutive o, comunque, integrative della medesima, della gestione speciale minatori, delle gestioni speciali per i commercianti, gli artigiani, i coltivatori diretti, i mezzadri e coloni nonché la pensione sociale, di cui all'art. 26 della L. 30 aprile 1969 n. 153, possono essere in ogni momento rettificate dagli enti o fondi erogatori, in caso di errore di qualsiasi natura commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della prestazione." E il secondo comma "Nel caso in cui, in conseguenza del provvedimento modificato, siano state riscosse rate di pensione risultanti non dovute, non si fa luogo a recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato. Il mancato recupero delle somme predette può essere addebitato al funzionario responsabile solo in caso di dolo o colpa grave". Analoga disposizione è dettata per l'Inail dal successivo art. 55 comma 5.

E' palese il capovolgimento di prospettiva: gli artt. 52 e 55 cit. sono norme eccezionali rispetto all' art. 2033 e seg. Cod. civ. e introducono, in materia di trattamenti pensionistici Inps e di trattamenti Inail, un principio diametralmente opposto: quello della generale non ripetibilità dei pagamenti non dovuti, salvo il dolo dell'assicurato.

**L'ampiezza della deroga all'obbligo di restituzione viene però ridotta, nel volgere di un paio d'anni**, all'art. 13 L n. 412/91, che, qualificandosi come norma di interpretazione autentica, limita l'ambito di applicazione dell'art. 52 L n. 88/89 agli indebiti pagamenti successivi a provvedimenti formali e definitivi, comunicati all'interessato, e prevede inoltre che "L'omessa od incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite". E' noto che con sentenza n. 39/93 la Corte Costituzionale, esclusa la natura interpretativa, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 13 primo comma L. n. 412/91, l'indebito in materia previdenziale e assistenziale per violazione degli art. 3 e 38 cost., nella parte in cui disciplinava retroattivamente i rapporti antecedenti alla sua entrata in vigore, creando una disparità di trattamento fra pensionati in identiche situazioni sostanziali, in ragione solo della data in cui per alcuni di essi era stata sancita l'irripetibilità delle prestazioni, e frustrando inoltre l'affidamento sulla certezza del diritto in una vasta categoria di cittadini a reddito non elevato.

*L'ampia estensione sotto il profilo oggettivo dell'art. 52 (e per conseguenza logica anche dell'art. 55) è stata confermata, poco dopo la sua entrata in vigore, dalla Corte Costituzionale.*

Respingendo, perché non fondata, un'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 52 per violazione degli artt. 3 (disparità di trattamento con i pubblici dipendenti) e 38 cost., la Corte afferma: "La disposizione in esame risolve radicalmente la problematica insorta in materia di

rettifica di errori in cui può incorrere l'ente erogatore delle pensioni e in quella conseguente della ripetibilità delle somme riscosse dal pensionato. Si sancisce che non sono ripetibili le somme riscosse, qualunque sia stata la ragione dell'errore e qualunque sia stato il provvedimento, sul quale ha inciso l'errore dell'ente, compresa la ritenuta sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del diritto, compresi e i provvedimenti di annullamento e di revoca delle prestazioni previdenziali non seguiti da altri atti amministrativi. In altri termini, è sancita l'irripetibilità delle somme erogate, sia che l'errore sia caduto sull'ansia sul quantum" (la tempestività della pronuncia, provocata con ordinanza 21.2.90 dal Pretore di Ferrara, fa sorgere il dubbio che la fattispecie concreta non rientrasse nel novero di quelle a cui, per questioni di diritto intertemporale, sarebbe stato applicabile l'art. 52 secondo la successiva giurisprudenza di legittimità).

Questa interpretazione è del tutto condivisa dalla Corte di Cassazione che, in numerose pronunce, enuncia lo stesso principio in via generale (ex multis fra le prime Cass. n. 4805/89, n. 1578/91), e ne fa poi applicazione in ipotesi specifiche, ritenute precedentemente estranee all'art. 80: l'errore di calcolo della perequazione automatica (Cass. n. 11443/95), la parziale sovrapposizione di due trattamenti incompatibili (pensione sociale e pensione di invalidità, Cass. n. 12812/93), la prosecuzione del pagamento della pensione di invalidità nonostante il riacquisto della capacità di guadagno (Cass. n. 1034/92), la corresponsione della perequazione automatica su due pensioni (Cass. n. 12035/93, 12820/93), la mancata cristallizzazione della integrazione al minimo su una delle due pensioni in godimento (Cass. 12822/93), i pagamenti non dovuti eseguiti in una situazione nella quale l'Istituto era in condizioni di conoscere l'inesistenza o la sopravvenuta estinzione del diritto, indipendentemente da comunicazioni del pensionato in ordine alla propria situazione reddituale o previdenziale (Cass. n. 8158/94, n. 8954/94). In linea di principio vengono escluse solo l'inesistenza del rapporto assicurativo e l'erogazione fatta a l'indebito in materia previdenziale e assistenziale persona nei riguardi della quale non sia iniziato un procedimento di liquidazione (Cass. n. 1578/91, n. 1420/93 e per tutte Cass. SSUU 1315/95), ma nella decisione di alcune fattispecie particolari si introducono interpretazioni più restrittive in relazione a casi nei quali non viene ravvisato un errore ascrivibile all'ente o perché le somme sono state espressamente corrisposte ed accettate a titolo di acconto (Cass. n. 8040/96) o perché la duplicazione di pagamento dovuta ad un errore di digitazione non può costituire un errore in senso proprio ossia un errore di determinazione incidente sul provvedimento di assegnazione o liquidazione (e viene contestualmente escluso un possibile affidamento dell'assicurato che riceve il duplice pagamento Cass. n. 8953/94), o perché l'erogazione può essere stata eseguita in una situazione di obbiettiva incertezza, tale da caratterizzarla come provvisoria (revoca della pensione di invalidità civile presupposto della successiva attribuzione della pensione sociale, Cass. n. 5193/94).

Proprio in considerazione dell'insussistenza dell'errore e "della fisiologica sfasatura temporale fra momento in cui deve avvenire l'erogazione della pensione" e momento in cui può essere

accertato il diritto all'erogazione medesima, la maggior parte della giurisprudenza di merito e la giurisprudenza di legittimità, nonostante l'ampiezza del campo di applicazione dell'art. 52, hanno subito eccettuato tutte le norme precedenti che per essere dettate specificamente per l'una o per l'altra fattispecie particolare avessero precedentemente natura speciale rispetto a quelle ritenute di carattere generale in materia di indebito previdenziale (art. 80 cit., art. 69 L n. 153, art. 2033 cod. civ.) e così, in particolare, tutte le ipotesi di superamento del limite reddituale accertabile dall'Istituto nell'anno successivo a quello dei pagamenti poi risultati non dovuti e la disciplina dei "pro rata" esteri in attesa della definizione dei trattamenti erogati dagli istituti previdenziali stranieri (Cass. n. 701/95, Cass. n. 10721/95, Cass. 4612/92, Cass. n. 11634/92, Cass. 2910/94, Cass. n. Cass. n. 10999/96, Cass. n. 11331/96, Cass. n. 11010/96, Cass. n. 11011/96, Cass. n. 11484/96, Cass. n. 6918/96). E quest'orientamento appare del tutto ineccepibile, essendo talmente evidente la specialità delle disposizioni da non poter essere ricondotta la fattispecie considerata nell'alveo della disciplina generale senza irrisolvibili incongruenze.

E' sorto invece un forte contrasto, sia nella giurisprudenza di merito che in quella di legittimità, sull'efficacia temporale delle nuove norme. Accanto a pronunce che ne affermavano la natura retroattiva, quale sanatoria generalizzata, con obbligo dell'Istituto di restituire quanto già trattenuto in esecuzione di provvedimenti di recupero emessi prima della entrata in vigore della legge e non interamente eseguiti (Cass. n. 10454/91), vi sono state pronunce (orientamento nettamente maggioritario) che hanno dichiarato non ripetibili solo le somme per le quali non era già intervenuto il recupero, essendo considerato e disciplinato autonomamente dalla nuova l'indebito in materia previdenziale e assistenziale norma l'atto di recupero in sé, precisandosi inoltre in alcune che la legittimità dei recuperi antecedenti doveva essere comunque valutata ex art. 80 (fra le molte Cass. n. 7596/90, Cass. n. 10061/90, Cass. n. 4061/91, Cass. n. 10166/91, Cass. n. 8792/91, Cass. n. 842/92 e inoltre tutte le pronunce sopra richiamate nella esemplificazione della casistica).

***Intervengono quindi le sezioni unite a dirimere il contrasto*** (forse più apparente che reale, perché la giurisprudenza da ultimo citata si stava assestando su un orientamento tutto sommato abbastanza uniforme) e con la sentenza n. 1315/95 escludono radicalmente la possibilità di applicare l'art. 52 a pagamenti indebiti anteriori all'entrata in vigore della L. n. 88/89. Con un ragionamento molto articolato e rigoroso sul piano della logica formale ed esplicitando in modo analitico contenuto e conseguenze dei principi giuridici di riferimento, la Corte - premesso che la retroattività di una legge deve risultare in modo espresso o per inequivoca volontà del legislatore e ripercorsi i vari argomenti addotti dalla precedente giurisprudenza per affermare una simile volontà legislativa non espressa - esclude che l'obbligo di restituzione con i relativi limiti, che sorge ex legge con effetto istantaneo dall'indebito, possa essere assimilato a un rapporto di durata o confuso con il rapporto previdenziale, che dello stesso è solo occasione o presupposto; individua nell'obbligo di restituzione l'elemento costitutivo della fattispecie legale e non una modalità successiva e attuativa di altro obbligo; nega quindi che tale obbligo possa produrre "effetti" perduranti nel tempo e suscettibili di diversa disciplina rispetto al fatto

generatore del diritto; argomenta, per confutare le diverse tesi dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 L. n. 412/91, che diversamente, per gli stessi motivi, dovrebbe trovare applicazione anche per gli indebiti anteriori alla sua entrata in vigore; conclude quindi che è al momento dell'esecuzione del pagamento, poi risultato indebita, che si deve fare riferimento per stabilire quale sia la legge applicabile.

