

L	LABOR	6
	Il lavoro nel diritto	
<i>Rivista bimestrale</i>		novembre-dicembre 2019
DIRETTA DA Oronzo Mazzotta		

www.rivistalabor.it

IN EVIDENZA

■ *La ritrovata dignità del lavoro autonomo*

Domenico Garofalo

■ *Il sindacato nella Costituzione come elemento di democrazia sostanziale*

Federico Martelloni

■ *Il principio di automatismo nella giurisprudenza di merito*

Antonino Sgroi

■ *Giurisprudenza commentata*

Ombretta Dessì, Gianluca Urbisaglia, Alessia Matteoni, Eugenia Fiorelli

Saggi

- DOMENICO GAROFALO, *La ritrovata dignità del lavoro autonomo (seconda parte)*p. 601
- FEDERICO MARTELLONI, *Il sindacato nella Costituzione formale e materiale come elemento indefettibile di democrazia sostanziale*.....» 627
- ANTONINO SGROI, *Il principio di automatismo: applicazioni e letture della giurisprudenza di merito* » 637

Giurisprudenza commentata

- OMBRETTA DESSÌ, *Brevi riflessioni in tema di quietanze a saldo miste a rinunzie ai diritti del lavoratore*.....» 655
- GIANLUCA URBISAGLIA, *La Corte di Cassazione non cambia idea: il diritto alla liquidazione del Tfr è un «diritto futuro» e la sua rinuncia è «radicalmente nulla»*» 669
- ALESSIA MATTEONI, *Autoferrotranvieri: dubbi sulla legittimità costituzionale della sanzione della retrocessione*» 679
- EUGENIA FIORELLI, *Collaborazioni etero-organizzate: l'esistenza di un Accordo collettivo nazionale esclude l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato*» 699

Indice analitico delle sentenze

Lavoro (rapporto)

– Autoferrotramvieri – Sanzioni disciplinari – Retrocessione – Incostituzionalità – Rinvio alla Corte Costituzionale (*Cass.*, 20 maggio 2019, ord. n. 13525, con nota di MATTEONI)

– Rinunzie e transazioni

– Tfr – Rapporto di lavoro non cessato – Rinunzia a diritto futuro – Nullità della rinunzia (*Cass.*, 28 maggio 2019, n. 14510, con nota di URBISAGLIA)

– Differenze retributive spettanti – Lavoro straordinario – Indennità di trasferta – Quietanza a saldo – Negozio di rinunzia – Diritti indeterminabili – Volontà abdicativa – Insussistenza (*Cass.*, 18 settembre 2019, ord. n. 23296, con nota di DESSÌ)

Parasubordinazione – Collaborazioni *outbound* di *call center* – Collaborazioni etero-organizzate – Sussistenza elementi – Accordo collettivo nazionale – Ipotesi derogatoria – Sussistenza – Applicazione disciplina del lavoro subordinato – Esclusione (*Trib. Roma.*, 6 maggio 2019, n. 4243, con nota di FIORELLI)

Indice cronologico delle sentenze

Giorno	Autorità	Pagina
2019		
<i>Maggio</i>		
6	Trib. Roma, n. 4243	699
20	Cass., ord. n. 13525	679
28	Cass., n. 14510	669
<i>Settembre</i>		
18	Cass., ord. n. 23296	655

Notizie sugli autori

OMBRETTA DESSÌ – ricercatrice nell'Università degli Studi di Cagliari

EUGENIA FIORELLI – dottoranda di ricerca nell'Università di Pisa

DOMENICO GAROFALO – professore ordinario nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

FEDERICO MARTELLONI – professore associato nell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

ALESSIA MATTEONI – collaboratrice di cattedra nell'Università di Pisa

ANTONINO SGROI – avvocato presso l'Avvocatura centrale INPS

GIANLUCA URBISAGLIA – dottore di ricerca nell'Università degli Studi di Verona

Il principio di automatismo: applicazioni e letture della giurisprudenza di merito

SOMMARIO: 1. Modelli interpretativi utilizzati dai giudici di merito ai fini dell'ampliamento dell'ambito di efficacia del principio di automatismo – 2. Il principio di automatismo e la sua applicazione ai lavoratori autonomi collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla gestione separata.

Sinossi. Lo scritto, dopo avere delineato le ragioni che, secondo la giurisprudenza di merito, conducono ad ampliare l'ambito di applicazione del principio di automaticità delle prestazioni anche ai lavoratori autonomi collaboratori coordinati e continuativi, si pone l'obiettivo di illustrare le ragioni che, all'opposto, non consentono siffatto ampliamento e che invece confermano ancora la soluzione di limitare l'applicazione del predetto principio ai soli lavoratori subordinati, sino a quando non vi sarà un intervento del legislatore.

Abstract. *The present paper analyses both the case law, which extends the automatic entitlement to benefits to term and semi-independent contracts (short-term labour), as well as the views against this extension, which limits instead this automatic entitlement to benefits to wage earners, at least until the law in this regard is settled.*

PAROLE CHIAVE: Automatismo previdenziale – Prestazioni – Giurisprudenza – Applicazioni

1. Modelli interpretativi utilizzati dai giudici di merito ai fini dell'ampliamento dell'ambito di efficacia del principio di automatismo.

La prevalente giurisprudenza di merito, nell'affrontare e risolvere la questione dell'applicazione o meno del principio di automatismo ai collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla gestione separata, afferma l'ampliamento di applicazione del predetto princi-

pio, e a tal fine utilizza un metodo interpretativo che ha indifferentemente chiamato talvolta interpretazione estensiva, talaltra interpretazione analogica¹.

La soluzione accolta dai giudici di merito passa attraverso l'utilizzo di uno schema argomentativo che si rinviene sin dalla prima delle decisioni che constano essere state emesse, ovverosia la sentenza del Tribunale di Bergamo del 12 dicembre 2013, n. 941².

Lo schema argomentativo utilizzato dalla giurisprudenza di merito può, per comodità espositiva, essere così sintetizzato:

- a) affermazione che il principio di automatismo, inserito all'interno del sistema regolato da una legislazione speciale, costituisca all'interno di tale ordinamento un principio di carattere generale;
- b) corroborazione di tale affermazione con il richiamo all'argomentazione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 374 del 5 dicembre 1997³;
- c) utilizzo di un modello interpretativo sostanzialmente omologa, ma che è denominato indifferentemente interpretazione analogica o estensiva⁴ con riferimento all'art. 2116

¹ A quel che consta le ultime decisioni che hanno accolto la menzionata soluzione sono state quelle della App. Trento, 25 luglio 2019, n. 79 (la si v. *www.ilgiuslavorista.it*, 20 gennaio 2020), che ha confermato la decisione di prime cure emessa da Trib. Rovereto, n. 50 del 20 settembre 2018, n. 50 (la si v. in *RGL*, 2019, 2, II, 344, con nota di DI MEO, *Automaticità delle prestazioni e lavoratori parasubordinati: ancora un contributo dalla giurisprudenza*); e la sentenza della Corte di appello di Roma del 19 febbraio 2019, n. (la si v. in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*).

² Si v. la sentenza, fra l'altro, in *RIDL*, 2014, 2, 439, con nota di CANAVESI, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a progetto. Dalla giurisprudenza un segnale importante ma insufficiente*. Si v. altresì le note alla medesima sentenza di: OLIVELLI, *Sull'applicabilità del principio di automaticità delle prestazioni anche ai collaboratori a progetto*, in *GI*, 2014, 12, 2804; NICOLINI, *Ma davvero i collaboratori continuativi e coordinati possono invocare il principio di automaticità delle prestazioni?*, in *RDSS*, 2014, 2, 285; MASTANTUONO, *Il Tribunale di Bergamo riconosce ai collaboratori a progetto il principio di automaticità delle prestazioni*, in *www.mefop.it/doc/osservatorio-giuridico*, 2014, n. 34, 21; D'ONGHIA, *Automaticità delle prestazioni e lavoro parasubordinato: un eloquente riconoscimento giurisprudenziale*, in *ADL*, 2014, 4-5, 116; CROCE, *L'applicazione del principio di automaticità delle prestazioni ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e a progetto*, in *www.giustiziavivile.com*, 12 giugno 2014. Successivamente a questa decisione e con riferimento alle argomentazioni utilizzate per sostenere l'ampliamento della sfera soggettiva di applicabilità del principio di automatismo delle prestazioni ai lavoratori a progetto, si v. App. Brescia, 29 maggio 2014 e App. Torino, 22 maggio 2014, in *RGL*, 2015, 4, II, 651, con nota di BONANOMI, *Automaticità delle prestazioni e rapporti di collaborazione a progetto. Prospettive de jure condendo*; App. Milano, 19 ottobre 2015, in *RDSS*, 2105, 4, 835, con nota di FABBRIZIO, *Ancora sull'estensione del principio di automaticità delle prestazioni ai lavoratori subordinati*; Trib. Trento 13 marzo 2018, in *www.ilgiuslavorista.it*, 23 maggio 2018, con nota di APA, *Tutela previdenziale dei collaboratori coordinati e continuativi*.

