

Dottrina - Previdenza
Artt. 365 e 366 c.p.c.

Posizione contributiva

L'azzeramento della tutela della posizione contributiva del lavoratore nella recente giurisprudenza di legittimità

di Roberto Riverso* **

La recente giurisprudenza di legittimità ha obliterato dall'ordinamento - senza plausibili ragioni - la tutela della posizione contributiva affermata da un orientamento giurisprudenziale risalente e consolidato per oltre 50 anni, sia della Corte di cassazione (anche a Sezioni Unite) sia della Corte costituzionale, che riconoscono lo stesso diritto come un "logico corollario" del diritto al lavoro tutelato dalla Costituzione.
Tradurre abstract in inglese.

Premessa

Se aprite i repertori di giurisprudenza alla voce *posizione contributiva* del lavoratore (o anche alla voce *posizione assicurativa* o anche *diritto alla regolarizzazione contributiva*) troverete diverse centinaia di sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione, nelle quali si riconosce in modo ininterrotto, già a partire dagli anni '60¹, che il lavoratore può contare a tutela della propria posizione contributiva su varie azioni da rivolgere nei riguardi dell'Istituto previdenziale oppure nei confronti del datore di lavoro: beninteso, in modo autonomo e, perciò, anche prima della maturazione di qualsivoglia prestazione previdenziale o di qualsiasi danno.

Azioni diversamente declinate dall'ordinamento a seconda che la contribuzione rivendicata dal lavoratore fosse prescritta oppure no. E sempre escludendosi, dal punto di vista processuale, nell'uno come nell'altro caso, la necessità di instaurare un qualsivoglia litisconsorzio necessario con il soggetto estraneo alla domanda svolta nel giudizio (a seconda dei casi l'Inps o il datore di lavoro); salvo l'unico particolare caso in cui perdurando l'inadempimento datoriale e stante la prescrizione dei contributi, il lavoratore chieda, *ex art.*

* N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

** Intervento rielaborato ed aggiornato, tenuto al Convegno organizzato dall'INCA CGIL "La tutela della posizione assicurativa del lavoratore", Roma 15 novembre 2022.

¹ Cass. Civ. n. 2392/1965. Sulla posizione contributiva come un bene della vita che ha a che fare con la dignità di ogni persona che lavora, D. Casale, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali*, Bononia University Press, 2017, 261 ss. Di recente sul tema D. Mesiti, *Il diritto alla giusta posizione contributiva*, in questa *Rivista*, 2022, 561 ss.

13, comma 5, L. 12 agosto 1962, n. 1338, di poter versare egli stesso la somma necessaria alla costituzione della rendita vitalizia presso l'I.N.P.S. surrogandosi al datore di lavoro ed azionando pure il diritto alla restituzione della somma occorrente².

Il tema della tutela della posizione assicurativa di chi lavora è un argomento classico della previdenza ed è stato oggetto di pronunce assai risalenti sia in ambito previdenziale sia in ambito lavoristico contrattuale.

E tuttavia l'argomento richiede oggi una rinnovata ed inattesa attenzione in conseguenza di rilevanti novità apparse negli ultimi anni nel panorama giurisprudenziale.

Si tratta di non poche sentenze della Corte di cassazione che hanno disarticolato il quadro giurisprudenziale precedente ridisegnando un assetto normativo (sostanziale e processuale) inedito, che interessa almeno quattro fronti correlati di questa tutela che attengono: al contenuto oggettivo ed alla efficacia soggettiva del principio di automaticità, alla disciplina della prescrizione dei contributi, alla tutela contrattuale dei contributi nei confronti del datore di lavoro³.

Con riferimento al primo profilo, relativo al contenuto oggettivo del principio di automaticità, la Cassazione ha negato la tutela anticipata dei contributi rispetto alle prestazioni, negato cioè che esista, in assoluto, lo stesso diritto alla (integrità o alla giusta) posizione contributiva nei confronti dell'I.N.P.S., ove anche si discuta di contributi non prescritti ed, addirittura, di quelli dovuti *ex art. 18 Stat. lav.* per il cui pagamento fosse stata già pronunciata condanna giudiziale in occasione della dichiarata illegittimità del licenziamento (sentenze Cass. Civ. n. 2164/2021 e Cass. Civ. n. 6722/2021).

In relazione alla questione dell'estensione soggettiva del principio di automaticità la Cassazione ha escluso l'applicazione della tutela della automaticità delle prestazioni (e delle contribuzioni) al collaboratore coordinato e continuativo ed azzerato anche la tutela sul Tfr introdotta dal legislatore a favore del collaboratore con monocommittenza (per evidenti analogie con il lavoratore subordinato, sentenze Cass. Civ. n. 11430/2021 e Cass. Civ. n. 112431/2021).

Sotto il profilo (essenziale) della prescrizione dei contributi la Cassazione, con la sentenza Cass. Civ. n. 5820/2021, ha negato alla denuncia del lavoratore o dei suoi eredi l'effetto di raddoppio del termine da 5 a 10 anni (previsto testualmente dall'art. 3, comma 9, L. n. 335/1995 a partire dal 1° gennaio 1996); con il correlato effetto, prodotto da questa sentenza, di ridurre nello stesso minore periodo di 5 anni la protezione della giusta posizione contributiva del lavoratore ed il termine concesso all'I.N.P.S. per avviare la procedura di riscossione.

In relazione alla tutela della contribuzione in ambito contrattuale ovvero della c.d. "domanda di regolarizzazione" proposta dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro, comportante l'accertamento dei contributi correlati al riconoscimento di determinate poste retributive azionate da un lavoratore nel giudizio, la Cassazione, a partire dalla sentenza Cass. Civ. n. 8956/2020, ha statuito la necessità di integrare il litisconsorzio con l'I.N.P.S. in ipotesi di richiesta di condanna al versamento, rendendo ibridi i confini una volta chiari e netti tra questa domanda e quella di tutela dei contributi verso l'I.N.P.S.; e rimescolando di conseguenza tra loro tutti i diversi rapporti (previdenziale, contributivo e di lavoro) che compongono il rapporto assicurativo obbligatorio e confondendo gli stessi presupposti delle differenti azioni e tutele contemplate nell'ordinamento.

Impostazione sistematica e riflessi finanziari; la centralità della prescrizione dei contributi

Si tratta di novità di rilievo, che comportano riflessi sistematici sulla tenuta della impostazione di ordine generale che regge i diversi rapporti, da decenni improntata al principio di autonomia dei vari rapporti bilaterali. Autonomia che nega l'unico rapporto trilaterale, da cui si ricavano (ma oramai si ricavavano) alcuni logici corollari regolativi, sia in ambito processuale sia in ambito sostanziale⁴.

Il principale dei quali è che l'unico creditore della contribuzione sia l'I.N.P.S., ed esso soltanto; il cui diritto

² Cass. Civ., SS.UU., 16 febbraio 2009, n. 3678.

³ Sul nuovo corso della Cassazione v.; M. De Luca, *Overruling processuale e sostanziale in materia di contributi previdenziali: tra affermazione del litisconsorzio necessario dell'ente previdenziale, in tutte le controversie nelle quali si pongano questioni di contributi, e negazione del diritto del lavoratore alla posizione contributiva*, in *Lavoro diritti Europa*, 2, 2022; R. Rivero, *Sulle recenti "svolte" della Cassazione in tema di tutele del lavoratore nelle omissioni contributive*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1, 2022.

⁴ V. Cass. Civ., SS.UU., n. 683 del 2003 la quale affermava: "prevale la tesi che esclude un unico rapporto, cosiddetto trilatero, fra i detti soggetti, ed afferma una pluralità di rapporti bilaterali". Da ultimo, sullo stesso tema v. Cass. Civ. n. 3491/2014 che richiama Cass. Civ. n. 4083/1976.

(nei confronti del datore o del committente) è insensibile alle vicende del rapporto di lavoro (essendo sottoposto a vincoli di inderogabilità e ad un minimale legale, di natura pubblicistica)⁵.

Mentre sul versante del rapporto previdenziale, l'autonomia dei rapporti comporta che il lavoratore sia titolare del diritto finale alle prestazioni e nel corso del rapporto di quello strumentale alla "posizione contributiva" (giusta, integra) ovvero del diritto a vedersi accreditare dall'I.N.P.S. tutti e soltanto i contributi (non tanto già versati, ma anche solo dovuti) per effetto del lavoro svolto, anche di fatto, a prescindere dallo spontaneo versamento o dalla loro effettiva riscossione, anche coattiva⁶.