La conseguenza è che i pagamenti indebiti eseguiti prima del 28.3.89 restano disciplinati dall'art. 80 (secondo l'interpretazione giurisprudenziale di cui sopra), mentre quelli successivi sono disciplinati dall'art. 52 (e per l'Inail conseguentemente dall'art. 55).

**Di questi principi viene fatta immediata applicazione dalle stesse sezioni unite nella sentenza n. 1965/95, in pari data 21.10.94.**

Questa rigorosa interpretazione s'inserisce però in una situazione di perdurante pendenza di numerosissime controversie in materia di ripetizione di prestazioni previdenziali indebite e crea una netta frattura fra situazioni sostanzialmente analoghe e quindi una contrapposizione di rilievo non solo giuridico ma anche sociale fra pensionati tutti esposti ad azioni di recupero nello stesso periodo o in periodi contigui, il cui obbligo restitutorio si è determinato per le stesse erronee modalità di condotta dell'ente previdenziale e le cui posizioni vengono distinte unicamente in base a un dato temporale (anzi, la distinzione opera spesso anche in relazione all'indebito in materia previdenziale e assistenziale un unico trattamento, quando parte dell'indebito è stata erogata prima e parte dopo il 28.3.89).

Infatti, è la stessa Corte di Cassazione, sezione lavoro, che, con sette ordinanze in data 7.4.95, dopo solo cinque mesi, rimette gli atti alla Corte Costituzionale, ritenendo non manifestamente infondata la questione di illegittimità dell'art. 6, comma 11 quinquies L. n. 638/83 e dell'art. 2033 cod. civ., quest'ultimo in relazione alla applicazione dell'art. 19 L. n. 843/78, per violazione degli artt. 3 e 38 cost.. Le controversie nelle quali viene sollevata l'eccezione hanno per oggetto fattispecie analoghe: in alcune l'indebito riguarda integrazioni al minimo che l'Istituto ha continuato a corrispondere per lunghi periodi di tempo nonostante fosse venuto a conoscenza del superamento dei limiti di reddito che le consentivano, in altre si tratta del pagamento per svariati anni della perequazione automatica su due trattamenti. La disparità di trattamento viene denunciata sia con riferimento alla normativa in vigore per gli ex dipendenti pubblici, sia con riferimento alla normativa che limita la ripetibilità per i trattamenti Inps, secondo l'interpretazione giurisprudenziale delle varie disposizioni in materia, che fra l'altro non consentirebbe, per quanto riguarda in particolare l'art. 6 comma 11 quinquies L. n. 638/83 di distinguere il ritardo "fisiologico", che giustifica la specialità della norma dal ritardo "patologico", che lede l'affidamento del pensionato. A dire il vero, quest'ultima questione era già stata superata da Cass. n. 11634/92 e Cass. n. 9916/93, che avevano distinto il ritardo "fisiologico" nell'adeguamento determinato dalla non possibile tempestiva conoscenza della situazione reddituale, dal ritardo "patologico" protratto dopo l'acquisizione di tale conoscenza, ma entrambe le pronunce avevano fatto applicazione retroattiva dell'art. 52 in contrasto con SSUU n. 1315/95.



Con la sentenza interpretativa di rigetto n. 166/96 la Corte Costituzionale, ritenuta manifestamente inammissibile l'eccezione di illegittimità dell'art. 2033 cod. civ., dichiara non fondata l'eccezione di illegittimità dell'art. 6 comma 11 quinquies L n. 638/83 sulla scorta dei seguenti rilievi:

a) la diversità di fattispecie impedisce un confronto diretto fra l'art. 6 comma 1 quinquies e l'art. 52 ex art. 3 cost.;

b) l'art. 6 comma 11 quinquies contiene però una lacuna di previsione relativamente alla ipotesi di recupero dell'indebito nel caso in cui l'Inps continui a corrispondere l'integrazione sulla seconda pensione, pur trovandosi in grado di accertare il superamento dei limiti di reddito, caso che è estraneo all'ambito normativo della norma;

c) è possibile colmare la lacuna con una interpretazione funzionale alla ratio legis della disposizione introducendo una corrispondente eccezione conforme a un principio direttivo dell'indebito previdenziale, ricavabile dalle norme particolari che lo compongono;

d) come già enucleato con la sentenza n. 431/93, questo principio di settore proprio del sottosistema previdenziale oggetto del giudizio esclude la ripetizione in presenza di una situazione di fatto avente come minimo l'indebito in materia previdenziale e assistenziale comune denominatore la non addebitabilità al percipiente della erogazione non dovuta;

e) il principio può essere specificato in relazione all'art. 6 comma 11 quinquies, coordinato con il precedente comma 4, nel senso dell'esclusione della ripetibilità dei pagamenti della integrazione al minimo non dovuti e proseguiti dopo che l'ente previdenziale abbia comunque avuto la disponibilità delle informazioni necessarie l'accertamento del reddito del pensionato;

f) così come ex art. 13 L n. 412/91 è irrilevante lo stato soggettivo di buona fede qualora l'indebito derivi da omessa comunicazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto a pensione o sulla sua misura non conosciuti o conoscibili dall'ente, è altrettanto irrilevante lo stato soggettivo di malafede, escluse le ipotesi di dolo, qualora l'erronea erogazione sia addebitabile all'Istituto;

g) non potendo avere il limite così individuato applicazione immediata, essendo necessario un tempo tecnico all'ente per provvedere agli adeguamenti, sempre in via interpretativa si può trarre dall'art. 13 cit., ancorché non immediatamente applicabile, un criterio di orientamento (un anno).

Nonostante si tratti di una sentenza interpretativa di rigetto, tutti principi enucleati sono stati fatti propri dalla Corte di Cassazione che li ha sistematicamente applicati (nel breve periodo di tempo fra la sentenza e la L n. 662/96) alle diverse fattispecie (compresa la perequazione automatica) ogni qualvolta l'indebito fosse ascrivibile a un errore dell'ente previdenziale, salvo qualche incertezza per quanto riguarda il discrimine temporale che viene talvolta indicato in un periodo variabile da 120 giorni ex art. 7 L n. 533/73 a un anno ex art. 13 cit. (Cass. n. 10999/96, Cass. n. 11010/96, Cass. n. 1101/96, Cass. n. 11484/96, Cass. 11548/96 Cass. n. 11331/96, Cass. n. 11548/96, Cass. n. 11.484/96).

La casistica è tutta relativa a fattispecie di indebito anteriori al 28.3.89.

**Sulla sentenza n. 166/96 della Corte Costituzionale vanno svolte alcune precisazioni e riflessioni.** Innanzi tutto il "sottosistema" previdenziale a cui ci si riferisce è solo quello di cui all'art. 52 L n. 88/89, ossia le pensioni Inps, atteso che la precedente sentenza richiamata, n. 431/93, è quella con la quale si è esclusa (pur auspicando l'intervento del legislatore) l'applicabilità dell'art. 52 all'Enasarco e che la stessa Corte Costituzionale ha ripetutamente escluso la possibilità di raffrontare ex art. 3 cost. sistemi previdenziali diversi. In secondo luogo va rilevato che da un lato non viene posta in discussione l'interpretazione che delle varie disposizioni in materia è stata operata dalle sezioni unite della Cassazione, mentre dall'altro non si cita, nemmeno nella sentenza n. 431/93, alcuna altra norma applicabile all'Inps diversa da quelle disposizioni. Ne deriva che il principio di settore è stato enucleato da norme successive alle fattispecie rispetto alle quali è stata sollevata l'eccezione. Ne deriva che attraverso il principio di settore si è, in sostanza, aperta la via all'applicazione retroattiva dell'art. 52 (come ha rilevato, non senza una sottile e garbata vena polemica, la sezione lavoro nella sentenza n. 10999/96). L'indebito in materia previdenziale e assistenziale o, alternativamente, a una diversa interpretazione dell'art. 80 rispetto all'interpretazione che della norma hanno dato le sezioni unite (come è stato ritenuto sempre dalla sezione lavoro nella sentenza n. 11243/96).

*Alcune altre osservazioni. Si è detto che con l'art. 52 si è voluta superare la precedente restrittiva normativa, equiparando i pensionati del settore privato con quelli del settore pubblico.*

In realtà questa norma ha introdotto una disciplina molto più favorevole: con esclusione solo delle ipotesi della inesistenza del rapporto assicurativo e del dolo del pensionato, per il resto ogni erogazione indebita sarebbe stata definitivamente acquisita dal destinatario. L'art. 206 dpr n. 1092/73, così come interpretato dall'art. 3 comma 1 L n. 428/85 e tenendo pur conto del disposto del successivo art. 9, aveva invece sempre consentito la ripetizione di quanto erogato in via provvisoria, ossia prima del provvedimento definitivo di assegnazione (salvo il potere discrezionale della amministrazione di non procedere al recupero in ragione delle condizioni economico-sociali del debitore).

**L'art. 13 L n. 412/91** (ritenuto incostituzionale perché retroattivo, ma dal quale poi si sono ricavati principi da applicare retroattivamente) ha introdotto sostanzialmente lo stesso criterio; tuttavia la mancata previsione di un termine entro il quale il provvedimento definitivo deve intervenire può vanificare gli scopi perseguiti con l'art. 52, a meno di non affermare che il termine di un anno, di cui al secondo comma, costituisce un riferimento per tutti i provvedimenti che deve adottare l'Istituto. Non esiste casistica sull'art. 13, primo comma, vi è però una sentenza della Corte di Cassazione, n. 8420/93, nella quale, incidentalmente, si afferma che l'eccezione difensiva dell'Inps, basata sulla inesistenza di un provvedimento formale notificato al pensionato quanto all'indebito pagamento della integrazione al minimo per superamento dei limiti di reddito, è stata recepita da questa disposizione, che poi non viene applicata, perché nel frattempo dichiarata incostituzionale. Non si può considerare questa pronuncia un precedente e non è facile delineare il campo di applicazione della norma, perché non sempre vi è un provvedimento "definitivo" formale notificato all'interessato ogni qualvolta vi sia una variazione quantitativa del trattamento in atto, quanto meno per ciò che concerne sopravvenute modificazioni delle disposizioni legislative o anche solo dei parametri di adeguamento. O si ritiene che la disposizione sia applicabile solo nei casi in cui dopo la prima liquidazione vi sono successivi provvedimenti formali di riliquidazione (ad es. pensioni di reversibilità) o si ritiene che per provvedimento formale debba intendersi qualsiasi comunicazione cartacea compresi ad es. i prospetti Inps di liquidazione annuali o infrannuali per sopravvenuta modifiche (mod. OBisM), diversamente l'ambito di irripetibilità verrebbe sensibilmente ristretto in contrasto con il principio di settore enucleato dalla Corte Costituzionale. L'indebito in materia previdenziale e assistenziale.