³ La si v. in *RGL*, 1999, II, 390, con nota di BOER, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. La Corte, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, compie nei limiti della questione sottoposta al suo vaglio una ricognizione riguardante l'efficacia del principio di automatismo. E, dalla lettura delle argomentazioni, si evince che tale ricognizione conduce il Giudice delle leggi a ritenere che il principio di automatismo ha un'efficacia generale ma all'interno della categoria dei lavoratori subordinati, e che all'interno di questa categoria di beneficiari riguarda solo il sistema di sicurezza sociale per invalidità, vecchiaia e superstiti.

⁴ Si osservi che alcuni giudici affermano utilizzare lo strumento dell'analogia, mentre altri affermano utilizzare lo strumento dell'interpretazione estensiva; ma, dalla lettura delle decisioni, si evince che la motivazione è sostanzialmente sovrapponibile. E ciò a fronte di un modello ricostruttivo dei due tipi di interpretazione secondo il quale, con la tecnica dell'interpretazione analogica si tende a eliminare una lacuna dell'insieme di precetti dati e si afferma che il suo intervento è necessario per porre rimedio a una *défaillance* del legislatore *in quanto soggetto regolatore*. Mentre l'interpretazione estensiva, come sottolineato dalla dottrina (si v. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'Analogia*, in *Studium juris*, 2008, 4, 425, scritto dal quale si sono tratte le menzioni qui utilizzate), evidenzia una lacuna della formula/del testo e perciò vale a porre rimedio a una *défaillance* del legislatore *in quanto soggetto locutore*. Altro Autore (GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. C.M.*, Giuffrè, 2004, 158) nel porre a confronto l'interpretazione estensiva e l'applicazione analogica evidenzia che solo la prima è un'operazione genuinamente interpretativa, mentre la seconda è un atto di creazione normativa, che consiste nell'applicare una conseguenza giuridica a una fattispecie non

c.c., e quindi applicazione del principio di automatismo “*a fattispecie per le quali non vi sia una specifica disciplina e per le quali ricorra la medesima «ratio»*” (in questi termini testualmente App. Trento, n. 76/19);

- d) individuazione della *ratio* sottesa alla disciplina dell'art. 2116 c.c.;
- e) affermazione che la posizione fatta dall'ordinamento previdenziale al collaboratore coordinato e continuativo sia da un verso omologa a quella del lavoratore subordinato “*per gli aspetti che vengono in rilievo nella definizione della «ratio» dell'art. 2116 c.c.*” (in questi termini da ultimo sempre la corte di appello trentina sub c) e da altro verso lo differenzi dalla posizione degli altri lavoratori iscritti alla gestione separata.

L'argomentazione sistemica, su cui si regge la decisione, è costituita dall'utilizzo dell'analogia. Argomentazione che porta i giudici ad affermare che l'applicazione del principio di automatismo a favore di una sottocategoria di lavoratori autonomi, i collaboratori co-

prevista, ancorché simile a quella prevista. L'argomento analogico utilizzato dalla giurisprudenza nelle proprie decisioni, continua l'Autore (GUASTINI, *op. ult. cit.*, 192), è pertanto un argomento produttivo di diritto, lo si usa per fondare non una scelta interpretativa (cioè una decisione intorno al significato di una data disposizione), ma piuttosto la creazione giurisprudenziale di una norma nuova. L'utilizzo dell'argomentazione analogica (o *a simili*) passa attraverso la dimostrazione che tra due fattispecie, l'una espressamente disciplinata e l'altra no, vi è un tratto comune essenziale che giustifica l'applicazione della disciplina anche alla seconda. E ciò, come evidenziato dalla dottrina (si v. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 156 e dello stesso Autore, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. CM*, Giuffrè, 2011, 280), presuppone la previa identificazione della sua *ratio*, cioè della ragione, del motivo, dello scopo per cui la norma fu disposta. *Ratio* della norma alla quale altro Autore (SACCO, *Processo ermeneutico*, in *Dig. civ.*, sez. civ., Aggiornamento, 2012, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it/digesto.it*, prg. 16) disconosce che abbia un significato più univoco del significato linguistico, del testo; dato che, fra l'altro, le *rationes* possibili sono molte, perfino di fronte a un significato unico e accettato. La scelta del significato da assegnare a una disposizione, filtrata attraverso la considerazione della *ratio*, continua l'Autore, non è il riconoscimento di un dato oggettivo. È una scelta. Sacco evidenzia che l'analogia, strumento della giustizia, deve fare i conti con il soggettivismo di chi ha il potere di individuare l'elemento caratterizzante dell'ipotesi normativa, la *ratio* che giustifica la decisione. E che la stessa opera tanto più volentieri quanto più la soluzione in questione abbia meriti o abbia acquistato prestigio, validità culturale, successo politico, efficienza (*op. ult. cit.*, prg. 11). Quest'ultima osservazione si connette con le osservazioni critiche fatte da attenta dottrina nei confronti della giurisprudenza creativa a fronte del compito assegnato a questa di interpretazione della legge, intesa come attività cognitiva che comporta la scelta, inevitabilmente discrezionale e proprio per questo razionalmente argomentata del significato ritenuto il più plausibile tra quelli associabili all'enunciato interpretato (in questi termini testualmente FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, 4, 2016, 13 e in specie p. 26. Da ultimo altro Autore (RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *www.rivistaaic.it*, 2019, 1, consultato il 24.11.2019) riconosce in via generale alla giurisprudenza il potere di colmare il vuoto di un singolo istituto (o di un suo specifico aspetto) in via interpretativa, sia con l'utilizzo o dell'interpretazione analogica o dell'interpretazione sistematica (p. 21). Ma tale potere, sempre secondo l'Autore, ha delle strutturali limitazioni che trovano la loro giustificazione nella differenza tra attività legislativa e attività giurisdizionale, escludendosi interventi di tipo integrativo in specie nelle ipotesi di lacune sopravvenute (*passim*). Per quanto riguarda la giurisprudenza e con riguardo all'ordinamento previdenziale appare ancora proficuo l'utilizzo dell'argomentazione contenuta nella sentenza della Corte costituzionale del 12 gennaio 1995, n. 18 (in *DL*, 1995, II, 327). La Corte richiama un passaggio motivazionale contenuto nella precedente decisione 526 del 28.11.1990 e afferma che si verte ancora nel campo dell'interpretazione quando l'estensione della norma a un caso non compreso nella lettera legislativa sia giustificata da un giudizio di meritevolezza del medesimo trattamento, fondato sulla *ratio legis* indipendentemente dalla somiglianza al caso previsto. La Corte di cassazione, in una recente decisione in tema di diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini, la sentenza del 23 marzo 2018, n. 6963 (in *GCos*, 2018, 3, 1504, con nota di ASTONE, *Sul diritto dell'adottato a conoscere le generalità delle proprie sorelle*), giustifica l'utilizzo dell'interpretazione estensiva, radicandola su un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 28.5 della l. n. 184/93. In materia previdenziale la Corte di cassazione, con ordinanza del 24.6.2019, n. 16828, ha escluso l'uso dell'analogia per interpretare una disposizione in tema di riscatto nei confronti di lavoratore autonomo iscritto alla gestione separata.

ordinati e continuativi, non espressamente prevista nella norma che disciplina il principio di automatismo in seno alla disciplina codicistica, è giustificata per medesimezza di *ratio*⁵.

La soluzione accolta dai giudici di merito, pur condivisibile nell'obiettivo di politica del diritto che si intende perseguire, non appare raggiungibile a diritto costante.