Quanto alla tutela esperibile sul fronte contrattuale al lavoratore è sempre stata riconosciuta la facoltà di agire nei confronti del datore di lavoro, prima di qualsiasi evento protetto, per ottenere *la regolarizzazione della contribuzione* attraverso un'azione di mero accertamento dell'omissione contributiva quale comportamento potenzialmente dannoso ovvero anche attraverso un'azione di condanna generica al risarcimento del danno futuro *ex art. 2116, comma 2, c.c.*⁷.

Sul piano processuale l'autonomia dei rapporti comportava il confinamento all'interno del singolo giudizio della decisione di ogni "punto pregiudiziale" della controversia (il rapporto di lavoro, l'esistenza della obbligazione contributiva, la tutela della posizione contributiva, il diritto alla prestazione), potenzialmente interessante anche l'altro rapporto non dedotto in giudizio, in conformità alla regola generale del normale accertamento incidentale delle questioni pregiudiziali, salva diversa volontà delle parti⁸.

Oggi questi stessi postulati non possono essere considerati più certi né chiari in virtù del rimescolamento generale dei principi conseguito alle indicate sentenze della Cassazione; da cui è scaturito, perfino, la messa in discussione della legittimazione passiva dell'obbligazione contributiva, essendosi affermato, in particolare nei rapporti di collaborazione (ma non mancano potenziali sviluppi anche nei confronti del lavoratore subordinato)⁹, che il committente non sia il debitore diretto e principale tenuto al pagamento dei contributi, ma soltanto un mero accollante *ex lege* del debito altrui, attraverso una apparente operazione di cosmesi giuridica che ha finito tuttavia per costituire come debitore lo stesso lavoratore beneficiario dei contributi, manipolando il contenuto effettivo della normativa.

Ovviamente, ed è questa una premessa ineludibile per la comprensione della importanza della materia, il tema della tutela della posizione contributiva del lavoratore è correlato a quello della rilevanza dell'omissione contributiva e dell'andamento economico nel nostro Paese; ed ha quindi implicazioni vastissime di ordine sociale e finanziario, che vanno oltre il quadro giurisprudenziale di cui si occupa questo intervento. Esso impatta sul versante della sostenibilità finanziaria e sul piano dell'adeguatezza delle prestazioni, che insieme all'equità generazionale, costituiscono le tre coordinate dentro cui deve essere pensato un valido ed effettivo sistema di tutela previdenziale (in particolare pensionistica), ai sensi dell'art. 38, comma 2, Cost.

Pertanto la posizione attiva di cui si discorre non è concessa dall'ordinamento soltanto a tutela degli interessi dei soggetti protetti, ma è strettamente connessa anche all'interesse pubblico, il cui soddisfacimento si realizza attraverso la soddisfazione del primo.

Va in proposito ricordato che il pagamento delle prestazioni previdenziali ai lavoratori beneficiari, il cui diritto viene considerato imprescrittibile, è sempre garantito dallo Stato nei termini previsti dalla legge, anche se le entrate contributive non sono state versate o sono insufficienti o vanno sempre più diminuendo come accade da vari anni, per tanti motivi (evasione, precarietà del lavoro, questioni demografiche, diminuzione della produttività del lavoro, periodo Covid). Ma va anche evidenziato che la riscossione dei contributi sociali soggiace ad un termine di prescrizione che alla fine incide sugli stessi "diritti imprescrittibili" costituiti

⁵ L'instaurazione del rapporto di lavoro subordinato determina "*ipso iure*", l'insorgenza del corrispondente rapporto assicurativo, con conseguente obbligo per il datore di lavoro di versare i relativi contributi all'ente previdenziale.

⁶ Quindi, strettamente connessa all'automaticità delle prestazioni è l'automatica costituzione del rapporto previdenziale stesso, ossia la regola per la quale il semplice svolgimento materiale di lavoro crea il complesso di relazioni giuridiche dell'ente previdenziale con il lavoratore da un lato e, dall'altro lato, con il datore.

⁷ Da ultimo Cass. Civ. 8 giugno 2021, n. 15947; fra le altre, Cass. Civ. 5 febbraio 2014, n. 2630; negli stessi termini, Cass. Civ. 3 dicembre 2004, n. 2275.

⁸ Cass. Civ., SS.UU., n. 683/2003, Roselli.

⁹ V. R. Bellè, *Tutela in forma specifica della posizione contributiva tra litisconsorzio ed automaticità degli accrediti*, in *Riv. il. dir. lav.*, 2015, II, 791, il quale, propende però per la tutela diretta della posizione contributiva nei confronti dell'I.N.P.S. in forza del principio di automaticità, così da consentire "un'azione del lavoratore contro l'ente previdenziale al solo maturare dell'omissione contributiva, al fine di tutelare, attraverso l'automaticità, la propria posizione contributiva" (p. 801).

dalle prestazioni; anche attraverso la possibile prescrizione dell'azione di rendita vitalizia volta a rimediare alla prescrizione dei contributi¹⁰.

Tutto questo vale ad evidenziare come la prescrizione dei contributi rimanga uno snodo cruciale della tutela di cui si tratta ed essa incrocia - negli stessi identici termini - sia il diritto dell'I.N.P.S. alla riscossione, sia il diritto del lavoratore alla posizione contributiva; rendendo così evidente la connessione strettissima che rimane (aldilà dell'affermata autonomia) tra i due diritti, sia geneticamente, perché entrambi nascono dal medesimo fatto costitutivo (il rapporto di lavoro), sia funzionalmente, perché la realizzazione del credito contributivo dell'I.N.P.S. realizza anche la soddisfazione del diritto alla posizione assicurativa del lavoratore¹¹. E già questa convergenza di interessi spiega quanto sia incongruo negare (Cass. Civ. n. 5820/2021 cit.) l'effetto di raddoppio del termine di prescrizione alla denuncia del lavoratore e dei suoi eredi, attraverso una soluzione interpretativa che è pure in contrasto col chiaro tenore letterale e sistematico dell'art. 3, comma 9, L. n. 335/1995 cit.

Tanto più se si pensa poi che è interesse pubblico generale incentivare la denuncia dell'omissione e che non essendo creditore della contribuzione (ma soltanto titolare del diritto alla giusta posizione contributiva), non è stato mai riconosciuto al lavoratore ed agli eredi neppure di interrompere la prescrizione dei contributi. Per cui ad oggi, secondo la giurisprudenza citata, la denuncia di omissione contributiva all'I.N.P.S. non produce effetti di sorta (così come non avrebbe effetti la domanda all'I.N.P.S. di accredito della contribuzione non prescritta, secondo la nuova giurisprudenza della Cassazione, sentenze Cass. Civ. n. 2164/2021 e Cass. Civ. n. 6722/2021, su cui v. oltre)¹².

Per contro, la sostanza della tutela di cui ci occupiamo ha una valenza costituzionale di primo ordine ed è stata scolpita dalla Corte cost. n. 374 del 1997 allorché ha riconosciuto che essa consiste nel trasferimento, dal lavoratore all'I.N.P.S. e per esso alla collettività (salva sempre l'azione di recupero), del rischio dell'inadempimento datoriale nel versamento dei contributi¹³.

Si tratta dunque di un baluardo del nostro diritto previdenziale il quale, secondo la Consulta, trova applicazione, con riguardo ai vari sistemi di previdenza e assistenza obbligatoria, come regola generale rispetto alla quale possono esservi deroghe solo se espressamente previste da norme speciali e vale per il conseguimento del diritto alle prestazioni, ma anche ai fini dell'incremento delle prestazioni già spettanti¹⁴.

Proprio per impedire che questo rischio si produca nella realtà (principalmente attraverso la prescrizione), e tutelare effettivamente il lavoratore, si è affermata l'autonomia tra tutela della posizione contributiva (del lavoratore, sulla base del rapporto previdenziale) e procedura volta alla riscossione del credito per contributi sulla base del rapporto contributivo (tra datore ed ente previdenziale), fin dal momento in cui l'ente previdenziale viene chiamato, attraverso la richiesta del lavoratore, a prendere atto dell'esistenza del rapporto contrattuale lavorativo, anche di fatto¹⁵.