**Il tenore letterale dell'art. 13 cit. potrebbe indurre a ritenere che la norma sia stata dettata solo per i trattamenti pensionistici Inps e non per le prestazioni Inail.** In realtà si tratta di un difetto di coordinamento, non essendovi alcun motivo logico per una simile discriminazione e ciò a maggior ragione se si considera il più ampio ambito di applicazione dell'art. 55, che si riferisce a tutte le prestazioni Inail (in questo senso si è già pronunciata la giurisprudenza di legittimità e incidentalmente Cass. SSUU n. 30/00). Non va infatti dimenticato che la "ratio" dell'analoga disposizione per il settore pubblico è stata individuata nel fatto che la natura provvisoria del provvedimento pone di per se stessa il destinatario nella condizione di non potere fare affidamento sulla spettanza integrale delle somme corrisposte.

Tutti i principi illustrati sono estensibili all'art. 55 comma 5 L n. 89/88 "per quanto di ragione", con la precisazione che il primo periodo del comma 5 è stato abrogato e sostituito dall'art. 9 d. legisl. n. 38/00. Con questa norma è stata interamente disciplinata, con effetto retroattivo, la rettifica per errore che, non essendo oggetto di nessuna disposizione legislativa, aveva, come è noto, originato forti contrasti giurisprudenziali sia nella giurisprudenza di merito che in quella di legittimità, contrasti non risolti nemmeno con l'art. 55 comma 5, non avendo lo stesso effetto retroattivo (si vedano per tutte Cass. n. 6785/91 e Cass. n. 771/92). La questione non ha più rilevanza ex art. 9 cit., si può solo notare, per quanto attiene alla ripetizione dell'indebito, che le affermazioni contenute nelle sentenze di cassazione, che ritenevano ammissibile la rettifica per errore, secondo le quali l'art. 55 aveva effetto meramente ricognitivo quanto al potere di rettifica e effetto innovativo quanto alla disciplina della ripetizione dell'indebito, vanno un po' ridimensionate, perché l'Inail aveva sempre introdotto la rettifica con il procedimento ex art. 83 TU n. 1124/65, fissando quindi la decorrenza in base al successivo art. 84 e senza pretese di ripetizioni ex tunc.

Per quanto riguarda le modalità e la misura del recupero dell'indebito attraverso trattenute sui trattamenti in atto, la disciplina è quella di cui all'art. 69 L n. 153/69: pignorabilità e quindi compensabilità (art. 1246 cod. civ.) nei limiti del quinto, fermo restando il trattamento minimo e senza aggravio di interessi, salvo il dolo del pensionato. La Corte Costituzionale, sempre nella sentenza n. 166/96, ha proposto un'interpretazione dell'art. 6 comma 11 quinquies L n. 638/83, che consente il recupero "in deroga ai limiti posti dalla normativa vigente", negando che possa essere inteso, come sostenuto invece dalla Corte di Cassazione, quale possibilità di superare i limiti posti dall'art. 69 cit. Sembra però più corretta l'interpretazione della Corte di Cassazione sia perché i limiti della normativa vigente non potevano essere individuati nell'art. 80, la cui applicabilità era esclusa proprio per la specialità della norma, sia perché altre disposizioni analoghe, come l'art. 11 L n. 155/81, fanno espresso riferimento "ai limiti di cui all'art. 69 dell'indebito in materia previdenziale e assistenziale legge 30 aprile 1969 n. 153".

L'autorizzazione per norma di legge a superare questi limiti va comunque circoscritta al limite del quinto, ferma restando l'intangibilità del trattamento minimo (art. 38 cost.), come si desume dall'ultimo comma dell'art. 69, che, per il caso di dolo dell'assicurato, prevede solo l'aggravio degli interessi maturati sul capitale (s'intende dalla data dei pagamenti).

Va segnalato un contrasto di giurisprudenza sulla possibilità di "compensare" dovuto e indebito fra pensioni diverse, decurtando il dovuto di quanto corrisposto allo stesso titolo ed indebitamente erogato su una pensione diversa (nelle fattispecie considerate si tratta d'integrazioni al minimo su due trattamenti, Cass. n. 6142/01 e Cass. n. 2635/94).

L'applicazione della disciplina generale di cui agli artt. 52 e 55 L. n. 88/89 come integrata

dall'art. 13 L. n. 412/91 è stata, come noto, "sospesa" da provvedimenti legislativi successivi.

**L'art. 1 L n. 662/96 commi 260, 261, 262, 263 e 265 ha infatti disposto con criteri del tutto diversi per l'indebito pagamento di pensioni, quote pensioni, trattamenti di famiglia o rendite eseguito anteriormente al 1.1.96** da parte di enti pubblici di previdenza obbligatoria: è esclusa la ripetizione nei confronti di titolari di reddito personale imponibile per l'anno 1995 non superiore a 16 milioni di lire, mentre la ripetizione è prevista nei limiti dei tre quarti del corrisposto per i fruitori di redditi superiori; non si procede a recupero nei confronti degli eredi. Il recupero, senza interessi, avviene mediante trattenuta sulla pensione nei limiti del quinto del suo importo e per l'eventuale residuo è rateale su ventiquattro mesi, salva la possibilità di ulteriore dilazione se necessaria per non superare il limite del quinto. E' sempre eccettuata, anche per quanto riguarda gli eredi, l'ipotesi di dolo dell'assicurato. Per quanto riguarda le ipotesi di dolo va registrata una disarmonia fra il comma 260 e il comma 265.

Mentre il comma 260 si riferisce genericamente a tutti gli enti di previdenza obbligatoria, il comma 265 dispone che si proceda al recupero dell'intera somma qualora venga accertato il dolo del soggetto che abbia indebitamente percepito i "trattamenti Inps, Inail e pensionistici di guerra" (per i quali ultimi il comma 264 detta una disciplina ancor più favorevole). Ora, poiché la volontà legislativa di comprendere nella disciplina tutti i trattamenti menzionati nel comma 260 emerge dal generico riferimento agli enti di previdenza e dall'assenza di distinzioni fra i trattamenti medesimi, si deve ritenere che le indicazioni specifiche contenute nel comma 265 siano frutto di una carente tecnica legislativa (l'ipotesi del dolo era oltretutto già stata esclusa dal precedente comma 264 per le pensioni di guerra) o che abbiano al più una funzione esemplificativa, ma non certo limitativa né nel senso di circoscrivere l'ambito d'applicazione della intera disciplina solo ai trattamenti Inps, Inail e di guerra, né, tanto meno, nell'indebito in materia previdenziale e assistenziale senso di non consentire la ripetizione nel caso di dolo dell'assicurato per i trattamenti erogati da enti di diversi (Cass. SSUU n. 2333/97, Cass. SSUU n. 30/00).

Successivamente l'art. 38 L n. 448/01, commi 7, 8, 9 e 10 ha reiterato la disciplina appena illustrata, con lo stesso limite di reddito e per i periodi anteriori al 1.1.01, ma in base al comma 7 unicamente per le "prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia a carico dell'Inps" e il riferimento ai soli trattamenti Inps è ribadito dal comma 10, che eccettua le ipotesi di dolo (con questa legge all'art. 80 comma 25 è stata anche introdotta una ipotesi di assoluta non ripetibilità in caso di estinzione del giudizio per abbandono della lite nelle controversie aventi per oggetto l'applicazione della L n. 257/92 - rivalutazione periodi assicurativi amianto – ai lavoratori già pensionati).

La particolarità di questa tecnica legislativa di regolare solo eventi passati (i pagamenti indebiti) ma senza efficacia retroattiva, mantenendo per quelli che si sono verificati dopo una certa data o che si verificheranno in futuro la disciplina precedente ha creato e crea problemi di coordinamento e di delimitazione dell'ambito di operatività delle diverse disposizioni.

Una netta frattura si è determinata nella giurisprudenza di legittimità sia in ordine al coordinamento con la normativa "precedente", sia in ordine all'efficacia temporale delle nuove disposizioni. Secondo un orientamento minoritario la L. n. 662/96 sarebbe stata applicabile solo agli indebiti risultati ripetibili ex artt. 52 e 13 citati sia perché non ne era stata espressamente disposta l'efficacia retroattiva, sia perché una diversa interpretazione avrebbe creato una disparità di trattamento, sia, infine, perché una diversa interpretazione sarebbe stata in contrasto con il principio di settore indicato dalla Corte Costituzionale (vari altri argomenti secondari vengono poi spesi in motivazione, Cass. n. 6369/97). Secondo un altro orientamento minoritario la L. n. 662/96 sarebbe stata applicabile retroattivamente, non essendo esclusa la retroattività come invece espressamente per le pensioni di guerra dal comma 264, con conseguente obbligo di restituzione di quanto precedentemente riscosso e non dovuto in base alle nuove norme (Cass. n. 4424/97).

Il contrasto è stato risolto da Cass. SSUU n. 30/00 che ha enucleato alcuni principi, del tutto condivisibili:

1) la disciplina posta dalla L. n. 662/96, e conseguentemente dalla successiva L. n. 448/01, è interamente sostitutiva di quella di cui all'art. 52 (e all'art. 55) della L. n. 88/89 integrata dall'art. 13 L. n. 412/91 e non è meramente residuale per le ipotesi in cui, in applicazione di quest'ultima, si configuri un indebito ripetibile a danno dell'assicurato;

2) la disciplina in oggetto non ha effetto retroattivo e si applica quindi solo a pagamenti indebiti per i quali non si sia già ottenuto il recupero prima della sua entrata in vigore;

3) la legittimità dei recuperi già eseguiti va quindi valutata in base alle leggi anteriori;

4) posto che ogni singolo indebito in materia previdenziale e assistenziale pagamento costituisce un autonomo indebito, per i recuperi in corso al momento dell'entrata in vigore della L. n. 662/96 (o della L. n. 448/01) e per i quali sia stata già proposta azione per contestare la

ripetibilità si applicano gli artt. 52 L n. 88/89 e 13 L. n. 412/91 se anteriori alla domanda giudiziale e le norme successive se posteriori alla stessa (per il principio della retroattività degli effetti della sentenza);

5) per gli indebiti successivi all'1.1.96 (o all'1.1.01) s'applicano nuovamente gli artt. 52 L n. 89/88 e 13 L n. 442/91 (in precedenza si era già pronunciata nello stesso senso Cass. SSU n. 2333/97 chiamata a dirimere però un altro contrasto).