La dimostrazione di tale asserto, nel prosieguo e nei limiti dell'odierna trattazione, passa attraverso l'esame da un verso della posizione fatta al principio di automatismo all'interno del sistema di previdenza obbligatoria e da altro verso della posizione fatta ai lavoratori autonomi coordinati e continuativi in seno alla gestione separata⁶ ed eventualmente ad altri lavoratori in seno ad altre gestioni di lavoratori autonomi. Qualora questi ultimi abbiano un modello di versamento della contribuzione omologo a quello dei collaboratori coordinati e continuativi. Modello questo che è stato utilizzato dai giudici di merito quale ponte logico-giuridico di sovrapposibilità strutturale fra la posizione dei lavoratori subordinati e la posizione della individuata categoria di lavoratori autonomi, fondante l'ampliamento dell'ambito soggettivo di operatività del principio di automatismo ai collaboratori coordinati e continuativi.

⁵ Interpretazione analogica che è stata esclusa, nella questione investigata, anche dagli autori che avallano un'applicazione del principio di automatismo ai menzionati lavoratori e che a tal fine prospettano invece un'interpretazione giudiziale estensiva dell'art. 2116 c.c., ancorché limitatamente ai predetti lavoratori e non a tutti quei lavoratori autonomi iscritti alla gestione separata o iscritti ad altre gestioni di lavoratori autonomi, per i quali l'obbligo contributivo è assolto da soggetti diversi dal lavoratore autonomo medesimo (si v. CANAVESI, *Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni*, in *ADL*, 2008, 1, 55, in specie, 68; CANAVESI, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali...* e D'ONGHIA, *Automaticità delle prestazioni...*, *op. cit.*, nota 2). Interpretazione estensiva della cui forza persuasiva dubitano gli stessi autori che la propongono, tant'è che costoro ritengono auspicabile un intervento legislativo. Interpretazione alla quale si contrappone l'opzione ermeneutica di altri autori (si v. per tutti NICOLINI, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la l. n. 335 del 1995*, in *RIDL*, 1996, 3, 295) secondo la quale il principio di automaticità si riferisce solo ai lavoratori subordinati (in specie prg. 6 e 7). Questo Autore rileva fra l'altro che il prospettato ampliamento di applicazione del predetto principio ai soli lavoratori autonomi coordinati e continuativi, radicato sulle modalità di adempimento dell'obbligo contributivo, sconta la mancata considerazione della circostanza che tale modalità di pagamento è utilizzata anche per altri lavoratori autonomi iscritti e non alla Gestione separata (si v. C. NICOLINI, *Ma davvero i collaboratori continuativi...*, *op. cit.*, si v. nota 2).

⁶ Si ricordi che la tutela previdenziale apprestata nei confronti dei lavoratori autonomi collaboratori coordinati e continuativi o quanto meno per quelli che di essi rientrano nell'ambito di applicazione della novella legislativa rappresentata dall'art. 2, primo comma, del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, è mutata a far data dall'1 gennaio 2016. Il legislatore prevede l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato e quindi anche della tutela previdenziale apprestata per i lavoratori subordinati, ivi compreso il principio di automatismo, nei confronti di quelle collaborazioni che, secondo il dettato legislativo alla cui lettura si rimanda, si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente (come fra l'altro si evince dalla lettura della circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'1 febbraio 2016, n. 3). È evidente, alla luce della menzionata novità legislativa, che la questione oggetto delle odierne considerazioni assume nei confronti dei lavoratori coordinati e continuativi una valenza per lo più limitata a rapporti o a spezzoni di essi antecedenti all'1 gennaio 2016. Mentre la stessa questione e il suo rilievo resta fermo nei confronti di altri lavoratori autonomi, per i quali l'adempimento dell'obbligo contributivo in loro favore è affidato ad altri soggetti o di quei collaboratori coordinati e continuativi individuati in seno alla citata disposizione nel successivo comma e per i quali non si applica la regola fissata dal primo comma.

2. Il principio di automatismo e la sua applicazione ai lavoratori autonomi collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla gestione separata.

La ricognizione legislativa evidenzia che, a fronte di una disposizione a valenza generale contenuta nel codice civile, l'art. 2116, comma 1, si hanno una serie di disposizioni confermatrice, integrative o modificative di quella. Disposizioni queste che si rinvencono in seno a un reticolato legislativo che, tempo per tempo, ha disciplinato uno o più segmenti della tutela di sicurezza sociale apprestata dall'ordinamento⁷.

Il codice civile fissa, al primo comma dell'art. 2116, la regola che le prestazioni individuate dall'art. 2114⁸ sono riconosciute al lavoratore, anche quando il proprio datore di lavoro non ha versato regolarmente i contributi, fatte salve diverse disposizioni fissate dalle leggi speciali⁹.

Le disposizioni speciali rilevanti agli odierni fini sono quelle che si rinvencono nella legislazione che, tempo per tempo, ha disciplinato o le prestazioni erogate dall'Inps o quelle erogate dall'Inail.

Con riguardo all'Inps si è davanti non a una ma a più disposizioni speciali che, prima e dopo l'entrata in vigore del codice civile, hanno disciplinato l'istituto.

La regola speciale, che comprende nel suo campo di applicazione più prestazioni, la si rinviene nell'art. 27 del Regio decreto legge del 14 aprile 1939, n. 636.

In esso si rinvencono due regole:

- l'una, contenuta nel primo comma e che attiene all'assicurazione per la tubercolosi, la disoccupazione e la nuzialità e la natalità¹⁰, che applica senza limitazioni il principio

⁷ Si v. PERA, *L'automaticità (parziale) delle prestazioni nell'assicurazione invalidità e vecchiaia*, in *SS*, 1970, 1; TERZAGO, *Rapporto giuridico previdenziale ed automaticità delle prestazioni*, Giuffrè, 1971; MISCIONE, *Commento art. 2116 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, CENDON (diretto da), vol. V, Utet, 1991, 377; CANAVESI, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in *RGL*, 1992, I, 470; NICOLINI, *Prescrizione dei contributi, automaticità...*, *op. cit.*, nota 5); CAPURSO, *Le eclissi del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali*, in *RDSS*, 2017, 3, 499; MESITI, *I limiti soggettivi di applicazione del principio di automatismo*, in *LG*, 2017, 8-9, 751; CASALE, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, BUP, 2017.

⁸ Il richiamo all'art. 2114 c.c., come noto, non è esauriente, dato che questo articolo a sua volta rinvia alle leggi speciali che determinano i casi e le forme di previdenza e assistenza obbligatoria e le contribuzioni e prestazioni relative.

⁹ L'inadempimento del datore di lavoro che, sulla scorta della richiamata regola, non consente la fruizione della prestazione porta con sé innanzitutto la responsabilità del datore inadempiente (art. 2116.2 c.c.). Ma porta anche con sé il possibile utilizzo da parte del lavoratore, danneggiato da siffatto inadempimento, dell'istituto della rendita vitalizia introdotto nel sistema di sicurezza sociale dall'art. 13 della L. 12 agosto 1962, n. 1332. Si osservi che la giurisprudenza, nell'applicare l'art. 2116, lo pone all'interno di un quadro di riferimento che sintetizza nell'uso dell'espressione "diritto all'integrità della posizione assicurativa". Diritto questo che, secondo la ricostruzione pretoria, pur strumentale all'accesso alle prestazioni previdenziali, costituisce un bene suscettibile di lesione tutelabile giuridicamente a prescindere dalla maturazione del diritto alle relative prestazioni previdenziali; ma a condizione che sussista un'attuale e pregiudizievole situazione di incertezza del rapporto assicurativo (in questi termini da ultimo Cass., 15 aprile 2019, n. 10477).

¹⁰ L'elenco delle prestazioni assicurate, alla luce delle modificazioni legislative nel frattempo intercorse, porta a ritenere *de plano* che ora è assicurata la prestazione di maternità, stante la scomparsa dell'assicurazione di nuzialità e natalità. Parimenti si deve ritenere che qualsivoglia prestazione connessa alla perdita del lavoro o alla sospensione dello stesso, che necessiti, per il suo riconoscimento, di un requisito contributivo, rientri nell'ambito di applicazione della disposizione in commento. Altro e diverso pare invece debba essere il ragionamento connesso al riconoscimento della prestazione previdenziale che sostituisce il pagamento del trattamento di

di automatismo, riconoscendo il diritto alle prestazioni anche quando i contributi non siano stati effettivamente versati ma risultino dovuti;

- l'altra, contenuta nel secondo comma, che attiene alle prestazioni di vecchiaia, invalidità e superstiti, che applica il principio di automatismo nei limiti della prescrizione decennale¹¹ dei contributi il cui versamento è stato omesso¹².