¹⁰ Il diritto del lavoratore alla costituzione, a spese del datore di lavoro, la rendita vitalizia di cui all'art. 13, L. n. 1338 del 1962, per effetto del mancato versamento da parte di quest'ultimo dei contributi previdenziali, è soggetto al termine ordinario di prescrizione, decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'I.N.P.S., senza che rilevi la conoscenza o meno, da parte del lavoratore, della omissione contributiva. Sentenza Cass. Civ., SS.UU., 14 settembre 2017 n. 21302; Cass. Civ., Sez. lav., 20 gennaio 2016, n. 983, conf. a Cass. Civ., Sez. lav. 13 marzo 2003, n. 3756. Discende da questa constatazione la necessità per il lavoratore di agire tempestivamente, anche in corso di rapporto, per la tutela del diritto alla costituzione della rendita vitalizia, prima della sua prescrizione. Resta ovviamente impregiudicato il diritto del lavoratore ad ottenere la stessa tutela dall'I.N.P.S., anche in caso di maturata prescrizione dei contributi, quante volte avesse richiesto la tutela della propria posizione contributiva prima dell'intervenuta prescrizione; ma anche soltanto denunciato la stessa omissione all'Istituto prima della prescrizione e successivamente non possa ottenere dal datore la tutela ex art. 13 l. 1338/62 o il risarcimento del danno.

¹¹ Sentenza Cass. Civ., Sez. L, n. 7104 del 1992, Senese.

¹² Sulla corretta tesi che riconosce l'effetto di raddoppio del termine di prescrizione alla denuncia del lavoratore o degli eredi v. Cass. Civ. n. 12362 del 2017, che richiama Cass. Civ., SS.UU., n. 15296/2014; nonché nello stesso senso v. circ. I.N.P.S. n. 31 del 2 marzo 2012 ed il messaggio I.N.P.S. n. 844 del 16 maggio 2012. Da ultimo, però, in senso contrario la sentenza della Cass. Civ. n. 5820/2021 cit.

¹³ Meno di tre anni dopo questa famosa pronuncia, la Consulta ha ribadito la rilevanza costituzionale del principio di cui all'articolo 2116 cc in maniera più esplicita, con riguardo alla tutela infortunistica. Con la decisione Corte cost. n. 36 del 2000, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di un quesito referendario abrogativo del monopolio assicurativo dell'I.N.A.I.L.

¹⁴ Sentenza Cass. Civ., Sez. lav., 19 agosto 2004, n. 16300.

¹⁵ D. Casale, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali*, Bononia University Press, 2017, 261 ss.

L'automaticità della contribuzione prima ancora che delle prestazioni

Si comprende da quanto fin qui osservato come, nonostante il credito contributivo non appartenga al lavoratore, l'inadempimento del datore rispetto al versamento dei contributi previdenziali all'istituto assicuratore, produca immediati effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica del primo, incidendo quindi sulla sua posizione previdenziale e, conseguentemente, sul diritto alle prestazioni sia relativamente all'*an* che al *quantum*. A tutela del lavoratore interviene innanzitutto il principio di automaticità di cui all'art. 2116, comma 1, c.c.

Operando la tutela dei contributi solo nei limiti della prescrizione, essa sottende un lavoratore proattivo, che sorvegli con scrupolo e regolarità la propria posizione contributiva (attraverso l'accesso al proprio conto e le informazioni chieste presso l'ente previdenziale), avendo anche l'onere di denunciare all'I.N.P.S. la scoperta contributiva e di chiedere l'accredito dei contributi mancanti prima della *deadline* costituita dalla maturazione della prescrizione (posto che nulla accade d'ufficio)¹⁶.

Il punto centrale dell'automaticità è che la contribuzione, se non versata, deve essere almeno dovuta dal datore. Quando perciò intervenga la prescrizione dei contributi, il rischio dell'inadempimento si trasferisce di nuovo sul lavoratore, il quale diviene in realtà l'unico danneggiato dell'omissione, sicché da un lato i contributi divengono addirittura irricevibili per l'Istituto e dall'altro lato lo stesso lavoratore perde la possibilità di giovare dello stesso meccanismo dell'automaticità (fatte salve ovviamente le richieste e le denunce precedenti alla prescrizione)¹⁷. Mentre per l'I.N.P.S. il risultato, da un punto di vista puramente attuariale sarà nullo nel lungo periodo, tanto più nella logica di un metodo contributivo di calcolo delle prestazioni.

Tutto questo serve a rendere evidente perché la garanzia di automaticità *ex art.* 2116, comma 1, c.c. (ed art. 27, L. n. 636/1939), che appare riferita alle prestazioni, debba servire in realtà a coprire anzitutto la contribuzione nel corso del rapporto, prima delle prestazioni e della maturata prescrizione¹⁸. Ed è proprio questa la prima forma di tutela, in ordine logico e di importanza, che consente al lavoratore di ottenere l'integrale accredito dei contributi, quando il rapporto esista anche in via di fatto ovviamente. Giacché in mancanza dell'automaticità nella tutela dei contributi rischia di non operare nessuna automaticità della prestazione (quando essa dovesse essere percepita decorsi cinque anni dalla maturazione del credito contributivo).

La portata dell'art. 2116, comma 1, c.c. "costituzionalizzata" dalle sentenze Corte cost. n. 374/1997 e Corte cost. n. 36/2000, è quindi volta a neutralizzare nei confronti del lavoratore gli effetti dell'inadempimento dell'obbligo contributivo e va oltre il semplice dettato letterale consentendo di postulare l'esistenza un più generale diritto del lavoratore all'integrità della posizione contributiva; un vero e proprio bene giuridico autonomo, un diritto attuale che il soggetto vanta nei confronti dell'ente previdenziale competente e che come tale viene protetto dall'ordinamento¹⁹.

Sulla scorta di questa serie di ragioni il "diritto del lavoratore alla posizione assicurativa" è stato riconosciuto da un orientamento giurisprudenziale costante²⁰, anche a Sezioni Unite (v. Cass. Civ. n. 638/2003, Cass. Civ. n. 3678/2009), fin dagli anni '60, come una fondamentale tutela dell'ordinamento previdenziale, azionabile nei confronti dell'I.N.P.S., di per sé ed indipendentemente dagli eventi futuri (Cass. Civ. n. 2392/1965). Ed esso non è mai stato contestato da nessuno, tanto meno dall'I.N.P.S. Ed è ovviamente azionabile in tutti i casi di lesione dell'integrità o della giusta consistenza dei contributi; sia in presenza di omissione contributiva da parte del datore, sia in presenza di revoca o annullamento da parte dell'I.N.P.S. di contributi già versati del datore, all'unica condizione dell'esistenza del rapporto di lavoro anche di fatto²¹. E

¹⁶ La suggestiva locuzione "automaticità" delle prestazioni deve essere intesa quindi non nel senso letterale: per ottenere le prestazioni previdenziali resta indispensabile formulare domanda, in questo caso, riferito ai contributi, anzi più circostanziata.

¹⁷ Sentenza Cass. Civ. 21 maggio 2002, n. 7459; ed inoltre Cass. Civ. n. 6569/2010, a cui invece Cass. Civ. n. 2164/2021 e Cass. Civ. n. 6722/2021 erroneamente ascrivono la tesi secondo cui non esisterebbe in assoluto nessuna tutela nei confronti dell'I.N.P.S. volta alla *regolarizzazione della posizione contributiva*, ancorché non prescritta. Laddove entrambe le sentenze nn. 7459/2002 e 6569/2010 discorrono, invece, di contributi prescritti riconoscendo addirittura, in via di principio, il diritto alla regolarizzazione nei confronti dell'I.N.P.S. anche in caso di prescrizione (nel caso in cui il lavoratore non potesse ricorrere agli altri rimedi apprestati dal legislatore in caso di contributi prescritti).

¹⁸ In giurisprudenza Cass. Civ. n. 1460/2001.

¹⁹ La positiva conferma di ciò viene da numerosi riferimenti normativi. Un esempio è costituito dalle discipline della ricongiunzione dei periodi assicurativi, di cui alle L. 7 febbraio 1979, n. 29 e L. 5 marzo 1990, n. 45.

²⁰ V. tra le tante, sentenza Cass. Civ. 2 febbraio 2001, n. 1460, Amoroso; Cass. Civ. 21 maggio 2002, n. 7459; Cass. Civ. 20 aprile 2002, n. 5767; Cass. Civ. 4 dicembre 2002, n. 17223.

²¹ Sentenza Cass. Civ., Sez. L., 23 marzo 1999, n. 2748.

sempre attraverso un giudizio bilaterale nei confronti dell'I.N.P.S., con accertamento incidentale del rapporto di lavoro, e senza litisconsorzio nei confronti del datore di lavoro²².