Per "interamente sostitutiva" s'intende non solo che non vi è possibilità di coesistenza con le norme precedenti, ma anche che la L n. 662/96 ha introdotto criteri incompatibili: l'indebita erogazione di somme non dovute viene assunta nella accezione più ampia, a prescindere dall'esistenza di un errore e della sua addebitabilità all'ente di previdenza, essendo eccettuate solo le ipotesi di dolo e di inesistenza del rapporto previdenziale (Cass. n. 328/02). Si ritiene quindi che incidano sul diritto al recupero unicamente i limiti di reddito e di restituzione indicati dalla norma. Qualsiasi prestazione indebita è o no recuperabile (per 3/4) non per caratteristiche specifiche proprie di disciplina legislativa (superamento di limiti di reddito, pro rata esteri, ecc.) o di fattispecie concreta (ad es. duplicazione per errore di digitazione v. Cass. n. 586/98) ma esclusivamente con riferimento alle condizioni reddituali del percettore (Cass. SSUU n. 30/00, Cass. n. 14759/99, Cass. n. 9967/00, Cass. n. 2921/03).

I limiti di reddito (netto imponibile Irpef), che vanno provati dal pensionato che li eccepisce, vanno poi definiti secondo le norme vigenti che escludono la computabilità di alcune erogazioni quali i trattamenti di famiglia, la casa d'abitazione, il tfr, gli arretrati soggetti a tassazione separata ecc. (in questo senso anche le circolari del Ministero del Lavoro n. 96/97 e 154/97 e degli Istituti, v. circ.

Inps n. 84 24.4.02, circ.

Inail n. 73 7.8.97).

Per quanto riguarda poi la delimitazione oggettiva/soggettiva dell'ambito di applicazione delle diverse discipline non vi è una totale sovrapposizione e una generalità di applicazione a tutti i trattamenti pensionistici del settore privato e di quello pubblico (a prescindere dalle pensioni di guerra che comunque non hanno fondamento assicurativo ma risarcitorio, art. 1 dpr n. 834/81).

Innanzitutto va osservato che la L n. 448/01, per la sua precisa formulazione letterale, non pare possa essere estesa a trattamenti diversi da quelli erogati dall'Inps, con la conseguenza che per i trattamenti erogati dallo Stato, dall'Inpdap, dall'Inail per i periodi successivi all'1.1.96 s'applica la disciplina generale anteriore che per i primi due è quella di cui all'art. 206 dpr n. 1092/73, come interpretato dall'art. 3 L n. 428/85 e per il terzo è l'art. 55 L n. 88/89. A questo L'indebito in materia previdenziale e assistenziale proposito va anche osservato che, in base

alla formulazione letterale delle varie disposizioni, non trovano applicazione nei confronti dei fondi sostitutivi gestiti da enti (eccetto l'Enpals) diversi dall'Inps né la L. n. 88/89, che ha per oggetto la "Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro" e il cui art. 52 deve essere riferito di conseguenza ai fondi sostitutivi gestiti dall'Inps medesimo, né la L. n. 662/96 che all'art. 1 comma 260 individua negli enti pubblici i destinatari della norma, mentre gli enti gestori di fondi sostitutivi (eccetto l'Enpals) sono stati privatizzati, sempre che la privatizzazione (ex d. legis. n. 509/94) sia stata attuata prima della entrata in vigore della legge medesima (Cass. n. 10652/95, Cass. n. 6427/96, Cass. SSUU n. 30/00). Non dovrebbe invece più riproporsi per i pagamenti successivi al 31.12.00, il contrasto giurisprudenziale sull'applicabilità dell'art. 52 ai trattamenti pensionistici integrativi dipendenti ex Inam, assunti in gestione ad esaurimento dall'Inps, applicabilità negata (Cass. n. 8234/94) o affermata (Cass. n. 10657/95) secondo il diverso significato attribuito a "gestioni obbligatorie..., comunque, integrative", inteso ora come escludente, ora come comprensivo anche di fondi "aziendali" di previdenza facoltativa (ossia non prevista per legge, per l'Inam di origine regolamentare). Cass. SSUU n. 2333/97 ha escluso l'applicabilità dell'art. 52 a pensioni erogate da fondi integrativi non di previdenza obbligatoria.

In secondo luogo non pare che vi sia una totale sovrapposizione di tipologia di trattamenti e ciò tanto fra l'art. 52 L. n. 88/89 e l'art. 1 comma 260 L. n. 662/96 (e 38 L. n. 448/01) quanto fra quest'ultimo e l'art. 55 L. n. 88/89.

L'art. 52 L. n. 88/89 circoscrive il proprio ambito di applicazione alle pensioni e ha una differente formulazione rispetto al comma 260 dell'art. 1 L. n. 662/96, che è più ampio e comprende espressamente anche i trattamenti di famiglia (Cass. n. 12341/97). Ed è noto che Cass. SSUU n. 1316/95 ha affermato la natura di prestazione autonoma dei trattamenti di famiglia rispetto al trattamento pensionistico in ragione della soppressione delle quote di maggiorazione per carichi di famiglia ex art. 4 L. n. 114/74, della loro sostituzione con gli assegni famigliari (oggi assegno per il nucleo familiare) e del passaggio delle erogazioni alla cassa unica per gli assegni familiari, con conseguente inapplicabilità sia dell'art. 80, che dell'art.52.

E' di maggiore difficoltà invece il coordinamento fra l'art. 55 L. n. 88/89 e il comma 260 art. 1 L. n. 662/96: mentre il primo dispone in ordine alle prestazioni a qualunque titolo erogate dall'Inail (v. anche art. 9 d. legislativo. n. 38/00), il secondo menziona solo le rendite e soprattutto non menziona alcun trattamento previdenziale di natura temporanea (non rientrano in questa categoria i trattamenti di famiglia che possono avere una durata indefinita). Pare dunque che si debba giungere alla conclusione che per le prestazioni Inail non costituite da rendite si applichi l'indebito in materia previdenziale e assistenziale solo l'art. 55, comma 5 cita. Diversa opinione è stata espressa da Cass. n. 11032/98, la cui pronuncia però, per la peculiarità della fattispecie decisa (pagamento di oltre quaranta milioni di lire a un lavoratore che aveva già percepito



l'intera indennità di malattia dal datore di lavoro a cui in realtà era destinato il rimborso), appare suscettibile di ripensamenti.

Del resto solo quest'ultima norma, l'art. 55, fra tutte quelle considerate, può essere riferita a prestazioni temporanee, che, per quanto riguarda le gestioni Inps, esulavano dal campo d'applicazione dell'art. 80, così come esulano da quello dell'art.

52 (v. ad es.

Cass. n. 1860/85, Cass. n. n. 1429/91, Cass. 10696/95, Cass. n. 2812/94, Corte Cost. ord. n. 198/91).

Per i trattamenti temporanei (indennità di malattia, indennità di mobilità, indennità di disoccupazione, cig ecc.) corrisposti a vario titolo dall'Inps, infatti, le leggi e le disposizioni speciali che li disciplinano prevedono molto spesso ipotesi specifiche di incompatibilità, decadenza o sospensione e in ogni caso l'accertamento della insussistenza dell'evento protetto, che dà titolo all'erogazione, comporta l'obbligo di restituzione ex art. 2033 cod. civ.

Un'eccezione è stata recentemente introdotta dall'art. 1 bis L n. 172/02 per l'ipotesi di revoca del trattamento cigs precedentemente autorizzato, per la qual'è previsto che le indennità nel frattempo erogate dall'Inps ai lavoratori non vengano recuperate, se la concessione del trattamento non è dipesa da comportamenti illegittimi di questi ultimi (è peraltro difficile immaginare quali possano essere queste condotte tenuto conto del procedimento che precede la concessione del trattamento). Il recupero è, però, previsto nei confronti del datore di lavoro. Si tratta, quindi, in realtà di un'ipotesi in cui l'azione di ripetizione è inibita verso gli immediati percettori della prestazione, ma non contro il datore di lavoro, che sarebbe comunque tenuto al pagamento della retribuzione. La norma, in definitiva, appresta una maggior tutela del credito dei dipendenti nei confronti di quest'ultimo.

Va, infine, precisato che esula dalla disciplina dell'indebito ex art. 2033 cod. civ. l'azione di ripetizione delle somme pagate in forza di sentenza provvisoriamente esecutiva poi riformata o annullata (per tutte Cass. n. 3291/99).

Delineato il coordinamento fra le diverse discipline che possono a tutt'oggi trovare applicazione nel contenzioso in materia di prestazioni previdenziali indebite, si possono svolgere alcune ulteriori riflessioni su quella che dovrebbe essere la disciplina generale per i trattamenti pensionistici Inps e per i trattamenti Inail di cui agli artt. 52, 55 L n. 88/89 e 13 L n. 412/96, secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione. L'indebito in materia previdenziale e assistenziale.

Il principio di sistema che è stato enucleato ruota su due "pilastri": la ripetizione dell'indebito è esclusa in presenza di una situazione di fatto non addebitabile al percettore della prestazione

non dovuta e, escluso il dolo, è irrilevante lo stato di buona o malafede di quest'ultimo. E questa seconda affermazione è argomentata con la seconda parte del primo comma dell'art. 13 L. n. 412/91: "L'omessa o incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetizione delle somme indebitamente percepite".