Altra disposizione, che attiene all'istituto investigato, la si rinviene nella legge dell'11 gennaio 1943, n. 138, che disciplina la prestazione di malattia. L'art. 11 riconosce al lavoratore il diritto alla prestazione quando è ammalato, anche se il datore di lavoro non abbia pagato la contribuzione dovuta¹³.

fine rapporto e delle ultime tre mensilità, ai fini della tutela dei crediti retributivi dei lavoratori.

¹¹ La regola speciale, che limita il principio di automatismo fissato dal legislatore del codice, è stata introdotta dall'art. 40 della l. 30 aprile 1969, n. 153. La regola menzionata è stata disapplicata per un periodo, con applicazione quindi del principio anche in ipotesi di contribuzione prescritta su richiesta del lavoratore, con riferimento al lavoro compreso tra la data di applicazione nelle singole province del nuovo sistema di denuncia e versamento della contribuzione fissato con il decreto ministeriale del 5 febbraio 1969, n. 70800 e la data del 31 dicembre 1977. La dottrina, nel commentare la disposizione, sottolinea che si è davanti a una parziale introduzione del principio di automaticità delle prestazioni, ponendola in raccordo da un verso con l'art. 2116 c.c. e da altro verso con la legge istitutiva della rendita vitalizia (si v. PERA, *op. cit.*, nota 7, 4-5). Lo stesso Autore è consapevole che, anche in presenza di una parziale automaticità delle prestazioni si assiste in parallelo alla riduzione della responsabilità del datore di lavoro come fissata dal secondo comma dell'art. 2116 c.c. e ciò, come si legge testualmente "giuoca, ironia della sorte, a favore del soggetto responsabile", dato che, come noto, l'ente previdenziale non può recuperare la contribuzione prescritta. Tale assetto d'interessi pertanto porta a un approdo di tutela, da un verso del lavoratore in quanto soggetto debole e da altro verso del datore di lavoro in quanto soggetto forte del rapporto di lavoro che viene esentato dalla responsabilità economica connessa al suo inadempimento. Esito necessitato di tale delineata scelta legislativa è che il rischio economico, costituito da un verso dall'inadempimento del datore di lavoro e da altro verso dal pagamento della prestazione previdenziale, è definitivamente posto a carico dell'ente previdenziale e quindi del sistema di sicurezza sociale. La connessione posta dal legislatore fra principio di automatismo e sussistenza del credito contributivo in capo all'ente previdenziale trova la sua giustificazione, oltre che in evidenti ragioni economiche tese a limitare i costi sociali dell'inadempimento del datore di lavoro, anche nella necessità di porre un limite temporale all'accertamento dei fatti pregressi sottesi al sorgere del diritto (in questi termini BOER, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi...*, *op. cit.*, nota 3, in specie 397). La modificazione legislativa introdotta dall'art. 3, nono comma, l. 8 agosto 1995, n. 335, ha poi comportato la riduzione del termine di prescrizione della contribuzione I.V.S. da dieci a cinque anni e pertanto, con riguardo all'istituto investigato, il riferimento al decennio deve intendersi ora al quinquennio, a meno che non vi sia stata, nel corso del predetto termine, una denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti (si v. da ultimo sulla prescrizione dei contributi: PIOVESANA, *La prescrizione dei contributi previdenziali*, in *LG*, 2019, 4, 484; CASALE, *La diversità di ratio della prescrizione dei contributi nel privato e nel pubblico, confermata dal D.L. n. 4/2019*, in *LG*, 2019, 6, 545). Ferme restando altresì ipotesi di sospensione del termine di prescrizione della contribuzione, quale quella disciplinata dal settimo comma dell'art. 38 della l. 27 dicembre 2002, n. 289. Disposizione questa che introduce un'ipotesi di sospensione della prescrizione, di diciotto mesi a partire dall'1 gennaio 2003, per le omissioni contributive risultanti dall'estratto conto introdotto dall'art. 1.6, terzo periodo, l. n. 335/95.

¹² Si osservi che solo il secondo comma dell'art. in commento prevede espressamente che, per l'applicazione del principio di automatismo, il rapporto di lavoro deve risultare da documenti o prove certe. Ma tale allocazione topografica della predetta regola non ha impedito l'applicazione della medesima anche con riferimento al riconoscimento delle prestazioni temporanee del primo comma dello stesso articolo. La giurisprudenza pacificamente pone a carico del lavoratore gli oneri processuali di allegazione e prova dei periodi lavorativi ed eventualmente della più alta retribuzione percepita sulla quale il datore di lavoro avrebbe dovuto pagare i contributi (si v. da ultimo Cass., 21 febbraio 2019, n. 5185). La regola fissata dalla giurisprudenza può sintetizzarsi in questa affermazione: Il principio dell'automaticità presuppone il duplice requisito sia dell'esistenza del rapporto di lavoro subordinato, che deve essere provato dal lavoratore mediante elementi certi, sia del mancato decorso della prescrizione talché il pagamento tardivo possa essere effettuato dal datore di lavoro volontariamente o coattivamente su richiesta dell'Inps (si v. Cass., 27 agosto 1986, n. 5263).

¹³ Anche in questo caso, al pari delle altre prestazioni temporanee, non si connette il riconoscimento del diritto al mancato decorso del termine di prescrizione per il pagamento volontario o coattivo della contribuzione da parte del datore di lavoro. Siffatto mancato richiamo all'istituto della prescrizione, per l'operatività o meno del principio di automatismo con riguardo a tali tipi di prestazione, è giustificato dalla dottrina nella circostanza che le prestazioni temporanee sono azionabili in un ristretto arco temporale, rispetto alla prestazione pensionistica (in questi termini BOER, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi...*, *op. cit.*, nota 3, in specie 397).

L'ultima delle disposizioni speciali rilevanti ai fini odierni la si rinviene in seno al decreto legislativo del 27 gennaio 1992, n. 80. Testo legislativo che, come noto, appresta una tutela dei lavoratori in adempimento della legislazione comunitaria, con riferimento ai crediti retributivi e previdenziali degli stessi¹⁴.

L'art. 3, al fine di tutelare la posizione pensionistica del lavoratore, applica il principio di automatismo delle prestazioni anche in caso di prescrizione della contribuzione. I beneficiari dell'applicazione di tale principio sono però solo i lavoratori subordinati che sono stati dipendenti di datori di lavoro sottoposti alle procedure di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa ovvero alla procedura dell'amministrazione straordinaria, e che non abbiano utilizzato l'istituto della rendita vitalizia e il cui credito sia rimasto integralmente o parzialmente insoddisfatto in seno a una delle predette procedure^{15 16}. Al contestuale verificarsi dei predetti requisiti, sorge in capo al lavoratore danneggiato il diritto all'accreditamento della contribuzione non versata in suo favore dal datore di lavoro, ancorché prescritta, ai fini del riconoscimento e della misura della prestazione. Prestazione che, in considerazione del richiamo fatto in seno alla disposizione alla rendita

L'affermazione pare però scontare la mancata considerazione della disciplina in tema di intervento del Fondo di garanzia per il pagamento della prestazione previdenziale che sostituisce il mancato pagamento del trattamento di fine rapporto e delle ultime tre mensilità da parte del datore di lavoro inadempiente. Prestazione questa che tendenzialmente è pagata dall'ente previdenziale non nella prossimità dello svolgimento del rapporto di lavoro al quale è connessa, in considerazione degli adempimenti che il legislatore pone a carico del lavoratore/creditore insoddisfatto, prima di potere chiedere l'intervento del Fondo di garanzia.

¹⁴ Con riferimento alla legge istitutiva del Fondo di garanzia (art. 2, l. 29 maggio 1982, n. 297) e alla tutela in essa apprestata con riguardo al trattamento di fine rapporto, si v. per il versante previdenziale BOER, *Garanzia della retribuzione e della pensione nella direttiva comunitaria ed inadempimento dello Stato membro*, in AA. Vv., *Dimensione sociale del mercato unico europeo*, Giuffrè, 1990, 195.