L'orientamento a tutela della posizione contributiva si è andato via via affermando in giurisprudenza, e si è stabilizzato nell'affermazione divenuta *ius receptum* secondo la quale il lavoratore è titolare, nell'ambito del rapporto previdenziale, di un diritto soggettivo alla posizione assicurativa, bene giuridico autonomo suscettibile di tutela nel corso del rapporto previdenziale e ancor prima del conseguimento del diritto alle prestazioni²³.

Non si tratta soltanto di un diritto alla giusta informazione ed alla corretta tenuta della posizione contributiva; né di una tutela correlata all'inadempimento dell'I.N.P.S. nell'acquisizione della contribuzione a fronte della denuncia del lavoratore²⁴, ma di una tutela sostanziale contro l'inadempimento del datore che nasce dal rapporto di lavoro come corollario del diritto alla automaticità della contribuzione. Essa si configura quindi come una garanzia di effettività della protezione sociale del lavoro stabilita nell'art. 38 Cost. che muove dal principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost. ed è immanente nel rapporto previdenziale tra lavoratore ed Istituto previdenziale²⁵.

Si tratta di un orientamento giurisprudenziale costante, anche a Sezioni Unite (v. sentenze Cass. Civ. n. 638/2003; Cass. Civ. n. 3678/2009).

Si consideri inoltre che la giurisprudenza ha giustamente riconosciuto il diritto alla posizione contributiva nei confronti dell'I.N.P.S. persino in ipotesi di contributi prescritti, ove il lavoratore prima del maturare della prescrizione avesse dato comunicazione dell'omissione contributiva del datore di lavoro al competente ente previdenziale e quest'ultimo non abbia provveduto a conseguire i contributi omessi, in quanto lo stesso ente è obbligato, nell'ambito del rapporto giuridico con l'interessato (anche ex art. 1175 e 1176 c.c.), alla diligente riscossione di un credito che, ancorché proprio, vale a soddisfare il diritto costituzionalmente protetto del lavoratore²⁶.

Ed ancora, la giurisprudenza di legittimità aveva vagliato l'ammissibilità di siffatta tutela anche sul terreno processuale ovvero dell'interesse ad agire *per far accertare la computabilità dei contributi dovuti e non versati dal datore di lavoro, ancorché non venga ancora rivendicato il diritto alla relativa prestazione*, (Sentenza Cass. Civ., Sez. L. 4 maggio 2002, n. 6409; Cass. Civ. 23 novembre 1989, n. 379). Anche la sentenza Corte cost. n. 5/2000, in materia di riconoscimento dei contributi per esposizione all'amianto ai dipendenti in servizio, respingendo una delle eccezioni sollevate in quel giudizio, osservò che *la domanda di accertamento del diritto ai contributi previdenziali veniva ad incidere attualmente sulla posizione pensionistica degli interessati, in guisa di incremento della contribuzione utile ai fini di un futuro trattamento pensionistico*.

Le sentenze della Cassazione n. 2164 e n. 6722 del 2021

La negazione della tutela anticipata del diritto alla giusta posizione contributiva, prima della maturazione della prestazione, produce effetti analoghi alla prescrizione, alla quale comunque prelude, schiudendole ampiamente le porte e comportando il rischio del consolidamento del danno contributivo a carico del lavoratore, senza alcuna ragione. Se la tutela dell'automaticità dovesse spostarsi alla data in cui l'assicurato potrà esercitare il diritto a pensione, l'automaticità delle prestazioni risulterebbe infatti pressoché vanificata.

Ed è proprio questo l'effetto perverso della posizione assunta dalla nostra Corte di cassazione con due sentenze (Cass. Civ. n. 2164/2021 e Cass. Civ. n. 6722/2021) con le quali è stata affermata l'inesistenza nel nostro ordinamento di "un'azione dell'assicurato volta a condannare l'ente previdenziale alla 'regolarizzazione' della sua posizione contributiva". Con un'affermazione a carattere processuale, che parla di azione, ma che sottende evidentemente la negazione - - totale ed in assoluto - del diritto sostanziale all'integrità della

²² Cass. Civ. 26 febbraio 2004, n. 3941.

²³ Tra le innumerevoli pronunce v. Cass. Civ. nn. 5263/1986, 2544/1988, 1987/1988, 379/1989, 12248/1991, 1460/2001, 6409/2002, 9850/2002, 7459/2002, 3108/2001, 5767/2002, 9125/2002, 10119/2012, 10117/2012, 19398/2014, SS.UU., n. 3678/2009, n. 30470/2019; SS.UU., n. 683/2003; SS.UU., n. 15296/2014; SS.UU., n. 19398/2014; Corte cost. n. 374/1997.

²⁴ Cass. Civ. 21 maggio 2002, n. 7459, cit.

²⁵ Cass. Civ. n. 5767/2002.

²⁶ Sentenza Cass. Civ. 21 maggio 2002, n. 7459 ; ed inoltre Cass. Civ. n. 6569/2010, la cui distorta lettura deve ritenersi all'origine dell'errata decisione.

posizione assicurativa nei confronti dell'ente previdenziale anche per i contributi non prescritti. Una tesi che appare insostenibile alla luce della giurisprudenza consolidata per oltre 60 anni, prima citata; e che condurrebbe l'ordinamento ad un esito fatalmente incostituzionale, in una misura che risulta ovviamente aggravata nella sentenza Cass. Civ. n. 6722/2021 per la presenza in questo caso di una precedente condanna al pagamento dei contributi già pronunciata nei confronti del datore di lavoro *ex art. 18, L. n. 300/1970*.

Senonché le premesse esplicitate nelle predette sentenze, sulle quali si appoggia la perentoria conclusione, si fondano su affermazioni che sono all'evidenza errate e contraddittorie: sia laddove ribadiscono in tesi la positiva esistenza nell'ordinamento della "tutela della integrità della posizione contributiva del lavoratore", sia quando richiamano a sostegno alcuni precedenti di legittimità privi di qualsiasi pertinenza; come la sentenza Cass. Civ. n. 6569/2010, che si riferiva ad una fattispecie in cui i contributi erano in realtà prescritti, oppure la sentenza Cass. Civ. n. 3491/2014, che riguardava invece il caso di due lavoratori che, a fronte di un verbale di accertamento negativo del rapporto di lavoro, pretendevano di versare essi stessi la contribuzione nei confronti dell'I.N.P.S. Casi totalmente diversi dunque rispetto al diritto alla posizione contributiva, in cui correttamente la Cassazione doveva affermare, come in effetti ha affermato, in conformità ai principi, l'inesistenza di "un'azione dell'assicurato volta a condannare l'ente previdenziale alla 'regolarizzazione' della sua posizione contributiva".

Ma soprattutto le due pronunce in oggetto non possono essere seguite laddove interpretano il principio di automaticità in modo selettivo, restringendone contenuto ed operatività ad alcune fattispecie tipiche (citando la ricongiunzione, il proseguimento volontario della contribuzione e la richiesta di una prestazione previdenziale); fattispecie che invece non possono esaurire l'operatività di un principio che non può operare in maniera selettiva, elevando dinanzi ai medesimi inadempimenti contributivi, alcuni fatti occasionali (come appunto la richiesta di ricongiunzione, il versamento volontario o la richiesta di una prestazione temporanea) a ragione e fondamento di una tutela a geometria variabile sul futuro previdenziale dei lavoratori (sul loro futuro pensionistico anzitutto), che reclama invece una tutela egualitaria anticipata delle indispensabili provviste contributive, a carattere generale quindi e non rapsodico.

D'altra parte, la tesi sull'efficacia selettiva del principio di automaticità è stata pure testualmente bocciata, come già detto, dalla Corte cost. (n. 374/1997) la quale ha rilevato come la tutela del principio non può che essere generale costituendo un corollario della protezione del lavoratore; salvo espressa previsione contraria (da valutarsi alla luce della Costituzione)²⁷.

Spiegando le ragioni della decisione, il giudice delle leggi ha dato una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente, affermando che il "principio di 'automaticità' delle prestazioni, con riguardo ai sistemi di previdenza e assistenza obbligatorie, trova applicazione non già 'solo in quanto il sistema delle leggi speciali vi si adegui', ma - come si esprime l'art. 2116 cod. civ. - 'salvo diverse disposizioni delle leggi speciali': il che significa che potrebbe ritenersi sussistente una deroga rispetto ad esso solo in presenza di una esplicita disposizione in tal senso".