Nonostante in varie pronunce in materia di indebito previdenziale la Corte di Cassazione abbia sostenuto incidentalmente (ossia senza che ciò fosse funzionale alla decisione) che l'art. 2033 cod. civ. presuppone implicitamente l'errore del solvens, da quest'autorevole opinione si deve dissentire, non solo perché l'irrilevanza dell'errore nell'indebito oggettivo è stata indicata dalla maggior parte della più autorevole dottrina come l'elemento innovativo rispetto al codice del 1865, non solo perché questa interpretazione è ampiamente fondata sulla interpretazione sistematica i cui argomenti sono sinteticamente indicati all'inizio della relazione, ma anche perché questa è l'opinione della stessa Corte di Cassazione e della stessa sezione lavoro, che, in materia di obbligazioni e contratti inesistenti, nulli, annullati, rescissi e risolti, applica sistematicamente l'art. 2033 cod. civ. negando rilevanza allo stato soggettivo del solvens (ex multis Cass. sez. I n. 3802/03, Cass. sez. II n. 1252/01, Cass. sez. III n. 10498/01, Cass. sez. III n. 2814/95, Cass. sez. II n. 11973/95, Cass. sez. lav. n. 2209/98, Cass. sezione lavoro n. 4893/91).

E' vero invece che l'indebito previdenziale presuppone l'errore del solvens: lo presupponeva espressamente l'art. 80 sia per la formulazione letterale, sia perché concepito vigente il codice del 1865, lo presuppongono espressamente gli artt. 52 e 55 (del resto non si vede come possa essere configurata una fattispecie di pagamento volontario di prestazioni previdenziali indebite senza che ricorra una ipotesi di reato per il funzionario che le ha disposte).

E' altrettanto vero che, se dalla seconda parte dell'art. 13 si desume l'irrilevanza dello stato soggettivo dell'accipiens, e quindi si esclude che costituisca una ipotesi di presunzione (assoluta) di dolo del percipiente (quale invece viene adombrata nelle circolari degli Istituti e anche ad es. da Cass. n. 11498/96), la fattispecie assume (così la Corte Costituzionale) una valenza oggettiva di presunzione assoluta di non addebitabilità dell'errore all'ente previdenziale (infatti è impedita ogni indagine sul nesso causale fra l'omessa comunicazione e la successiva condotta dell'ente).

Strutturata in questo modo, la disciplina dell'indebito previdenziale appare traslata da quella dell'art. 2033 cod. civ. a quella dell'indebito soggettivo di cui all'art. 2036 cod. civ.. E' propria dell'indebito soggettivo la rilevanza dell'errore (che lo distingue dal pagamento del terzo ex art. 1180 cod. civ.) ed altresì la tutela dell'affidamento dell'accipiens (sia pure attraverso l'indebito in

materia previdenziale e assistenziale inescusabilità e non attraverso la riconoscibilità dell'errore), con irrilevanza del suo stato soggettivo. E' vero che si tratta di fattispecie diverse, perché il pensionato che riceve una prestazione, in tutto o in parte, non dovuta non è creditore per ciò che non gli spetta, ma l'esigenza primaria di tutelarne l'affidamento, anche rispetto alle erogazioni indebite (per la presumibile destinazione delle stesse alle esigenze primarie), è costante perno della giurisprudenza esaminata ed è in definitiva il prevalere di questa tutela che giustifica la disciplina in deroga all'art. 2033 cod. civ. In questa prospettiva l'indebito previdenziale è stato assimilato all'indebito soggettivo per il quale è normativamente prevista un'unica fattispecie d'errore scusabile, individuato dalla seconda parte dell'art. 13 e tale presunto iuris et de iure.

L'interpretazione della Corte Costituzionale (ma già anche in parte della stessa Corte di Cassazione) di questa disposizione, quale fattispecie oggettiva e non soggettiva consente anche di superare contraddizioni altrimenti di difficile soluzione, perché non si vede quale logica e razionale discriminazione si potrebbe operare, nell'ottica della tutela dell'affidamento, fra il pensionato che per negligenza o ignoranza, ancorché grave, ometta la dovuta o completa comunicazione all'ente e non sia in grado di riconoscere l'errore conseguente e il pensionato che, pur avendo fatto la corretta comunicazione o a maggior ragione non essendo tenuto a nessuna comunicazione, sia ben consapevole di un errore perdurante e se ne approfitti, soprattutto se il primo gode di un trattamento minimo e il secondo di un trattamento cospicuo. Ed invero le circolari degli Istituti sottolineano, per quanto riguarda il dolo, la necessità di tenere conto nelle singole fattispecie dell'estrazione sociale del percipiente.

Fattispecie di indebito soggettivo in senso stretto ex art. 2036 cod. civ possono invece ricorrere in materia previdenziale quando la realizzazione del rischio di un identico evento protetto è coperta da più enti per titoli diversi e alternativi: il caso più ricorrente è l'inabilità temporanea assoluta per malattia, che è a carico Inps se malattia comune o derivante da un infortunio non sul lavoro e a carico Inail se malattia professionale o derivante da infortunio sul lavoro.

Passando all'esame dell'ipotesi assolutamente impeditiva dell'applicazione della disciplina derogatoria dell'indebito previdenziale, ossia il dolo dell'assicurato, va rilevato che non si rinvergono pronunce che abbiano affrontato il problema della definizione della fattispecie astratta.

Escluso che possa avere rilevanza e quindi che possa essere considerato dolo il mero stato di conoscenza dell'errore, la malafede, rimangono quali riferimenti normativi gli artt. 1439, 1892 cod. civ. e l'art. 43 cod. penale. Le prime due disposizioni pongono dei problemi di

adeguamento a una fattispecie non di conclusione del contratto, ma di esecuzione di un rapporto su base non l'indebito in materia previdenziale e assistenziale negoziale, peraltro non vi sono particolari difficoltà in considerazione delle modalità attuative dei rapporti di assicurazione sociale. Poiché in questi rapporti la condotta dell'assicurato, che induce in errore l'ente, non si può estrinsecare in altro modo che in un comportamento attivo o in una falsa o omessa dichiarazione e poiché, per giurisprudenza costante il mendacio o il silenzio in presenza di un obbligo di comunicazione su fatto rilevante, in quanto volontari e in nesso causale con la condotta dell'altro contraente, sono sufficienti ad integrare gli artifici o raggiri e poiché, infine, in una condotta siffatta, sono presenti la previsione e la volontà dell'evento, l'ipotesi del dolo, che qui interessa, partecipa necessariamente delle caratteristiche essenziali di tutte le norme richiamate. Fra le varie pronunce della giurisprudenza di legittimità, sempre necessariamente circoscritte al sindacato della motivazione del giudice di merito trattandosi di questione di fatto, appare particolarmente esaustiva la n. 11498/96, che, facendo applicazione dei principi appena richiamati e ricordando proprie precedenti pronunce, in relazione alla condotta omissiva del pensionato (il silenzio e il comportamento reticente) evidenzia e distingue l'ipotesi della colpa da quella del dolo, essendo propri solo del secondo la rappresentazione e la volontà dell'induzione in errore dell'ente al fine di ottenere l'erogazione delle prestazioni non dovute. La dichiarazione omessa, reticente o anche falsa può essere, infatti, compatibile con la colpa, qualora determinata da ignoranza o motivata da ragioni che prescindono dalla volontà d'induzione in errore dell'ente, errore che il dichiarante, per circostanze particolari da accertare nel caso concreto, potrebbe non essersi nemmeno rappresentato (v. anche Cass. n. 18111/99). Una volta però ritenuti provati il dolo e l'induzione in errore fra loro in nesso causale (nesso causale che può ad es. essere escluso qualora sia particolarmente agevole verificare lo stato di fatto o la falsità delle dichiarazioni) diviene irrilevante l'eventuale negligenza del solvens. La valutazione comparativa dell'efficienza causale delle condotte dei due soggetti del rapporto compendia il giudizio di addebitabilità dell'errore che delimita il campo di applicazione della disciplina derogatoria.

In generale comunque la falsità delle comunicazioni indirizzate all'Istituto viene considerata sufficiente per un giudizio presuntivo di dolo ex art. 2729 cod. civ. (v. ad es. Cass. n. 1997/9734, n. 3728/97) con conseguente onere per l'accipiens di allegare e provare circostanze idonee a dimostrare che la falsità è ascrivibile a colpa (disattenzione, negligenza, ignoranza). Inoltre, sempre sul piano dell'onere della allegazione e della prova, è stato specificato che l'assenza di dolo è elemento costitutivo della fattispecie di non ripetibilità, con la conseguenza che può essere accertata d'ufficio dal giudice, anche in mancanza di tempestiva deduzione da parte dell'ente previdenziale e senza, peraltro, che ciò comporti un onere della prova di un fatto negativo a carico del pensionato (Cass. 3728/97, Cass. n. 12790/99).L'indebito in materia previdenziale e assistenziale).

L'acquisizione dolosa di indebite prestazioni previdenziali è oggetto di fattispecie penali (buona parte delle quali è stata peraltro depenalizzata ex L n. 509/99) e poiché l'ipotesi ricorrente è quella del dolo di frode, si deve ricordare che quando sussistono gli elementi costitutivi di un

fatto reato (art. 640 cpv n.1 cod. pen.) l'obbligo di restituzione scaturisce anche ex art. 185 cod. penale.

Ci si può chiedere se una nozione così restrittiva dello stato soggettivo, assunto quale discrimine dell'irripetibilità, abbia ancora una sufficiente giustificazione in un contesto economico sociale molto mutato, nel quale coesistono all'interno dell'AGO situazioni molto diverse e non equiparabili, fra pensionati che godono di trattamenti minimi e pensionati che godono di trattamenti di considerevole entità, fra pensionati che per il livello di istruzione, estrazione sociale e vissuto professionale sono in grado di avvedersi tempestivamente degli errori dell'ente previdenziale, ancorché non da loro determinati, e pensionati che non hanno capacità e strumenti culturali per avvedersene. La malafede, intesa come conoscenza della natura indebita dell'erogazione, di fronte a uno o pochi atti solutori è diversa dalla malafede di fronte a una continua reiterazione di atti solutori non dovuti, soprattutto se non ricorre per chi li riceve l'esigenza di tutela ex art. 38 cost. perché titolare di un trattamento previdenziale di entità tale da non legittimare una presunzione di necessaria destinazione alle esigenze primarie di vita. E ciò è tanto più vero in relazione a un'evoluzione giurisprudenziale che ha via via sempre maggiormente valorizzato, quanto all'azione amministrativa degli Istituti, i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti di assicurazione sociale.