¹⁵ Antecedentemente a tale disposizione, come noto, il sistema di sicurezza sociale apprestava una tutela simile con l'art. 39 della l. 30 aprile 1969, n. 159. Articolo che atteneva però solo al fallimento e ai contributi non prescritti e che si concretizzava nell'accredito dei contributi sulla posizione previdenziale del lavoratore e, in via mediata pertanto, nel riconoscimento della prestazione. L'ultima applicazione del cit. art. da parte della Corte di cassazione, a quel che consta, è rappresentata dalla sentenza del 7 agosto 2012, n. 14204. Decisione ove è stato affermato che tal genere di tutela non è condizionata alla ricorrenza di una connessione di dipendenza tra l'omissione contributiva e il fallimento, essendo sufficiente che la prima vi sia stata e che il datore di lavoro sia stata dichiarato fallito, ben potendo l'omissione dipendere da una causale diversa dal fallimento.

¹⁶ Il legislatore parla di credito del lavoratore ma, come noto, la contribuzione previdenziale costituisce un credito dell'ente previdenziale ed è questi chiamato dall'ordinamento a riscuoterlo in via bonaria o esecutiva dal datore di lavoro inadempiente. Ciò nonostante la Corte, nella decisione del 22 maggio 2014, n. 11392, ha riconosciuto al lavoratore, dipendente di un datore di lavoro sottoposto a liquidazione giudiziale e che non abbia effettuato il pagamento della contribuzione, il diritto a chiedere direttamente, in via prudenziale o in caso di inerzia dell'Inps, l'ammissione, oltre che di quanto a lui spettante a titolo di retribuzione, anche della somma corrispondente alla quota dei contributi previdenziali posti a carico dello stesso lavoratore, rispondendo tale soluzione al principio di integrità della retribuzione, che, altrimenti, resterebbe frustrata senza giustificazione causale, dovendosi escludere che il curatore ove l'Inps non si sia insinuato al passivo possa trattenere dette somme mediante accantonamenti in prevenzione. La soluzione accolta dalla Corte di legittimità appare condivisibile ma la stessa passa attraverso l'applicazione della regola fissata dall'art. 23 della l. 4 aprile 1952, n. 218. Regola questa che pone definitivamente a carico del datore di lavoro anche la quota di contribuzione a carico del lavoratore, qualora non provveda al pagamento della contribuzione a tempo debito e nella misura dovuta. In tal caso pertanto l'unico ed esclusivo debitore della stessa rimane il datore di lavoro, mentre il lavoratore ha diritto a ricevere dal datore di lavoro la somma pari alla quota mensile di contribuzione posta a suo carico a titolo di retribuzione e sulla stessa il datore di lavoro deve provvedere a pagare l'ulteriore quota di contribuzione previdenziale dovuta. Quest'ultima soluzione è stata affermata dalla Corte di cassazione nell'ordinanza del 15 luglio 2019, n. 18897, la cui massima recita «*In tema di contributi previdenziali, quando il datore di lavoro corrisponde tempestivamente i crediti retributivi può legittimamente operare la trattenuta dei contributi da versare all'ente previdenziale, non può farlo, invece, in caso di intempestività, da valutarsi con riferimento al momento di maturazione dei crediti e non a quello di accertamento giudiziale degli stessi, sicché in detta ipotesi il credito retributivo del lavoratore si estende automaticamente alla quota contributiva a suo carico*».

vitalizia, non può che riguardare esclusivamente il trattamento pensionistico, con esclusione di prestazioni di carattere temporaneo

Altra e diversa la tutela sempre apprestata in seno al medesimo testo legislativo e che riguarda il pagamento da parte del Fondo di garanzia dei crediti retributivi, precisamente il trattamento di fine rapporto e le ultime tre mensilità, vantati dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro inadempiente¹⁷. Prestazione economica quest'ultima che, una volta che sia annoverata nell'ambito delle prestazioni di sicurezza sociale, ricade nell'ambito di applicazione del principio di automatismo¹⁸, predicando l'applicazione dell'art. 2116.1 c.c. in seno al sistema di previdenza obbligatoria a tutte le prestazioni previdenziali e non solo alle prestazioni pensionistiche¹⁹.

Esaurita, nei limiti dell'odierna esposizione, la disamina dei testi legislativi che applicano il principio di automatismo con riguardo all'Inps, può progredirsi, esaminando i testi legislativi che attengono all'Inail e quindi al pagamento dei premi assicurativi e al riconoscimento delle prestazioni erogate.

¹⁷ Prestazione la cui provvista, ai sensi dell'art. 3.8, l. 29 maggio 1982, n. 297, è assicurata dal versamento di una contribuzione posta a carico esclusivo del datore di lavoro.

¹⁸ In questi termini si v. Cass., 16 giugno 2006, n. 13930. La Corte afferma da un verso l'applicazione del predetto principio e da altro verso ne limita l'ambito di efficacia alla sola ipotesi che i contributi non pagati, non siano prescritti. La Cassazione, in forza di tale affermazione, riconobbe nel caso di specie il diritto alla prestazione previdenziale al posto del trattamento di fine rapporto in favore di un lavoratore nei confronti del quale era stato previamente riconosciuta l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con una cooperativa. Lo stesso principio lo si rinviene nella, di poco posteriore, decisione del 5 luglio 2007, n. 15155. In una successiva decisione, resa con ordinanza del 22 giugno 2017, n. 15589 (si v. la nota di CARCHIO, *L'intervento del Fondo di garanzia per le prestazioni economiche per il lavoratore non è condizionato all'adempimento contributivo del datore*, in *DRI*, 2018, 1, 245), la Corte di cassazione da un verso riafferma l'applicazione del principio di automatismo alle prestazioni economiche garantite dal Fondo di garanzia a tutela dei crediti retributivi del lavoratore; e da altro verso, difformemente dai suoi precedenti del 2006 e 2007, afferma che il predetto principio trova applicazione anche in caso di prescrizione della contribuzione dovuta dal datore di lavoro inadempiente. Nel caso esaminato dalla Corte, al pari del precedente del 2006, si trattava del riconoscimento giudiziale di un rapporto di lavoro subordinato, precedentemente qualificato come rapporto di lavoro autonomo a progetto, ma non atteneva al pagamento sostitutivo del trattamento di fine rapporto, bensì a quello delle ultime tre mensilità. La Corte, in consapevole dissenso dai menzionati precedenti (che avevano affermato, ma non argomentato, che il principio di automatismo era limitato ai contributi non prescritti), impernia la propria decisione sui seguenti ragionamenti:

- forza di norma generale alla disposizione contenuta nell'art. 2116, primo comma;

- richiamo alla sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 1989, procedimento C-22/87 (in *www.curia.eu* e si v. nota di DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori, in caso di «insolvenza» del datore di lavoro, nel diritto comunitario*, in *FI*, 1992, IV, c. 23), ove i Giudici del Lussemburgo hanno condannato l'Italia per il tardivo ritardo nell'adempimento della direttiva 80/987 del Consiglio del 20.10.1980 e affermazione della funzione di garanzia che il legislatore comunitario assegna all'intervento del Fondo di garanzia;

- verifica di inesistenza norma espressa di diritto nazionale che, con riferimento alle prestazioni erogate dal Fondo di garanzia, condiziona l'applicazione dello stesso alla circostanza che i contributi non siano prescritti.

Il nocciolo duro dell'argomentazione utilizzata dalla Corte risiede nell'interpretazione del diritto nazionale e specificamente nell'affermazione che il principio di automatismo fissato dal codice civile ha una valenza generale e una forza espansiva che può essere *imbrigliata* solo da una contraria ed espressa disposizione; e nell'affermazione successiva che la disciplina istitutiva del Fondo di garanzia, con riguardo alla tutela dei crediti retributivi vantata dal lavoratore, non contiene una disposizione con le predette caratteristiche. La sommatoria di questi due ragionamenti conduce pertanto la Corte di cassazione ad affermare che, con riferimento alla tutela dei crediti retributivi, vantati dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro inadempiente, apprestata dal Fondo di garanzia, opera il principio di automatismo senza limitazioni connesse all'eventuale prescrizione della contribuzione il cui pagamento è stato omesso dal datore di lavoro, conseguendone l'allocazione definitiva del mancato pagamento della contribuzione sull'ente previdenziale.

¹⁹ Il senso di quest'affermazione sarà più chiaro, nel prosieguo, allorché si esaminerà la motivazione sottesa alla sentenza della Corte costituzionale n. 374/97.

La norma speciale di riferimento è costituita dall'art. 67 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 che applica il principio di automatismo delle prestazioni senza limitazioni di sorta alcuna.