Trattandosi di una sentenza interpretativa di rigetto, la stessa vincola il giudice ordinario non già nel senso che deve adottare (in positivo) proprio l'interpretazione accolta dalla Corte costituzionale, ma nel senso non può accogliere quell'interpretazione che la Corte ha, espressamente o implicitamente, ritenuto incostituzionale, salvo sollevare nuovamente la questione di costituzionalità²⁸.

Ora invece, con le sentenze in oggetto, la Corte di cassazione ha finito per capovolgere il ragionamento della Corte costituzionale ed è arrivata ad affermare - in modo incostituzionale e sulla base di affermazioni incongrue che contrastano con gli stessi precedenti evocati al loro interno - che l'inadempimento del datore di lavoro nel pagamento dei contributi (anche in casi in cui il rapporto di lavoro fosse denunciato all'I.N.P.S., la posizione contributiva già costituita presso l'Istituto, le denunce dei contributi regolarmente presentate ed addirittura il rapporto di lavoro ricostituito per obbligo di legge su pronuncia di un giudice *ex art. 18 Stat. lav.*) debba rimanere definitivamente a carico del lavoratore che dovrà subirne il relativo danno inesorabilmente. Tutto questo senza mai citare alcuna particolare norma che prescriva tale risultato, confondendo le tutele per i contributi prescritti con quella per i contributi non prescritti, senza fornire alcuna giustificazione logica di un'affermazione così dirompente.

Del resto neppure è possibile giustificare - come invece tentano di fare le due sentenze in discorso -

²⁷ V. Cass. Civ. n. 1460/2001, rel. Amoroso.

²⁸ Così Cass. Civ. n. 1460/2001; sentenza Cass. Civ., Sez. L, n. 6409/2002; Cass. Civ. n. 17223/2022.

l'inesistenza del diritto alla integrità della posizione assicurativa sul presupposto che, in ipotesi di mancato versamento dei contributi, l'ordinamento appresti altre forme di tutela quali la rendita *ex art. 13, L. n. 1338/1962*. Infatti, se il datore di lavoro oltre ai contributi, non paga neppure le somme dovute per la costituzione della rendita, il lavoratore sarà costretto egli stesso a pagare quanto dovuto per la costituzione della rendita, e non è detto che sia sempre in grado di provvedere allo sforzo economico richiesto. Ciò che determina quindi, oltre che una violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* anche il mancato rispetto dell'art. 38, comma 2, Cost.

Si consideri tuttavia che queste nuove sentenze - pur essendo all'evidenza fondate sull'equivoco - hanno già prodotto effetti perniciosi in sede di merito (ad es. sentenza Trib. Taranto n. 470/2022; sentenza App. Reggio Calabria 18 ottobre 2022). Paradossale, ed evocativa del totale disorientamento che è stato generato dal nuovo corso, risulta la vicenda processuale affrontata dalla sentenza App. Genova n. 225/2022, laddove, a fronte di un lavoratore che, in forza del principio di automaticità, reclamava l'indennità di disoccupazione Naspi, previo riconoscimento dei relativi contributi ancora non prescritti, il giudice di primo grado ha riconosciuto soltanto i contributi previdenziali ma non la prestazione; mentre la Corte di appello, richiamando la Cass. Civ. n. 2164/2021, ha riconosciuto la Naspi ma non i necessari contributi affermando appunto che "l'assicurato non può pretendere all'evidenza che l'accredito dei contributi venga effettuato dallo stesso ente previdenziale", dimenticando che nessuna prestazione potrebbe essere mai erogata dall'I.N.P.S. senza il previo accredito della necessaria provvista contributiva.

L'art. 18 Stat. lav. e l'accredito dei contributi di cui alla condanna del datore in caso di licenziamento illegittimo

La tesi accolta dalla Cassazione nelle due sentenze desta, come si è detto, un particolare sconcerto in relazione ai contributi compresi nella condanna *ex art. 18, L. n. 300/1970*, dal momento che in relazione ad essi viene in pratica negata al lavoratore (dalla sentenza Cass. Civ. n. 6722/2021) qualsiasi forma di tutela ancorché non fossero prescritti; e ciò pur dopo una sentenza di condanna al pagamento dei contributi prevista dalla legge (ottenuta nei confronti del datore in sede di impugnazione del licenziamento) sulla scorta dell'accertamento della continuità del rapporto di lavoro.

Viene qui da domandarsi soltanto quale altra garanzia abbia il lavoratore e quale debba essere il suo comportamento quando, dopo aver vinto la causa *ex art. 18, L. n. 300/1970*, con condanna del datore alla reintegra ed al pagamento dei contributi dal licenziamento fino alla reintegra, si avvede che il datore non abbia versato il dovuto e che l'I.N.P.S. non si sia attivato per recuperare la contribuzione, nonostante i solleciti ad esso rivolti ed in mancanza di prescrizione, perché questa era la fattispecie su cui è intervenuta la sentenza della Cassazione.

Il *thema decidendum* non era qui se il lavoratore si potesse o meno sostituire all'ente previdenziale per ottenere una condanna al pagamento dei contributi, posto che la sostituzione processuale è qui stabilita dalla legge; e nemmeno se i contributi derivassero dalla domanda del lavoratore o dalla ricostituzione legale del rapporto di lavoro. Il vero problema da risolvere era anche qui quale tutela della posizione contributiva dovesse riconoscersi al lavoratore dopo una condanna del datore al pagamento dei contributi (già ottenuta in sede di art. 18) ed a chi egli dovesse rivolgersi nella persistenza dell'inadempimento datoriale e dell'inattività dell'I.N.P.S., pure più volte sollecitato.

Affermare che il lavoratore non abbia nessuna tutela è una tesi che ovviamente non può essere contemplata da un ordinamento civile e viola l'art. 24, oltre che 38 Cost. Basterebbe chiedersi se sia possibile che un lavoratore debba fare sei giudizi per ottenere i contributi previdenziali in caso di licenziamento illegittimo per sentirsi dire infine che manca qualsiasi tutela. Ma davvero, in uno stato diritto, dopo la condanna *ex art. 18, L. n. 300/1970*, l'I.N.P.S. non è obbligato né ad agire per il recupero, né a rispondere al lavoratore che chiede i contributi non prescritti, senza colpo ferire?

Il principio di automaticità e le collaborazioni coordinate e continuative

Come ricordato in apertura la portata del *principio di automaticità* è stata ridotta dalla Cassazione anche dal punto di vista soggettivo non essendo stato applicato (Cass. Civ. n. 11430/2021 e Cass. Civ. n. 11431/2021) a beneficio dei collaboratori coordinati e continuativi (nella sottospecie della figura a progetto di cui al D.Lgs. n. 276/2003 e succ. mod.), seppure costituiscano nel vasto panorama dei modelli di rapporto di lavoro la più emblematica delle fattispecie di lavoro precaria, da sempre a rischio di sfruttamento nel nostro

Paese²⁹.

Questo è avvenuto in controversie in cui il collaboratore iscritto alla Gestione separata rivendicava, nei confronti dell'I.N.P.S. in un caso, il diritto all'indennità di fine rapporto (prevista dall'art. 19, D.L. n. 185/2008, conv. in L. n. 2/2009, e succ. mod. e integraz.), per i collaboratori in regime di c.d. monocommittenza; ed, in un altro caso, il diritto alla regolarizzazione contributiva; sulla scorta della incontestata premessa che il committente debitore non avesse pagato la contribuzione assicurativa, su di lui incombente; come da parte di tutti si supponeva prima delle indicate pronunce di legittimità; dal momento che l'art. 2, comma 30, L. n. 335/1995, prevede il riparto dell'obbligo contributivo per i collaboratori iscritti alla gestione separata nella misura di due terzi a carico del committente e di un terzo a carico dell'iscritto, obbligo che, con il successivo decreto ministeriale (D.M. n. 281 del 1996), è stato posto per intero a carico del committente, previa trattenuta del terzo gravante sul collaboratore dal compenso a lui spettante (come avviene per opera del datore di lavoro nel rapporto di lavoro subordinato, anche per la quota a carico del lavoratore)³⁰.

Qui la Corte di cassazione aveva la possibilità di ampliare in via interpretativa la sfera soggettiva della protezione codicistica, dando seguito alle reiterate indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale (non solo le citate sentenze Corte cost. n. 374/1997 e Corte cost. n. 36/2000, ma anche la Corte cost. n. 18/1995 e la Corte cost. n. 526/1990) da alcuni precedenti favorevoli della giurisprudenza di merito e di legittimità (sentenza Cass. Civ. n. 7120/2017) che avevano riconosciuto nella situazione lavorativa del co.co.co. una condizione analoga a quella del lavoratore subordinato sotto il profilo della pari soggezione al rischio dell'inadempimento altrui nel pagamento della contribuzione.