Ma, più in generale, ci si deve interrogare sulla disarmonia della disciplina dell'indebito previdenziale rispetto all'evoluzione del sistema di sicurezza sociale considerato nel suo insieme.

Dopo una fase di espansione, fino all'adozione del criterio retributivo nella liquidazione delle pensioni, che assicura tendenzialmente il mantenimento del tenore di vita conseguito (DPR n. 488/68), si è innescata, per ragioni di sostenibilità finanziaria, e soprattutto negli ultimi vent'anni, una controtendenza. Attraverso un'articolata modulazione delle discipline dei diversi trattamenti si è superata la presunzione dell'esistenza di uno stato di bisogno al verificarsi dell'evento protetto (invalidità, vecchiaia, carichi di famiglia ecc.) e si sono introdotti criteri di accertamento della sua effettiva esistenza e consistenza. In questa direzione si sono collocati tutti gli interventi legislativi più importanti: dalle pensioni di invalidità, all'integrazione al minimo, dalla perequazione automatica alla maggiorazione sociale, dall'assegno per il nucleo familiare ai regimi di compatibilità fra diversi trattamenti e fra pensione e reddito da lavoro. Lo stesso passaggio dal sistema retributivo a quello contributivo e il disfavore per la pensione di anzianità costituiscono manifestazione di questa tendenza (l'anzianità contributiva a differenza dell'indebito in materia previdenziale e assistenziale vecchiaia non è sintomatica di uno stato di bisogno). Questi interventi hanno spesso inciso in senso riduttivo su diritti o su aspettative di titolari di rapporti previdenziali già in essere, sovente sulla base della sola situazione reddituale, ed è abbastanza evidente il contrasto fra questa scelta di politica sociale e il mantenimento di una disciplina della ripetizione dell'indebito, qual è quella di cui agli artt. 52, 55 L. n. 88/89 e 13

L. n. 412/91, che tutela indiscriminatamente i percettori di erogazioni non dovute, in assenza quindi di un diritto, indipendentemente da qualsiasi accertamento dell'effettività dello stato di bisogno, ossia anche quando non può essere giustificata la presunzione della destinazione del percepito alle esigenze elementari della vita propria e del nucleo familiare. In questo contesto appare più coerente una scelta come quella della L. n. 662/96, eventualmente maggiormente articolata sia con una modulazione della misura della ripetizione su varie fasce di reddito, sia prevedendo termini certi per il tempo tecnico necessario agli adeguamenti alle modificazioni nello stato di fatto e di diritto, sia infine escludendo, nel rispetto di questi termini, le ipotesi speciali di sfasamento fisiologico fra l'esecuzione del pagamento e l'accertamento del diritto.

### **L'indebito pagamenti di contributi e premi.**

La restituzione di contributi o premi per qualsiasi ragione non dovuti, o dovuti in misura inferiore al corrisposto, è disciplinata dall'art. 2033 cod. civ.: il pagamento dà diritto alla ripetizione ed è onere del solvens provare l'atto solutorio, l'assenza di causa dell'attribuzione patrimoniale e l'eventuale malafede dell'accipiens se gli accessori vengono pretesi con decorrenza dalla data del pagamento. Il termine di prescrizione è di dieci anni per il capitale e di cinque anni per gli interessi (artt. 2946 e 2948 cod. civ.).

Deroghe parziali alla disciplina generale sono introdotti ora per l'uno ora per l'altro aspetto da norme speciali, come ad esempio l'art. 81 L. n. 448/98, che, consentendo in via retroattiva l'apposizione di clausole di riserva alle domande di condono previdenziale, ha escluso l'aggravio di interessi sulle somme riscosse che l'Istituto fosse tenuto a restituire a seguito della risoluzione del condono per accertamento negativo del debito. A questo proposito va distinto dall'oggetto dell'onere della prova dell'assenza di causa dell'attribuzione patrimoniale a carico del solvens, l'onere della prova dei fatti costitutivi del diritto di credito, che resta a carico dell'Istituto ogni qualvolta vi sia controversia sulla esistenza dell'obbligo contributivo in relazione ad es. a rapporti di cui è contestata la natura subordinata o simili. La domanda di condono non dovrebbe determinare un'inversione dell'onere in caso di contestazioni sulla "causa" della pretesa, posto che l'indebito in materia previdenziale e assistenziale clausola risolutiva è semplicemente ancorata all'esito del giudizio di accertamento negativo, che, oltretutto, potrebbe essere già in corso, e che è l'esito positivo del giudizio medesimo per il datore di lavoro che costituisce contestualmente presupposto della risoluzione del condono e prova dell'assenza di causa dell'attribuzione (in senso del tutto opposto Cass. n. 11029/00).

Una disposizione derogatoria importante è quella di cui al primo comma dell'art. 8 DPR n. 818/57 il quale, per l'assicurazione generale obbligatoria, prevede che i contributi o le quote di contributi indebitamente versati non sono computabili agli effetti del diritto alle prestazioni e

della loro misura e sono rimborsabili al datore di lavoro anche per la quota trattenuta al lavoratore, al quale devono essere restituiti e che prevede, altresì, che rimangono acquisiti alle singole gestioni e siano computabili i contributi per i quali l'accertamento del versamento indebito sia posteriore di oltre cinque anni alla data in cui il versamento è stato effettuato.

Ricorre quindi una duplice deroga: da un lato la riduzione a cinque anni del termine di prescrizione, dall'altro il diritto all'accredito nella posizione previdenziale del lavoratore e al computo delle maggiori somme accreditate. Trattandosi di norma eccezionale è di stretta interpretazione e quindi vanno escluse dall'ambito d'applicazione della stessa, conformemente a un orientamento giurisprudenziale consolidato e uniforme e nonostante la contraria opinione di parte della dottrina, tutti i casi in cui l'indebito versamento acceda a un rapporto assicurativo originariamente inesistente o invalido (rapporto di lavoro inesistente o contemporanea iscrizione a due forme di assicurazione obbligatoria) o successivamente annullato (ad es. riscatto o ricongiunzione del periodo contributivo presso altro ente). Sono quindi compresi i versamenti indebiti o eccedenti per allargamento dell'imponibile contributivo a voci e indennità escluse, per riclassificazione dell'attività del datore di lavoro, per errore di calcolo ecc. (Cass. n. 2395/71, Cass. n. 5609/87), sono invece esclusi i versamenti a favore di soggetti privi del diritto ad essere iscritti all'assicurazione o contemporaneamente e obbligatoriamente iscritti in senso contrattuale (e non storico) presso altro ente per lo stesso rapporto di lavoro (v. Cass. n. 340/66, Cass. n. 855/80, Cass. n. 6152/81, n. 2208/87, Cass. n. 5078/99, Cass. n. 449/88 Cass. n. 13919/01 per i versamenti eseguiti in epoca anteriore da lavoratori autonomi iscrivibili solo alla quarta gestione dal 1.1.96; sussiste invece il diritto alla doppia iscrizione in relazione a due rapporti di lavoro distinti, anche se uno dei due in violazione della disciplina pubblicistica: Cass. 3031/91). A maggior ragione l'art. 8 citato non si applica agli sgravi contributivi richiesti dall'impresa oltre il termine di cinque anni dalla maturazione del diritto. Essendo lo sgravio lo strumento per traslare dal datore di lavoro alla fiscalità generale l'onere contributivo previdenziale, non è possibile equiparare sotto nessun profilo la fattispecie con quella dei contributi non dovuti o corrisposti in eccesso (Cass. n. N. 6816/91, Cass. n. 4170/96).L'indebito in materia previdenziale e assistenziale.

L'art. 8 cit. (il cui terzo comma è stato abrogato) non si applica ai contributi volontari ormai disciplinati dall'art. 10 DPR n. 1432, per i quali va precisato che gli stessi rimangono travolti, diventano indebiti e vanno restituiti nel termine decennale, (senza possibilità di utilizzo anche in difetto di restituzione) anche in caso di annullamento dei periodi di contribuzione obbligatoria che costituiscono il presupposto per l'autorizzazione alla prosecuzione.

**L'art. 8 prevede espressamente che, nel quinquennio, i contributi erroneamente versati vengano restituiti al datore di lavoro anche per la quota a carico del lavoratore** (Cass. n. 1536/93). La norma esprime un principio ritenuto di carattere generale, nonostante qualche opinione contraria, per ogni ipotesi in cui il datore di lavoro è tenuto a versamenti che gravano

anche sul lavoratore. Considerate la struttura trilaterale del rapporto assicurativo/previdenziale, la relativa autonomia dei rapporti intercorrenti fra datore e Inps e fra lavoratore e Inps e l'autonomia degli obblighi del datore di lavoro quanto a determinazione e versamento del dovuto (art. 2115 civ. civ., art. 19 L n. 218/52), un errore di quest'ultimo nelle trattenute, a qualsiasi titolo effettuate per conto dell'Inps, si traduce per il dipendente in un inesatto adempimento all'obbligo retributivo, che può dunque essere esercitato immediatamente nei confronti del datore medesimo (fra le molte Cass. n. 181/61, Cass. n. 8175/01).

Sono invece irricevibili e se ricevuti vanno restituiti, in deroga al disposto di cui all'art. 2940 cod. civ. (irripetibilità del pagamento del debito prescritto), i contributi prescritti (art. 55, comma 2 rdl n. 1827/35, art. 3 comma 9 L n. 335/95, norme che costituiscono il limite al principio d'automaticità delle prestazioni).

La Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata ex art. 3 e 38 cost. l'eccezione d'illegittimità dell'art. 12 L. n. 613/66 che per la Cassa commercianti prevede, a differenza dell'art. 8 citato, la restituzione dei contributi indebitamente versati (sent.485/88) e ha invece ritenuto illegittimo l'art. 7, ultimo comma, L n. 463/59, come modif. dall'art.12 L n. 613/66, nella parte in cui, statuendo nello stesso modo per gli artigiani, non prevede la corresponsione degli interessi sulle somme da restituire (sentenza N. 417/98). E quest'ultima pronuncia potrebbe essere ripetuta o estesa in via interpretativa anche alle norme di identico contenuto che disciplinano, per alcune Casse professionali, le restituzioni dei versamenti in caso di annullamento dell'iscrizione (che molto spesso avviene nel momento in cui è richiesta la liquidazione del trattamento pensionistico).