Solo con il comma 19 dell'art. 59 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, si escludono dall'ambito di applicazione della disposizione i lavoratori autonomi²⁰. Esclusione che è ulteriormente ampliata, con il terzo comma dell'art. 9 della legge 3 dicembre 1999, n. 493, comprendendovi anche coloro che svolgono in via esclusiva attività di lavoro non retribuito in ambito domestico²¹.

A fronte del sunteggiato quadro legislativo delineatosi nel tempo in seno al sistema di sicurezza sociale, si è giunti da parte della dottrina e della giurisprudenza a una sistemazione consolidata del modello che si sintetizza nelle seguenti affermazioni: il principio di automatismo riguarda tutti e solo i lavoratori dipendenti²², consente la valorizzazione della contribuzione non versata dal datore di lavoro ai fini dell'accesso al diritto e alla misura della prestazione, può essere utilizzato anche in sede di ricongiunzione, ovvero sia di trasferimento, di contribuzione non versata.

Con riguardo al versante giurisprudenziale appare utile soffermarsi sulla nota decisione resa dalla Corte costituzionale, la n. 374 del 5 dicembre 1997; sentenza che è utilizzata dai giudici di merito quale leva per predicare l'estensione del principio di automatismo ai lavoratori autonomi coordinati e continuativi.

Il Giudice delle Leggi, in una fattispecie di richiesta da parte di un lavoratore subordinato di trasferimento di contribuzione a seguito domanda di ricongiunzione, ancorché il datore di lavoro non avesse pagato la medesima all'ente previdenziale trasferente, rigetta la questione di legittimità costituzionale. La sentenza, pertanto, non ha alcun tasso di innovatività dell'ordinamento, limitandosi a fotografare lo stato dell'arte. All'interno di tale ricognizione, si ritrova da un verso l'affermazione che il principio di automaticità delle prestazioni, con riguardo ai sistemi di previdenza e assistenza obbligatori, trova applicazione salvo diverse disposizioni di leggi speciali. Da altro verso l'affermazione che detto principio costituisce una fondamentale garanzia per il lavoratore assicurato, intesa a non

²⁰ Lavoratori autonomi che, con riferimento alle prestazioni erogate dall'Inps, erano e sono esclusi dall'ambito di applicazione del predetto principio.

²¹ Lavoratori che, con riguardo al versante previdenziale, possono accedere a una forma di tutela non obbligatoria rappresentata dal Fondo di previdenza per le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari (si v. il d. lgs. 16 settembre 1996, n. 565). La lettura dell'art. 1 del predetto testo legislativo rende evidente la situazione di soggezione economica dei soggetti tutelati e per essi appare oltremodo riduttiva l'introduzione di una forma di tutela previdenziale definita volontaria nonostante il valore socio-economico dell'attività svolta e la certezza che non si possa parlare di inadempimento contributivo da parte dei medesimi, stante la strutturale impossibilità di reperire dall'attività di lavoro svolta somme di denaro utili al pagamento della contribuzione previdenziale. Ciò nonostante, nessuno a quel che consta, si è mai interrogato sull'opportunità o meno innanzitutto di apprestare una forma di tutela previdenziale obbligatoria, in considerazione del fatto che tali lavoratori sono per lo più donne che sostengono il nostro modello di *welfare* mediterraneo; né tanto meno di estendere il principio di automatismo a tali lavoratori.

²² La Corte di cassazione, nella sentenza 14 giugno 2019, n. 15643, ricorda che il principio generale dell'automatismo delle prestazioni previdenziali vigente, ai sensi dell'art. 2116 c.c., nel rapporto fra lavoratore subordinato e datore di lavoro, da un lato, ed ente previdenziale, dall'altro, non trova applicazione nel rapporto fra lavoratore autonomo ed ente previdenziale – nel difetto di esplicite norme di legge (o di legittima fonte secondaria) che eccezionalmente dispongano in senso contrario – con la conseguenza che il mancato versamento dei contributi obbligatori impedisce, di regola, la stessa costituzione del rapporto previdenziale e, comunque, la maturazione del diritto alle prestazioni.

far ricadere su di lui il rischio di eventuali inadempimenti del datore di lavoro in ordine agli obblighi contributivi e rappresenta perciò un logico corollario della finalità di protezione sociale inerente ai sistemi di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti.

La piana lettura di tali passaggi argomentativi evidenzia che, nella ricostruzione della Corte costituzionale e tenendo sempre ben presente il caso di specie sul quale è innestato il giudizio incidentale di legittimità costituzionale che ha confermato l'attuale assetto legislativo, il principio di automatismo costituisce sì un principio generale, ma con riguardo ai soli lavoratori subordinati, per assicurarli dal rischio di inadempimento del datore di lavoro. E ancora, che il predetto principio, così come fissato nel codice civile, attiene all'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti.

Il primo corollario, connesso alla prima affermazione fatta dalla Corte costituzionale, evidenzia la strutturale debolezza di quelle ricostruzioni che tendono, con l'utilizzo della tecnica dell'analogia o dell'estensione, ad applicare il principio di automatismo a lavoratori non subordinati, quali i lavoratori coordinati e continuativi.

È lo stesso Giudice delle leggi, alla luce della fattispecie sottoposta al suo vaglio, a ritenere consapevolmente e ad affermare espressamente che il principio di automatismo, per scelta legislativa che non è posta in discussione anzi è ritenuta legittima costituzionalmente dal medesimo Giudice, ha quale suo riferimento necessario e sufficiente la categoria dei lavoratori subordinati. Né si può, alla luce della questione incidentale di costituzionalità sollevata dal giudice *a quo* e dal tenore del testo della sentenza che ha deciso della predetta questione, ragionevolmente dedurre che l'affermazione contenuta nella sentenza, di valenza generale del principio di automatismo fissato dal primo comma dell'art. 2116 c.c. conduca a un'estensione dell'ambito di efficacia della disposizione che sfoci nell'applicazione del principio anche nei confronti di una categoria di lavoratori autonomi.

Il secondo corollario, connesso alla seconda affermazione fatta dal Giudice delle leggi in tema di applicazione del principio all'assicurazione obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti, conduce a ritenere che, al di fuori della menzionata assicurazione, il principio di automatismo previsto e disciplinato dall'art. 2116, comma 1, c.c. non possa trovare applicazione. Tale approdo, se condiviso, conduce pertanto a ritenere che per gli altri tipi di prestazione cc. dd. temporanee, contrariamente a quanto affermato (si v. da ultimo Cass., n. 15589/17), la regola non si rinviene nella disposizione dettata dal c.c. ma si rinviene nella legislazione che, tempo per tempo, ha introdotto e disciplinato ciascuna delle prestazioni, dovendosi escludere pertanto che si sia davanti a un modello legislativo, principio generale-art. 2116 c.c. e principi derogatori di questo espressamente contenuti nelle leggi speciali; ma si è davanti a un modello legislativo ove coesistono in seno al sistema previdenziale principi posti sullo stesso grado.

L'uno individuato dall'art. 2116 c.c. e avente come suo campo elettivo di applicazione l'assicurazione vecchiaia, invalidità e superstiti, principio a valenza generale nel predetto campo e che può essere derogato da una regola speciale. L'altro o gli altri che disciplinano

o non disciplinano l'applicazione del principio di automatismo per le prestazioni temporanee, quali a titolo esemplificativo l'indennità di maternità²³.

L'affermazione dell'esistenza di un principio generale di automaticità fissato dall'art. 2116, primo comma, c.c.²⁴. Principio valevole sì per i lavoratori subordinati, ma per tutti i tipi di prestazioni previdenziali a costoro assicurati e senza che possa opporsi l'ostacolo della prescrizione della contribuzione previdenziale dovuta dal datore di lavoro, a meno che non esista una norma speciale derogatoria di tale principio generale, porta con sé necessariamente una corrispondente riduzione dell'ambito di applicazione degli altri due istituti apprestati dall'ordinamento per la tutela della posizione creditoria del lavoratore subordinato, ovverosia la responsabilità del ristoro del danno posta a carico del datore di lavoro e la costituzione della rendita vitalizia.