Ed invece la Cassazione cit. (senza nemmeno confrontarsi con il precedente contrario Cass. Civ. n. 7120/2017) ha negato la tutela al collaboratore, capovolgendo il presupposto della responsabilità per l'inadempimento: affermando cioè che, in realtà, i collaboratori iscritti alla gestione separata fossero gli obbligati principali del pagamento della contribuzione, arrivando quindi a parificarli ai liberi professionisti ed agli stessi imprenditori iscritti ad altre gestioni in quanto tenuti al pagamento personale dei contributi (di cui vengono richiamate a sostegno, anche qui incongruamente, le relative sentenze); e ricavando, con un salto logico, dall'obbligo del collaboratore di iscriversi alla Gestione separata l'obbligo di pagamento esclusivo delle contribuzioni, anche se la legge imputa espressamente tale obbligo al committente, l'altro soggetto del rapporto obbligatorio, come avviene col datore per il lavoro subordinato.

Per procedere a questa parificazione la Cassazione ha dunque rielaborato il dettato normativo sopra citato e trasformato il committente da debitore originario dei contributi, come prevede la legge, in un mero accolante *ex lege* del debito altrui: accolto privativo dice la sentenza, ma solo fino ad un certo punto, perché volendo il co.co.co. potrebbe sostituirsi al committente e, come consente la medesima pronuncia, versare egli stesso all'Inps anche la quota dei contributi gravanti sul primo.

Tutto questo attraverso il richiamo "analogico" di una previsione (art. 1236 c.c.) riguardante la remissione del debito e la creazione di un termine atto allo scopo, che la Cassazione individua *ex se* in quello di prescrizione. Viene concesso quindi, "in un congruo termine", che il co.co.co. possa dichiarare all'I.N.P.S. di rinunciare all'effetto privativo dell'accollo *ex lege* disposto in suo favore dall'art. 2, comma 30, L. n. 335/1995, e di assumere in proprio il debito relativo alla parte del contributo accollata al suo committente, salvo rivalersi per i danni nei confronti di costui.

Una soluzione senza dubbio originale, mai sostenuta in 27 anni di vigenza della gestione separata; ed in contrasto con le affermazioni ripetute della stessa giurisprudenza di legittimità che, anche a Sezioni Unite (Cass. Civ. n. 3240/2010), ha sempre sostenuto che il debito per i contributi fosse in capo al committente. Nemmeno l'Inps l'ha mai affermata nelle tantissime circolari emanate ogni anno sull'argomento a partire dalla prima (circ. I.N.P.S. n. 112/1996) nella quale scrive per l'appunto che "per quanto riguarda il pagamento del contributo, il regolamento n. 281 conferma che il relativo obbligo gravi sul committente".

Ora in effetti, quello che non si riesce a comprendere è dove sia scritto tutto ciò nella L. n. 335/1995? E per quale motivo un committente dovrebbe a questo punto pagare ancora i contributi? E perché il committente

²⁹ Sull'argomento, A. Andreoni, *Collaboratori coordinati e continuativi e (negata) automaticità delle prestazioni previdenziali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1, 2022, 171 ss. D. Mesiti, *Sull'ambito di applicazione soggettivo del principio di automatismo delle prestazioni. Corte di Cassazione, sezione lavoro, 30 aprile 2021, n. 11430*, in *Riv. dir. sic. soc.*, fasc. 3, settembre 2021. 209; R. Rivero, *Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali negato ai collaboratori coordinati e continuativi*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 2021.

³⁰ La scissione tra soggetto beneficiario delle prestazioni previdenziali e soggetto tenuto alla relativa contribuzione, è indispensabile per l'esistenza stessa del principio di automaticità delle prestazioni.

(accollante privativo) che non ha pagato i contributi dovrebbe essere in grado di pagare i danni al co.co.co.? E come potrebbe essere in grado il co.co.co. di pagarsi il 33% (ed oltre) di contributi previdenziali?

Nella mancanza assoluta di previsioni *ad hoc*, la Cassazione ammette la possibilità per il lavoratore “iscritto alla Gestione separata di rinunciare all’effetto liberatorio dell’accollo *ex lege* di quella parte del contributo in capo al committente che sia rimasto inadempiente” e di versare in proprio i contributi non prescritti: che appare anche esso un *unicum* nell’ordinamento previdenziale.

Tutta questa astratta costruzione per negare la piana applicazione ad un istituto come il principio di automaticità, rispetto al quale non vi è alcuna espressa disposizione che ne escluda il riconoscimento nei confronti dei co.co.co. E di cui perciò, seguendo le indicazioni esplicite della Corte costituzionale (sentenze Corte cost. n. 374 /1997 e Corte cost. n. 36/2000, Corte cost. n. 18/1995 e Corte cost. n. 526/1990) sarebbe ben possibile un’interpretazione estensiva, dato che la “*ratio*” costituzionale del principio, come detto più volte, non risiede nella natura subordinata del rapporto, ma, come sottolineato dal giudice delle leggi, nella garanzia dal rischio di eventuali inadempimenti del soggetto onerato degli obblighi contributivi. Un rischio che rimane nella realtà, quand’anche si dovesse ammettere, ma solo per un attimo, che il debitore dei contributi divenga un *accollante privativo ex lege del debito altrui*. Del resto va ricordato che la Corte costituzionale ha pure già compiuto due volte un’interpretazione estensiva di questo tipo a tutela del lavoro autonomo (della rendita vitalizia in favore dei collaboratori familiari dei lavoratori artigiani sentenza Corte cost. n. 18/19995 e del privilegio generale sul credito degli istituti previdenziali per i contributi dovuti dai lavoratori autonomi sentenza Corte cost. n. 526/1990) allorché rigettando due questioni di costituzionalità ha invitato i giudici di merito ad adoperare con maggiore latitudine il criterio ermeneutico dell’interpretazione estensiva anche a fronte di una lettera della legge angusta (come quella che parla di datore di lavoro o di lavoro subordinato) quando esiste l’*eadem ratio legis* (Corte cost. n. 18/1995 e Corte cost. n. 526/1990).

La svolta della Cassazione sul litisconsorzio necessario

Una ultima notazione sulla “svolta” in materia di litisconsorzio necessario con l’I.N.P.S., affermata dalla Corte di cassazione, a partire dalla sentenza n. 8956/2020 (e numerose altre successive) nelle cause per differenze retributive ove il lavoratore chieda, oltre a crediti retributivi, l’accertamento dell’omissione contributiva e la condanna al pagamento della contribuzione non prescritta, anche in vista di una futura azione di danno³¹.

Questa c.d. *domanda di regolarizzazione*, secondo principi risalenti, sorge con l’instaurazione del rapporto di lavoro ed è proposta nei confronti del datore vantando il lavoratore un vero e proprio *diritto soggettivo alla integrità contributiva*, ovvero *al regolare* versamento dei contributi previdenziali, perché la posizione assicurativa, pur strumentale per l’accesso alla prestazioni pensionistiche, costituisce un bene suscettibile di lesione e quindi di tutela giuridica già nel corso del rapporto di lavoro quando non risultino pagati i contributi assicurativi.

Il lavoratore ha infatti un interesse economicamente valutabile all’accertamento dell’obbligo assicurativo e del suo contenuto, dato che l’automaticità agisce soltanto se i contributi non versati siano dovuti e nella misura in cui siano dovuti. La legittimazione processuale ad agire per l’accertamento e per l’adempimento dell’obbligo contributivo va ritenuta non alternativa a quella dell’ente ma autonoma rispetto ad essa in considerazione dell’attualità del pregiudizio che per il mancato incremento dell’anzianità contributiva utile a pensione si determina nella sfera giuridica del lavoratore.