Va, infine, rilevato che più volte sono state emanate norme interpretative con le quali è stata dichiarata non dovuta la contribuzione su determinati emolumenti o in alcune ipotesi, facendo, però, salvi i pagamenti già eseguiti (ad. es. art. 2, comma 9 L n. 608/96, art. 2 comma 17 L n. 335/95, art. 9 bis L n. 166/91). La soluti retentio è stata ritenuta legittima e non in contrasto con l'indebito in materia previdenziale e assistenziale.

L'art. 3 cost., ma esclusivamente per i casi in cui il precedente pagamento non ripetibile è stato spontaneo (Corte Cost. n. 885/88, Corte Cost. ord. 225/95, Cass. 11682/95).

Infine, l'art. 116, comma 20, L n. 388/00 disciplina un'ipotesi di indebito ex latere accipientis e dispone che, in caso di versamento della contribuzione previdenziale effettuato in buona fede



ad ente diverso da quello creditore, il pagamento è liberatorio ed è onere dell'ente che l'ha ricevuto trasferire i contributi, senza aggravio di interessi, all'ente titolare.

Una normativa speciale è prevista per i premi dovuti all'Inail dai decreti ministeriali che hanno regolato nel tempo l'applicazione della tariffa ex art. 40 TU n. 1124/65.

Mentre gli art. 13 sia del DM 10.12.71 che del DM 14.11.78 non prevedevano l'efficacia retroattiva della riclassificazione favorevole al datore di lavoro, gli artt. 13 e 14 DM 18.6.88 hanno disposto detta retroattività in ogni caso senza distinguere, quanto al diritto a ripetere le maggiori somme, le ipotesi di riclassificazione dovute a incompleta o erronea denuncia del datore di lavoro (conforme la circolare 12.2.99 n. 13 dell'Inail) e infine gli artt. 14, 15, 16 e 17 DM 12.12.00 hanno disciplinato in modo analitico le varie fattispecie, attribuendo effetto retroattivo solo alle riclassificazioni a vantaggio del datore di lavoro che non siano conseguenti a denunce incomplete o erronee (oltre che a quelle a vantaggio dell'Istituto). Queste ultime disposizioni prevedono espressamente il diritto del datore di lavoro di agire in ripetizione ex art. 2033 cod. civ.

### **La retroattività opera naturalmente nei limiti della prescrizione.**

Ne consegue che tutti i provvedimenti di riclassificazione adottati successivamente all'1.7.88 producono gli effetti di cui all'art. 13 cit. DM 1988 e tutti quelli adottati successivamente al 25.7.00 producono gli effetti di cui agli artt. 15 -17 DM 12.12.00. Non va infatti confusa la retroattività dell'applicazione della norma con la retroattività degli effetti dell'atto previsti dalla nuova norma (per l'affermazione di questo principio: Cass. sez. L n. 2572/92).

Passando infine alla decorrenza degli accessori sulle somme indebitamente corrisposte agli Istituti per contributi, va rilevato che la giurisprudenza di legittimità, dopo qualche incertezza, si è decisamente orientata per l'equiparazione della domanda amministrativa, ogni qual volta sia necessaria, alla domanda giudiziale, non tanto per adesione a quelle pronunce delle sezioni civili che ritengono sufficiente l'atto di costituzione in mora per l'applicazione dell'art. 2033 cod. civ. (in contrasto con le pronunce più rigorose che individuano la data di decorso degli interessi dalla notificazione della domanda giudiziale), ma in quanto, diversamente, verrebbero pregiudicati l'indebito in materia previdenziale e assistenziale diritti sostanziali del creditore, essendo la normativa speciale ad imporre la domanda amministrativa quale condizione di proponibilità della domanda giudiziale (art. 443 cpc). Inoltre, essendo applicabile all'obbligo di restituzione l'art. 1224 cod. civ., oltre agli interessi spetta, se provato, con la stessa decorrenza

( e quindi se provata la malafede dalla data del pagamento) il maggior danno da svalutazione monetaria di cui al secondo comma (Cass. n. 11033/01, Cass. n. 1756/01, Cass. n. 4958/96, Cass. n. 11440/96, Cass. n. 3634/98). Suscitano invece qualche perplessità quelle sentenze (ad es. Cass. n. 6816/91) nelle quali si legge che il risarcimento del maggior danno è subordinato alla prova della colpa dell' Istituto, atteso che in applicazione degli artt. 1218 e 1224 cod. civ. è il debitore che deve provare che il ritardo nell'adempimento non è a lui imputabile.

### **L'indebito in materia di prestazioni assistenziali.**

Costituiscono prestazioni assistenziali, secondo la consueta definizione, tutte le erogazioni in danaro o servizi che, in applicazione del principio solidaristico, sono poste a carico della finanza statale e vanno a beneficio della generalità dei cittadini, e non solo dei lavoratori, che si trovino per condizioni fisiche, familiari o reddituali in stato di bisogno.

***Appartiene a questo novero anche la pensione sociale, oggi assegno sociale (art. 26, L n. 153/69, art. 3 L n. 335/95), corrisposta a cittadini ultra sessantacinquenni privi di reddito, per le cui indebite erogazioni s'applicano gli art. 52 L n. 88/89 e art. 1 L n. 662/96.***

In realtà quando si parla di indebite prestazioni in campo assistenziale ci si riferisce ai benefici previsti per gli invalidi civili, i ciechi e i sordomuti (distinte queste due categorie per le rispettive normative speciali, di tutela particolarmente intensa per i non vedenti), ossia per i soggetti "affetti da minorazioni congenite o acquisite, anche a carattere progressivo, compresi gli irregolari psichici per oligofrenie di carattere organico o di smetabolico, insufficienze mentali derivanti da difetti sensoriali o funzionali, che abbiano subito una riduzione permanente della capacità lavorativa non inferiore ad una determinata percentuale, o, se minori degli anni 18, abbiano difficoltà persistenti a svolgere compiti e funzioni propri della loro età" (art. 2 comma 2 L. n. 118/71).

La disciplina in deroga all'art. 2033 cod. civ. introdotta con la L. n. 29/77 (di conversione del dl n. 850/76), è stata poi via via modificata nel tempo con successivi provvedimenti non sempre fra loro coerenti, L. n. 537/93 art. 11, DPR n. 698/94, L n. 425/96 art. 4, L n. 449/97 art. 52, L. n. 448/98 art. 37. L'indebito in materia previdenziale e assistenziale.

L'art. 3 ter L. n. 29/77, dopo avere stabilito che la sussistenza delle condizioni per il godimento dei benefici economici a favore degli invalidi avrebbe potuto essere verificata in ogni momento dagli organi preposti alla concessione, aveva disposto che le eventuali revoche avrebbero avuto effetto dal primo giorno del mese successivo alla data del provvedimento ed aveva altresì

escluso l'obbligo di restituzione per le somme percepite per revoche intervenute prima dell'entrata in vigore della legge, senza distinguere mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti per la concessione dei benefici. Questa disciplina viene richiamata e confermata dall'art. 3 L. n. 291/88 (conversione dl 173/88), che, dettando norme per il riconoscimento dell'invalidità civile, al comma 10 delega il Ministro del Tesoro all'emanazione di un decreto per definizione di criteri e modalità delle revoche "senza ripetizione delle somme precedentemente corrisposte".

Intervenendo in una situazione di "allarme" per lo scandalo suscitato dal fenomeno dei cd "falsi invalidi", l'art. 4 comma 11 L. n. 537/93, in un'ottica emergenziale, dispone indiscriminatamente che "La direzione generale dei servizi vari e delle pensioni di guerra del Ministero del Tesoro procede a verifiche programmate, da effettuare anche senza preavviso, con riferimento privilegiato alle zone a più ampia densità di beneficiari di pensioni, assegni e indennità. Nel caso di accertata insussistenza dei requisiti prescritti per il godimento dei benefici, e se il beneficiario non rinuncia a goderne dalla data dell'accertamento, sono assoggettati a ripetizione tutti i ratei versati nell'ultimo anno precedente la data stessa. In tale ultimo caso, ove in ragione o sulla base dei requisiti insussistenti il beneficiario sia stato assunto presso pubbliche amministrazioni o enti e imprese private, il rapporto di lavoro è risolto di diritto a decorrere dall'accertamento dell'insussistenza". Vigente questa norma, in forza della delega contenuta nello stesso art. 11 comma 1, vengono emanate con il dpr n. 698/94 norme regolamentari per la disciplina dei procedimenti amministrativi in materia di invalidità. L'art. 5 di questo decreto dispone su decorrenza di concessioni e revoche e al comma 5 precisa "Nel caso di accertata insussistenza dei requisiti prescritti per il godimento dei benefici si dà luogo alla immediata sospensione cautelativa del pagamento degli stessi, da notificarsi entro trenta giorni dalla data del provvedimento di sospensione. Il successivo formale provvedimento di revoca produce effetti dalla data dell'accertata insussistenza dei requisiti prescritti. In caso di revoca per insussistenza dei requisiti, in cui vengono rilevati elementi di responsabilità per danno erariale, i prefetti sono tenuti ad inviare copia del provvedimento alla Corte dei Conti per eventuali azioni di responsabilità".

L'art. 11 comma 4 L. 537/93 viene abrogato espressamente dall'art. 4 comma tre nonies L. n. 425/96 (conversione dl n. 323/96), il quale, al comma tre ter, dispone che, in caso d'indebito in materia previdenziale e assistenziale accertamento dell'insussistenza dei requisiti sanitari, le provvidenze in godimento devono essere revocate entro novanta giorni dalla data dell'accertamento medesimo con effetto dalla data della visita di verifica.