Il primo istituto, fissato nel secondo comma dell'art. 2116 c.c. e di stampo squisitamente civilistico, con il quale, secondo le regole generali sull'inadempimento, si riconosce al lavoratore un'azione risarcitoria del danno subito, consistente nella perdita del trattamento pensionistico ovvero nella percezione di un trattamento pensionistico inferiore a quello spettante. L'azione risarcitoria può essere esercitata nel momento in cui il danno (costituito dalla perdita totale o parziale della prestazione previdenziale) si determina, ossia nel momento in cui avrebbe potuto essere attivato (per esserne maturati i requisiti) ovvero è stato attivato il trattamento previdenziale rispettivamente perso o goduto in misura inferiore al dovuto. E, prima di questo momento (e dopo la data di prescrizione dei contributi omessi), il lavoratore soffre solo di un danno potenziale, nel senso che ha una posizione assicurativa carente (o addirittura, in caso di omissione totale dei contributi, è privo di alcuna posizione assicurativa). Tale mera potenzialità del danno comunque consente al lavoratore da una parte di richiedere misure cautelari conservative della garanzia patrimoniale del datore di lavoro, d'altra parte di domandare una pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno²⁵.

Il secondo istituto, introdotto nell'ordinamento previdenziale nel 1962 dall'art. 13 della legge 12 agosto n. 1338, riconosce in capo al lavoratore subordinato il potere di chiedere all'ente previdenziale la costituzione di una rendita vitalizia a tutela del periodo di lavoro, per il quale non vi è stata da parte del datore di lavoro il versamento della contribuzione

²³ La Corte di cassazione, successivamente e con la sentenza 10 maggio 2002, n. 6772 (in *FI*, 2002, I, 2354), ha applicato il principio di automatismo in presenza di domanda di ricongiunzione, utilizzando, trascrivendoli, i passaggi motivazionali della sentenza n. 374/97.

²⁴ Il ragionamento condotto nel testo è valido sia se si utilizza l'opzione interpretativa che il principio di automatismo delle prestazioni fissato dall'art. 2116.1 c.c. costituisca un principio generale dell'ordinamento previdenziale efficace per tutti i tipi di prestazione erogati dall'Inps o dall'Inail. Sia se si accoglie la prospettiva interpretativa qui delineata secondo la quale la regola fissata dalla predetta disposizione ha quale suo esclusivo campo di applicazione l'assicurazione obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti come si evince dalla lettura della sentenza della Corte costituzionale.

²⁵ In questi termini testualmente, da ultimo, Cass., 30 ottobre 2018, n. 27660; ma anche *ante* conf. Cass., 16 marzo 2018, n. 6600 e Cass., 7 febbraio 2018, n. 2964. Responsabilità del datore di lavoro che ha condotto la giurisprudenza a riconoscere in capo al lavoratore il diritto di insinuare nel passivo del fallimento a titolo di risarcimento danni la somma pari alla somma determinata dall'Inps per la costituzione della rendita vitalizia (Cass. ord. 29 dicembre 2017, n. 31184, con nota di SURDI, *Sull'insinuazione nel passivo fallimentare del credito risarcitorio per danno pensionistico da omissione contributiva*, in *RDSS*, 2018, 2, 368).

ormai prescritta, con il pagamento da parte dello stesso debitore inadempiente o, in subordine, del lavoratore/creditore di una somma di denaro²⁶.

Agli odierni fini espositivi siffatto strumento assume rilievo, in forza dell'ampliamento della sfera soggettiva di applicazione compiuta dalla Corte costituzionale, in favore di quelle categorie di lavoratori autonomi, per i quali l'adempimento dell'obbligo contributivo è affidato dall'ordinamento a soggetti diversi.

La Corte, con decisione interpretativa di rigetto del 25 gennaio 1995, n. 18, riconosce alla rendita vitalizia connotati di generalità e astrattezza tali da renderla applicabile a tutte le forme assicurative delle varie categorie di lavoratori che non hanno una posizione previdenziale. E, con riferimento alla gestione artigiani, individua altresì un nesso di collegamento nel richiamo espresso che la disciplina previdenziale di questi lavoratori fa al R.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827²⁷.

Sulla scorta di tale decisione e della successiva ordinanza del 23 gennaio 2001, n. 21, l'Inps ha esteso l'applicazione della rendita vitalizia a tutti i coadiutori familiari di imprenditore e, da ultimo, anche a tutti coloro iscritti alla gestione separata, che però non sono obbligati al versamento diretto della contribuzione, essendo questa versata dal committente²⁸.

L'estensione alla predetta categoria di lavoratori autonomi della rendita vitalizia però, contrariamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza di merito, non conduce l'ente previdenziale ad affermare anche l'applicazione alla predetta categoria, *recte* solo a un gruppo di soggetti compreso in essa²⁹ i collaboratori coordinati e continuativi, del principio di automatismo delle prestazioni.

Quest'ultima constatazione ci conduce alla gestione separata e, per quel che rileva ai fini della presente disamina, ai lavoratori autonomi nei confronti dei quali è apprestato siffatto genere di tutela previdenziale obbligatoria, nonché alle modalità di pagamento della contribuzione da costoro dovuta.

La gestione separata prevista in origine, per individuate categorie di lavoratori autonomi (si v. l'art. 26.1, l. 8 agosto 1995, n. 335), fra le quali si annovera quella dei titolari di

²⁶ Sull'istituto si v. da ultimo CENTOFANTI, *L'utilizzabilità effettiva della rendita vitalizia ex art. 13, l. n. 1338/1962*, in *RDSS*, 2016, 4, 623.

²⁷ Si osservi che, mentre un richiamo di tal fatta lo si rinviene nella disciplina legislativa che ha esteso l'assicurazione obbligatoria per invalidità vecchiaia e superstiti ai lavoratori autonomi, artigiani e commercianti; lo stesso richiamo non si rinviene allorché il legislatore del 1995 ha istituito la gestione separata.

²⁸ Si tratta della circolare del 26.7.2010, n. 101 che, pertanto, estende in via generale la rendita vitalizia a tutti i lavoratori autonomi iscritti alla gestione separata, per i quali il pagamento della contribuzione sia affidato al committente. Ancorché, si osservi, per nessuno di costoro, fatta eccezione per i collaboratori coordinati e continuativi, si è posto il dubbio dell'applicabilità del principio di automatismo e ciò nonostante l'omologa forma di pagamento dei contributi da parte del committente. Caratteristica questa che, secondo la giurisprudenza di merito, fonda la contiguità logico-strutturale fra la posizione fatta in seno all'ordinamento previdenziale ai lavoratori dipendenti e ai lavoratori autonomi coordinati e continuativi, e che giustificerebbe l'applicabilità del principio di automatismo a questi ultimi.

²⁹ Una ricognizione, non esaustiva, degli iscritti alla gestione separata, per i quali l'adempimento dell'obbligo contributivo posto a loro carico è affidato dal legislatore al committente, conduce a individuare, fra l'altro, gli associati in partecipazione, i titolari di borse di studio per dottorato di ricerca, i venditori porta a porta.

collaborazione coordinata e continuativa³⁰, ha nel corso degli anni subito un progressivo ampliamento per via legislativa e per via giurisprudenziale³¹.

Il cennato ampliamento della categoria dei lavoratori autonomi³², tutelati con iscrizione alla gestione speciale, è garantito - al pari di quel che accadeva per i soggetti originariamente tutelati al momento dell'istituzione della gestione - a quei soggetti che esercitano, per professione abituale³³, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo.

Requisito strutturale della fattispecie appare essere pertanto lo svolgimento abituale di un'attività lavorativa autonoma.

Ma, dalla ricognizione del tessuto normativo, si evince che il predetto requisito non è necessario, ai fini del sorgere di siffatto tipo di tutela previdenziale obbligatoria, per scelta del legislatore, allorché la predetta tutela è estesa a coloro che svolgono prestazioni occasionali (art. 61.2 d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276) e a coloro che svolgono prestazioni originariamente definite accessorie e ora di lavoro occasionale (si v. da ultimo art. 54 bis l. 21 giugno 2017, n. 96, di conv.ne con modif.ni del d. l. 24 aprile 2017, n. 50)³⁴. Constatazione che trova corroborazione in seno alla legislazione previdenziale allorché si estende la tutela previdenziale apprestata dalla gestione separata ai lavoratori autonomi occasionali (art. 44.2 d. l. 30 settembre 2003, conv.to con modif.ni dalla l. 24 novembre 2003, n. 326)³⁵.

³⁰ La giurisprudenza di legittimità, con riguardo al versante lavoristico, ha costantemente affermato che tale tipo di rapporto, unitamente al contratto a progetto disciplinato dall'art. 61 del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 273, integra una forma particolare di lavoro autonomo svolta con attività prevalentemente personale (si v. da ultimo Cass., 26 settembre 2019, n. 24100).