³¹ In senso critico vedi: *Opinioni a confronto sul litisconsorzio necessario con gli enti previdenziali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, 3, 529 ss., con i contributi di: G. Mammoni, *Controversie di lavoro e litisconsorzio con enti previdenziali. Per un inquadramento del tema*, 529 ss.; C. Colosimo, *Osservazioni di un giudice di primo grado*, 535 ss.; R. Santoni Rugiu, *Osservazioni di un giudice d’appello*, 547 ss.; S. Centofanti, *Domanda di accertamento di omissioni contributive e insussistenza di litisconsorzio necessario con gli enti previdenziali*, 554 ss.; P. Capurso, *Diritto alla integrità contributiva e litisconsorzio necessario*, 570 ss. M. De Luca *Overruling processuale e sostanziale in materia di contributi previdenziali: tra affermazione del litisconsorzio necessario dell’ente previdenziale, in tutte le controversie nelle quali si pongano questioni di contributi, e negazione del diritto del lavoratore alla posizione contributiva*, in *Lavoro diritti Europa*, 2022, 2; R. Rivero, *Sulle recenti “svolte” della Cassazione in tema di tutele del lavoratore nelle omissioni contributive*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, 1; ed ancora C.A. Nicolini, *A proposito di interesse ad agire e litisconsorzio, quando il lavoratore chiede la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi ... e non solo*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, 1, pt. 2, 156-170; P. Capurso, *La condanna alla regolarizzazione contributiva o delle imprevedibili virtù del litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 4, 858-863; V. Ferrante, *Litisconsorzio necessario, danno ed imposizione contributiva: suggerimenti per intendere correttamente una recente sentenza di legittimità*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 450/2022; L. Iero, *Tutela della posizione contributiva e litisconsorzio necessario*, in questa *Rivista*, 2022, 10, 950 ss.

L'azione si svolge esclusivamente sul piano del rapporto contrattuale perché è volta ad accertare soltanto la debenza dei contributi previdenziali correlati a determinate poste retributive ed anche la potenzialità dell'omissione contributiva a provocare danno (salva poi la facoltà di esperire, al momento del prodursi dell'evento dannoso, la diversa azione risarcitoria ex art. 2116, comma 2, c.c. o quella in forma specifica ex art. 13, L. 12 agosto 1962, n. 1338). Per giurisprudenza costante il lavoratore non può invece agire per la condanna al pagamento della contribuzione il cui diritto di credito è attribuito esclusivamente in capo all'ente previdenziale non prevedendo la legge alcuna forma di sostituzione processuale, come sarebbe invece necessario ai sensi dell'art. 81 c.p.c. il quale recita che "fuori dei casi espressamente previsti dalla legge nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui".

La decisione della domanda di regolarizzazione non fa alcuno stato nell'ambito del rapporto previdenziale tra lavoratore e I.N.P.S., né in quello del rapporto contributivo tra datore e I.N.P.S. e quindi per consolidata interpretazione, sempre affermata in giurisprudenza, l'azione non è stata mai condizionata dal rispetto della regola del contraddittorio necessario la quale postula un rapporto giuridico plurisoggettivo.

L'ordinamento vuole qui proteggere soltanto la certezza del lavoratore circa la debenza della contribuzione, quasi sempre in connessione con la domanda di pagamento di poste retributive. E si tratta, anch'essa, di una forma di tutela anticipata della stessa posizione contributiva (ancorché, come già detto, da definire sempre con un mero accertamento dei contributi dovuti, senza effetti costitutivi e tanto meno di condanna al pagamento dei contributi, non potendo il lavoratore chiederla per difetto di legittimazione attiva, non essendo creditore dei contributi). La giurisprudenza ha ammesso anche la condanna generica al risarcimento del danno futuro da omissione contributiva, anche quando non siano verificati tutti i requisiti per il conseguimento della prestazione.

Anche grazie a questa tutela contrattuale, a fronte di una omissione relativa a contributi non ancora prescritti, il lavoratore - ancor prima del verificarsi degli eventi condizionanti l'erogazione delle prestazioni previdenziali - aveva quindi a sua disposizione un collaudato armamentario di tutele e di azioni che poteva promuovere contro l'I.N.P.S. e contro il datore, anche contemporaneamente volendo, trattandosi di azioni fondate su presupposti diversi e nei confronti di soggetti diversi.

Ora la situazione è cambiata enormemente anche su questo fronte, da quando la Corte di cassazione ha appunto affermato che il lavoratore - pur privo di legittimazione attiva in materia di pagamento del credito contributivo - possa chiedere la condanna del datore al versamento dei contributi all'I.N.P.S. (in realtà, solo in termini di *un facere*), ma con l'onere di integrare il contraddittorio con l'I.N.P.S., a pena di inammissibilità.

Questa tesi è sostenuta in contrasto: a) con la giurisprudenza delle Sezioni Unite posto che si contano almeno quattro sentenze in senso contrario³², tra le quali è stata stravolta in particolare la sentenza Cass. Civ. n. 3678 del 2009 che aveva espressamente circoscritto (e *rimarcato*) la necessità di integrazione del contraddittorio unicamente all'ipotesi in cui si vertesse nella fattispecie di tutela azionata dopo la maturata prescrizione prevista dall'art.13, comma 5, L. n. 1338/1962, negando, testualmente, che la stessa necessità ricorresse in altre differenti ipotesi; b) con le regole del codice di procedura civile (art. 374, n. 3, c.p.c.) che vietano alla sezione semplice della Corte di cassazione di disattendere un indirizzo delle sezioni unite; c) con il tanto decantato principio di autonomia dei vari rapporti che costituiscono il sistema della previdenza sociale (rispettato solo alla bisogna); d) con le stesse premesse svolte nelle medesime pronunce laddove viene pure ribadita la carenza di legittimazione attiva del lavoratore in materia di condanna al pagamento dei contributi (salvo l'art. 18 Stat. lav. in virtù della espressa previsione) ed affermato che egli possa - in realtà - chiedere soltanto la condanna del datore di lavoro ad un *facere*.

Non di una obbligazione di dare, di pagare i contributi si tratterebbe dunque; ma della condanna a fare qualcosa. Ora riesce francamente difficile immaginare l'utilità per il lavoratore di ottenere la condanna ad un *facere* differente rispetto all'obbligo di pagamento dei contributi all'I.N.P.S.; a prescindere dal problema su come si possa eseguire questa condanna ad un *facere* e della stessa inopponibilità all'I.N.P.S., creditore di contributi veri e propri, della condanna ad un *facere* siffatto.

³² Quattro sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione che si occupano: a. del rapporto di lavoro (Cass. Civ., SS.UU., n. 2174/1983; Cass. Civ., SS.UU., n. 683/2003), b. del rapporto contributivo (Cass. Civ., SS.UU., n. 1076/1991), c. del rapporto previdenziale (Cass. Civ., SS.UU., n. 3678/2009) negano, tutte, il ricorso al litisconsorzio necessario valorizzando il principio generale di autonomia tra gli stessi, fatta salva la necessità del litisconsorzio per l'azione ex art. 13, comma 5, L. n. 1338/1962 (Cass. Civ., SS.UU., n. 3678 del 2009) in ragione della sua unicità ed "eccezionalità" considerata la complessità della situazione sostanziale dedotta in giudizio, in conformità alla speciale previsione di legge.

La tesi del litisconsorzio necessario, ha comportato però in sequenza l'annullamento di tanti processi in Corte di appello ed in Cassazione promossi nel rispetto dell'orientamento precedente, anche per la parte delle pronunce riguardanti le connesse poste retributive, e la necessità di chiamare in giudizio l'I.N.P.S.; il quale però non ha alcun interesse a stare in questi giudizi in cui solitamente sta muto come un pesce, anche perché non ha elementi autonomi di valutazione, perché se li avesse avuti avrebbe dovuto dispiegare la propria autonoma azione di recupero, anche in forza del principio di legalità.

Si è tentato di giustificare queste sentenze dicendo che l'orientamento sia stato affermato dalla Cassazione per tutelare meglio il lavoratore nei confronti dell'I.N.P.S. (secondo quando si sostiene anche nelle medesime pronunce). Ma in realtà il litisconsorzio con l'I.N.P.S. configura piuttosto una tutela processuale inutile e dannosa per il lavoratore.

Una tutela del tutto inutile nei confronti dell'Istituto, in quanto il lavoratore è protetto nei confronti dell'I.N.P.S. dal principio di automaticità (costituzionalizzato dalla Corte delle leggi), che va oltre il versamento dei contributi e la stessa azione di recupero, oltre lo stesso inadempimento di qualsiasi obbligo di *facere*. Inoltre il lavoratore non ha bisogno di rendere opponibile all'I.N.P.S. la sentenza riguardante il *facere* contrattuale del datore, sia perché essa è comunque improduttiva di effetti giuridici nei confronti dell'I.N.P.S. sul piano della tutela della posizione contributiva gestita dall'ente previdenziale in base alla legge (non potendo quindi mai vincolare l'I.N.P.S.); sia perché (trattandosi di un *facere* infungibile) non è suscettibile di tradursi in alcun concreto vantaggio, essendo altresì non eseguibile. Quello dell'I.N.P.S. è un diritto di credito regolato da norme diverse rispetto a quelle azionate dal lavoratore e mai potrebbe essere accertato e condizionato sulla base degli elementi di fatto e di diritto introdotti in giudizio dal lavoratore. Il diritto dell'Inps ai contributi non è implicato nella domanda svolta dal lavoratore nei confronti del datore. Si tratta di pretese diverse fondate su premesse giuridiche differenti (relative al rapporto, mansioni, orari, imponibile, sospensione, rinunce e transazioni; prescrizione, ecc.). Il lavoratore potrebbe essersi difeso male in giudizio e non può mai vincolare l'I.N.P.S.