**Intervengono poi l'art. 52 L. n. 449/97 e l'art. 37 L. n. 448/98.**

Il primo dispone al secondo comma: "In caso di mancata autocertificazione...provvede entro e non oltre centoventi giorni alla verifica della sussistenza dei requisiti sanitari che hanno dato luogo alle provvidenze economiche ...rimanendo impregiudicate le azioni dell'amministrazione ai sensi degli artt. 2033 e 2946 del codice civile"; al terzo comma "Nel caso di accertata insussistenza dei prescritti requisiti sanitari si applica l'art. 5 comma 5 del decreto del Presidente della repubblica 21 settembre 1994 n. 698" e al quinto comma: "I procedimenti per la verifica della sussistenza dei requisiti per continuare a fruire delle provvidenze economiche di invalidità civile...avviati anteriormente al decreto legge 20 giugno 1996 n. 323...devono essere conclusi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Trascorso tale termine senza che sia stato emesso un formale provvedimento, i benefici economici già attribuiti agli invalidi sottoposti a verifica si intendono confermati".

A sua volta l'art. 37 comma 1 L. n. 448/98 dispone: "Nei procedimenti di verifica, compresi quelli in corso, finalizzati ad accertare...la permanenza dei requisiti sanitari necessari per continuare a fruire dei benefici...il Ministero del Tesoro...dispone la sospensione dei relativi pagamenti qualora l'interessato, a cui sia stata notificata la convocazione, non si presenti a visita medica senza giustificato motivo. Se l'invalido, entro novanta giorni dalla data di notifica della sospensione ovvero della richiesta di giustificazione nel caso in cui tale sospensione sia già stata disposta, non fornisce idonee motivazioni circa la mancata presentazione a visita, la predetta amministrazione provvede alla revoca della provvidenza a decorrere dalla data della sospensione medesima. Ove invece siano ritenute valide le giustificazioni addotte, verrà comunicata la nuova data di visita medica alla quale l'interessato non potrà sottrarsi, pena la revoca del beneficio economico dalla data di sospensione, salvo i casi di visite domiciliari...(identico il comma 2 per gli ulteriori accertamenti)" e al comma 8 dispone: "In caso di accertata insussistenza dei requisiti sanitari il Ministero del Tesoro, del Bilancio e della programmazione economica dispone l'immediata sospensione dell'erogazione del beneficio in godimento e provvede, entro i novanta giorni successivi alla revoca delle provvidenze economiche a decorrere dalla data della visita medica".

La formulazione letterale delle varie disposizioni richiamate rende evidente che si è passati da un sistema in cui l'erogazione indebita per gli eventuali ritardi nella soppressione dei benefici rimaneva a carico dello Stato, senza distinzione fra originaria o sopravvenuta mancanza dell'indebito in materia previdenziale e assistenziale requisiti o sulla loro natura, a un sistema nel quale, sempre senza distinzioni, la revoca opera retroattivamente dalla data della accertata insussistenza dei requisiti medesimi.

**Sull'interpretazione di queste norme si è creato un contrasto fra una parte della giurisprudenza di merito, compresa quella "bresciana", e la giurisprudenza di legittimità.**

I giudici di merito "dissenzienti", considerate complessivamente la disciplina in oggetto e l'evoluzione della disciplina "parallela" dell'indebito pensionistico privato e pubblico – non equiparabile direttamente, ma significativa così come la L n. 29/77, di una tendenza legislativa a non ledere l'affidamento di soggetti particolarmente deboli ex art. 38 cost. a fronte di condotte

omissive colpevoli consistenti in ingiustificati ritardi della amministrazione - hanno ritenuto di valorizzare l'art. 5 dpr n. 698/94 interpretando questa norma nel senso che i termini previsti fossero a tutela non solo dell'interesse della PA a non creare situazioni creditorie per erogazioni indebite, non sempre facilmente ripetibili, ma anche dell'interesse dei beneficiari a non vedersi esposti ad azioni di recupero rispetto a provvidenze percepite in buona fede e destinate a esigenze primarie di vita, atteso che non è sanzionata l'omessa comunicazione tempestiva dell'esito negativo della visita di verifica al termine del procedimento amministrativo. Le varie norme che prevedono la notificazione dell'esito dell'accertamento diagnostico entro termini brevi o "immediatamente" (artt.

8

e 9 L n. 118/71, art. 3 L n. 291/88, artt.

2 e 6 DM n. 292/89, art. 6 DM n. 387/91) e le innumerevoli altre che presuppongono queste comunicazioni ai fini dei ricorsi, dettano termini

che spesso, in base alla casistica, risultano non rispettati. Inoltre i moduli su cui vengono stesi i verbali non sempre sono intelligibili da soggetti di bassa estrazione socioculturale o in situazioni di scarsa capacità intellettuale per le più diverse cause. In questa prospettiva omesso il provvedimento di sospensione (entro tempi tecnici ragionevoli) o, a seguito dell'art. 4 L n. 525/96, non intervenuta comunque la revoca

entro novanta giorni, si è ritenuto che la revoca medesima non potesse avere effetto retroattivo, ossia il ritardo dava luogo a un indebito addebitabile alla amministrazione.

La giurisprudenza di legittimità si è invece assestata su un'interpretazione delle disposizioni esaminate completamente opposta: l'art. 11 comma 4 della L. n. 537/93 ha completamente sostituito l'art. 3 ter della L n. 29/77, così come l'art. 4 della L n. 425/96 ha sostituito ed espressamente abrogato quest'ultimo; tutte le norme successive alla L n. 537/93 hanno però confermato per gli effetti della revoca la sostituzione del criterio della data del provvedimento con quello della data della visita di verifica; i termini previsti sono dettati solo per ragioni d'organizzazione e azione amministrativa e non vi è alcuna disposizione che lasci spazio a una diversa interpretazione (Cass. 2433/00, Cass. n. 3116/01, Cass. n. 14212/01, Cass. 5390/02, Cass. n. 6091/02, Cass. n. 14590/02). ***L'indebito in materia previdenziale e assistenziale.***

Si tratta indubbiamente di un'interpretazione rigorosa e più aderente alla formulazione letterale delle disposizioni in esame, di quella della giurisprudenza di merito sopra illustrata.

E' vero che con l'impostazione della giurisprudenza di merito veniva parzialmente annullato

l'intento chiaramente "punitivo" dell'art. 11 della L. n. 537/93 ed è vero che l'art. 5 DPR 698/94 è norma regolamentare e che secondo Cass. n. 6091/02 la disposizione sarebbe nulla per carenza di delega ex art. 11 cit. (ma anche l'art. 80 rdl 1924 era norma regolamentare) oppure (altra sentenza Cass n. 18299/02) che la stessa deve ritenersi abrogata con l'abrogazione dell'art. 11 L. n. 537/93 (in realtà è stata richiamata anche dall'art. 52 L n. 449/57), ma è anche vero che questi argomenti non sembrano insuperabili, che il risultato finale appare maggiormente in armonia con l'art. 38 cost. e che le disposizioni successive non hanno introdotto innovazioni tali da essere incompatibili con questa soluzione: il comma 2 dell'art. 52 L n. 449/97 e il comma 1 art. 37 L. n. 448/98 hanno infatti una chiara finalità sanzionatoria per fattispecie particolari di omessa adempimento da parte dell'invalido a obblighi di collaborazione specifici, lasciando per il resto immutata la disciplina precedente.

### **La giurisprudenza di legittimità lascia aperte alcune questioni.**

Pur partendo dal presupposto (allo stato) indiscutibile della non equiparabilità fra sistemi diversi e prestazioni di natura diversa, sempre ribadito con specifico riguardo a questo settore dalla Corte Costituzionale (ord. n. 62/01, ord. n. 448/00, sent. n. 382/96, ord. 492/94), è innegabile che, passando da una normativa quale quella della legge del 1977 all'attuale, si sono introdotte disparità o uniformità di trattamento difficilmente giustificabili a danno di una categoria di cittadini particolarmente bisognosa, quella degli invalidi privi di reddito sufficiente, ai quali è stata ridotta in sede di verifica l'inabilità dal 100% al 90% o dall'80% al 70%, e che avendo fatto affidamento in buona fede sulla prosecuzione dell'erogazione delle prestazioni si vedono revocare retroattivamente i benefici a notevole distanza di tempo, anche anni, con conseguente debito di restituzione a loro carico. Se, infatti, non è equiparabile l'indebito pensionistico con quello assistenziale, è però vero che la pensione sociale e l'assegno sociale sono a loro volta trattamenti assistenziali, ai quali si applicano l'art. 52 L n. 88/89, l'art. 1 L. n. 662/96 e l'art. 38 L n. 448/01.

Non può poi sfuggire che sono ben diverse la posizione dell'invalido che perde i requisiti reddituali e che per ciò stesso si viene a trovare in una situazione di effettivo minor bisogno, della quale non può non essere consapevole, la posizione dell'invalido che non ha mai perso una capacità di lavoro adeguata a procurargli un reddito e quella dell'invalido che perde i requisiti solo per un modesto miglioramento delle condizioni fisiche o per una diversa valutazione delle stesse, per il quale la diminuzione dello stato di bisogno è meramente putativa e può anche l'indebito in materia previdenziale e assistenziale rimanergli sconosciuta fino a che non gli viene "comunicata" (in modo per lui comprensibile).

Non appare ragionevole, sia pure in un'ottica di repressione del malcostume della facile

concessione di benefici assistenziali, accomunare indiscriminatamente, quanto a possibili ripetizioni di somme indebitamente erogate, situazioni così diverse (soprattutto se si considera che i cd "falsi" invalidi nelle ipotesi di chiara frode potrebbero e dovrebbero essere perseguiti sul piano penale unitamente ai concorrenti nel reato (artt. 640 cpv n. 1, 481 cod. penale) e che la responsabilità patrimoniale potrebbe comunque essere fatta valere sul piano civile ex art. 185 cod. penale, con obbligo delle restituzioni fin dalla data della concessione del trattamento vedi l'art. 1 L. n. 662/96 comma 252).

Più in generale ci si può chiedere quali siano le peculiari caratteristiche, le specificità di ogni sottosistema, sempre richiamate ma mai determinate, che giustificano una discrezionalità del legislatore sottratta a valutazioni di legittimità.

***Ferma restando la giurisprudenza della Corte di Cassazione, si dovrà in ogni caso procedere ad un aggiustamento in via interpretativa dell'art. 37 L. n. 448/98, perché non avrebbe veramente alcun senso prevedere la revoca dalla data della visita di verifica per chi a tale visita si sottopone e invece da un successivo eventuale provvedimento di sospensione a data imprecisata per chi a tale visita si sottrae senza giustificazione.***