Costringere ad integrare il contraddittorio non è peraltro indispensabile, perché la sentenza che accerta il rapporto contrattuale e le poste retributive cui accedono i contributi ed al limite condanna il datore al risarcimento del danno futuro (e dichiara il difetto di legittimazione per la domanda di condanna dei contributi), è di per sé pienamente satisfattiva per il lavoratore nel rapporto col datore (di più non può ottenere nei suoi riguardi); mentre non può incidere sulla regolazione dell'obbligazione e del rapporto contributivo.

Si tratta infine di una *tutela dannosa* perché determina gravi problemi processuali per il possibile allargamento della materia del contendere (ad es. nell'ipotesi in cui l'I.N.P.S. chieda la condanna al pagamento o deduce altre situazioni di fatto), per l'ampliamento dei tempi processuali, l'ostacolo alla definizione rapida del giudizio attraverso la conciliazione, l'aggravio in termini di spese processuali, la regolazione delle differenti competenze processuali, l'acquisizione delle testimonianze degli stessi lavoratori parti in causa, le tantissime sentenze che sono state e verranno invalidate con la nullità, benché conformi all'indirizzo processuale univoco della giurisprudenza delle Sezioni Unite, l'organo nomofilattico che aveva sempre rigettato la tesi del litisconsorzio necessario.

Gli sviluppi più recenti della giurisprudenza della Cassazione

Va rilevato anzitutto che in una recente sentenza la stessa Corte di cassazione³³ è ritornata sull'argomento - dei limiti della tutela contrattuale della posizione contributiva nei confronti del datore - e pur riprendendo alcune affermazioni contenute nella sentenza Cass. Civ. n. 8956/2020 (e nelle numerose altre successive) conclude più coerentemente - stante il sempre affermato difetto di legittimazione attiva originario - per l'annullamento in parte qua della sentenza che su domanda del lavoratore aveva condannato il datore a pagare i contributi all'Inps, senza pronunciare perciò alcun annullamento *in toto* della sentenza e senza disporre l'integrazione del contraddittorio fin dal primo grado.

Si tratta del segno evidente di un contrasto all'interno della Sezione lavoro, che è però sconcertante perché questo pronunciamento (Cass. Civ. n. 20697/2022) nulla dice dell'opposta soluzione precedente, ed anzi a quella si richiama per le premesse, salvo discostarsene totalmente nelle conclusioni. Col che non intuisce come a parità di premesse si possa arrivare a conclusioni diametralmente opposte.

Sempre nel 2022, le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza Cass. Civ. n. 7514/2022 hanno afferma-

³³ Cass. Civ., Sez. L., 28 giugno 2022, n. 20697.

to, in materia di riscossione di crediti contributivi e di opposizione tardiva avverso iscrizione a ruolo (per vizi attinenti al merito della pretesa creditoria), che la legittimazione a contraddire compete al solo I.N.P.S. ed hanno negato il litisconsorzio necessario tra ente impositore ed agente della riscossione.

Per giungere a tale conclusione le Sezioni Unite sono partite dalla scontata premessa sostanziale relativa alla titolarità del credito: essendo titolare del credito contributivo l'I.N.P.S. non c'è necessità alcuna di litisconsorzio con l'Agente della riscossione e la domanda svolta nei suoi confronti va rigettata.

La sentenza conferma quindi come, quando c'è difetto di legittimazione (attiva o passiva), la domanda vada rigettata nel merito mancando una condizione dell'azione. Non occorre integrare alcun contraddittorio. Anche in questo caso, dunque, le Sezioni Unite smentiscono le sentenze della sezione lavoro di cui abbiamo parlato, posto che il problema dell'esercizio in giudizio di un diritto altrui attiene alla legittimazione e non al contraddittorio e la partecipazione al giudizio giustifica soltanto il fatto che la sentenza resa sia opponibile a tale terzo non il fatto che l'azione dispiegata sia ammissibile. Non andrebbero mai confuse in un giudizio le questioni relative alla legittimazione con quelle relative al contraddittorio.

Infine, di recente la stessa Corte di cassazione con la sentenza Cass. Civ. n. 3422/2022 ha affermato che quando sia invece il datore di lavoro ad agire nei confronti dell'I.N.P.S. (che aveva negato l'esistenza di taluni rapporti di lavoro annullandoli a fini contributivi) non è necessario chiamare in giudizio i lavoratori, perché gli accertamenti restano delimitati al singolo giudizio, in virtù del principio autonomia (che viene a questo punto diversamente orientato dalla Cassazione a seconda delle parti in causa e delle conclusioni alle quali essa sceglie di pervenire).

Conclusioni

Quindi, per tirare le fila alla luce della recente giurisprudenza della Cassazione che si è esaminata, andrebbe affermato che nelle cause tra datore e I.N.P.S. riguardanti il rapporto contributivo non c'è litisconsorzio, mentre c'è litisconsorzio nelle cause tra lavoratori e datori. Avremo dunque lavoratori che si vedranno annullare dall'I.N.P.S. la posizione contributiva grazie ad una sentenza resa in un processo col datore. Nei loro confronti la sentenza non conta, è *res inter alios acta* dice la Cassazione. Conserveranno allora un qualche mezzo di tutela questi lavoratori? Se hanno davvero lavorato come si tutelano i lavoratori in questi casi, potranno agire nei confronti dell'I.N.P.S.?

Allo stato dell'arte, secondo le sentenze che abbiamo esaminato, il lavoratore non ha in realtà più alcuna azione per difendere "il diritto alla propria posizione contributiva", che è perciò sparito del tutto dall'ordinamento; essendo stata azzerata qualsiasi effettiva forma di tutela nei confronti del datore e nei confronti dell'I.N.P.S., prima della maturazione della prescrizione.

Il rischio dell'inadempimento nel versamento dei contributi che, secondo la Corte costituzionale, doveva essere trasferito, grazie alla garanzia dell'automaticità, nei confronti dello Stato (dell'I.N.P.S. e per esso della collettività) è stato in realtà addossato sul lavoratore in attesa che si consolidi attraverso la prescrizione e la produzione del danno definitivo.

Ed invero il lavoratore non deve essere chiamato in giudizio nel processo tra datore e I.N.P.S.; non ha azione per chiedere autonomamente la tutela della posizione contributiva nei confronti dell'I.N.P.S. (non solo se la contribuzione non è stata versata ma neppure se la contribuzione già versata gli è stata annullata o revocata, ovviamente). Rimane l'azione contrattuale nei confronti del datore, in litisconsorzio necessario con l'I.N.P.S. come prescrivono le sentenze del 2020, ma solo per ottenere la condanna ad un farraginoso, inutile quanto dannoso, *facere* e non al pagamento dei contributi veri e propri per ottenere i quali lavoratore viene nel contempo riconosciuto privo di qualsiasi legittimazione.

La tutela della posizione contributiva è sparita; ed i contributi spariscono davvero se il datore non li paga e l'Inps - come talvolta accade per limiti intrinseci - non si attiva per richiederli. Dopo 5 anni tutto si prescrive; anche perché la denuncia del lavoratore e dei suoi eredi, secondo la Cassazione (sentenza Cass. Civ. n. 5820/2021, cit.), non serve neppure a raddoppiare il termine di prescrizione; né tanto meno per interromperlo. Se poi si considera che, secondo la stessa giurisprudenza, anche il diritto alla rendita vitalizia volto a remediare alla prescrizione dei contributi si prescrive in corso di rapporto, si capisce come sia stata resa davvero ineffettiva ed assai impervia la tutela contributiva di chi lavora nel nostro Paese, che si rivela oggi del tutto in contrasto con la Costituzione.

Tutto questo potrebbe pure costituire pure un forte incentivo per datori e committenti (accollanti *ex lege*) a non pagare i contributi rendendosi inadempienti, in un Paese in cui oramai circa un terzo delle prestazioni

viene pagato dalla fiscalità generale a fronte di una grave e persistente evasione fiscale e contributiva.