³¹ L'ultima, in ordine di tempo, delle categorie di lavoratori carenti di tutela previdenziale obbligatoria e per le quali il legislatore ha previsto la tutela della gestione separata è quella dei giudici onorari di pace e dei vice procuratori onorari (si v. art. 25.3, d. lgs. 13 luglio 2017, n. 117). Infine il legislatore non ha sinora ritenuto di estendere la forma di tutela previdenziale prevista dall'art. 2.1 del d. lgs. 81/2015 ai lavoratori delle piattaforme anche digitali. L'ultima, sempre in ordine di tempo, delle categorie di lavoratori per i quali, in via interpretativa, si è riconosciuta la tutela previdenziale della gestione citata, è costituita dai lavoratori subordinati che svolgono contemporaneamente un lavoro libero professionale, per il quale la corrispondente Cassa di previdenza non prevede la tutela previdenziale I.V.S. (si v. per tutte Cass. 14 dicembre 2018, n. 32508).

³² Garofalo, nel commentare la disciplina di tutela del lavoro autonomo del d. lgs. 22 maggio 2017, n. 81, evidenzia la differente tutela previdenziale apprestata nel sistema di sicurezza sociale fra lavoro autonomo reso nell'impresa e per il quale esistevano le forme di tutela previdenziale per artigiani, commercianti e agricoli; e lavoro autonomo svolto senza l'apprestamento di un'impresa, nei confronti del quale la prima forma di tutela previdenziale è stata introdotta con l'istituzione della gestione separata (GAROFALO, *La ritrovata dignità del lavoro autonomo*, in *Labor*, 2019, 481 ss., in specie 484).

³³ Abitualità che la giurisprudenza di legittimità individua nello svolgimento dell'attività lavorativa con continuità e stabilità, contrapponendo queste due caratteristiche al lavoro svolto in via straordinaria od occasionale, e precisando che per sussistere l'abitualità non è necessaria la presenza quotidiana e ininterrotta sul luogo di lavoro (si v. da ultimo Cass. 23 settembre 2019, n. 23584). Nella stessa sentenza la Corte individua anche il significato da assegnare all'ulteriore e diversa caratteristica necessaria per il sorgere della tutela previdenziale per i lavoratori autonomi artigiani e commercianti, la prevalenza. Requisito questo che si concretizza, sempre secondo la Corte, nella preponderanza, rispetto ad altre attività di lavoro, del tempo dedicato per svolgere l'attività di lavoro costituente il presupposto del sorgere della tutela previdenziale. Infine, con riguardo al versante processuale e specificamente all'aspetto probatorio, è opportuno ricordare che è onere del soggetto, che invoca il sorgere della tutela previdenziale, provare i fatti costitutivi della domanda e quindi, ritornando alla gestione separata, lo svolgimento in concreto e con la caratteristica dell'abitualità dell'attività lavorativa svolta. La Cassazione applica pianamente tale principio a tutte le fattispecie di iscrizione da parte dell'Inps alle forme di tutela previdenziale dei lavoratori autonomi. Da ultimo, nella sentenza 28 febbraio 2017, n. 5210, il principio lo si trova applicato nei confronti di un socio accomandatario, nei confronti del quale è stato escluso l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, non essendo stata provata dall'Inps la partecipazione personale al lavoro aziendale, con le caratteristiche dell'abitualità e dalla prevalenza.

³⁴ Per un commento della disciplina si v. VALENTE, *Il lavoro occasionale: precedenti e disciplina*, in *MGL*, 2017, 11, 742.

³⁵ L'ampliamento della tutela previdenziale ai lavoratori autonomi occasionali non porta con sé un'alterazione dell'assetto legislativo con riferimento ai criteri legittimanti il sorgere di quella. Infatti pare potersi ritenere che l'asse portante legittimante l'iscrizione sia da

In entrambe le fattispecie individuate dal legislatore, dapprima nel 2003 e poi nel 2017, appare oltremodo arduo parlare di abitudine dell'attività lavorativa svolta e pertanto pare possa concludersi che il legislatore, con scelta ragionevole e di apprestamento di una forma di tutela previdenziale obbligatoria nei confronti anche di questi lavoratori, garantisce l'iscrizione alla gestione separata, ancorché non sia presente uno dei requisiti costitutivi del sorgere della tutela previdenziale, ovverosia l'abitudine; ma sempre che un'attività lavorativa, ancorché in via occasionale, sia svolta³⁶.

All'ampliamento delle categorie di lavoratori autonomi iscrivibili alla gestione separata, non è però sempre corrisposto un ampliamento, comune a tutti i soggetti, delle tutele previdenziali scaturenti dall'iscrizione alla predetta gestione.

Infatti, il legislatore ha ampliato, tempo per tempo, le forme di tutela garantite dall'iscrizione alla predetta gestione talvolta senza distinzioni di sorta, talaltra con riferimento ai soli collaboratori coordinati e continuativi e a quei lavoratori autonomi iscritti nei confronti dei quali espressamente si richiamava la disciplina dei primi (l'esemplificazione di tale modello la si rinviene con riferimento ai lavoratori occasionali).

Il predetto ampliamento di tutele ha condotto, senza alcuna pretesa di esaustività, a disporre espressamente l'applicazione del principio di automatismo nei confronti degli iscritti alla gestione separata e non iscritti ad altre forme obbligatorie, con riferimento all'indennità di maternità (art. 64 ter D. Lgs. 26 marzo 2001, n. 151)³⁷. A disporre, sempre nei confronti di tutti gli iscritti alla gestione separata il diritto all'indennità giornaliera di malattia, all'indennità di degenza ospedaliera, al congedo di maternità e parentale³⁸. A disporre il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione ma solo nei confronti dei collaboratori coordinati e continuativi e degli assegnisti e dottorandi ricerca (art. 15 d. lgs. 4 marzo 2015, n. 22), senza alcuna menzione del principio di automatismo³⁹.

rinvenirsi nell'abitudine e solo eccezionalmente, con scelta affidata al legislatore come puntualmente avvenuto, si può predicare un ampliamento dei soggetti tutelati, comprendendovi anche lavoratori autonomi, che svolgano la loro attività in maniera non abituale.

³⁶ L'utilizzo della parola occasionale rimanda a uno svolgimento di attività lavorativa priva di uno svolgimento prefissato e regolare, del tutto eventuale e rarefatto nel corso dell'anno e, ovviamente, rinvia a un accertamento di fatti in sede giudiziale. La Cassazione, nell'ordinanza del 9.1.2019, n. 32034, individua l'occasionalità contrapponendola alla mancanza di abitudine e ponendola in collegamento con la durata dell'attività. Mentre la stessa corte concretizza la prevalenza nell'impegno richiesto per lo svolgimento dell'attività lavorativa e nel reddito ricavato.

³⁷ L'applicazione per via legislativa del principio di automatismo ai fini del riconoscimento dell'indennità di maternità ai lavoratori iscritti alla gestione separata comporta, sotto il profilo interpretativo, l'affermazione che l'ordinamento prima di tale norma non poteva prevedere l'applicazione del predetto principio nei confronti di una categoria delimitata di lavoratori autonomi, i collaboratori coordinati e continuativi, iscritti sempre alla gestione separata. A ciò si aggiunga che il principio opera, sulla scorta del tenore letterale della norma, anche nei confronti di lavoratori autonomi che non si vedono versare la contribuzione da parte di altri soggetti, il che, prefigura una scelta legislativa di assoluta tutela della maternità da parte del sistema di sicurezza sociale, restando del tutto irrilevante la circostanza che il soggetto beneficiario della prestazione, abbia o meno di pagare la contribuzione previdenziale posta a suo carico.

³⁸ Il riconoscimento di tale diritto è condizionato, fra l'altro, all'esistenza di una mensilità di contribuzione, senza che il legislatore, come accaduto per l'indennità di maternità, garantisca l'erogazione della prestazione con l'applicazione del principio di automatismo (art. 2 *bis* d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81).

³⁹ La mancata menzione in seno al testo legislativo in un senso o nell'altro del principio di automatismo ovviamente non è di alcun aiuto per la risoluzione dell'odierna questione. L'unica considerazione che può farsi attiene da un verso alla circostanza che al momento di pubblicazione del decreto delegato n. 22 del 2015 si deve presumere che era nota la problematica. Da altro verso che nella successiva legge di stabilità del 2015, al comma 310 dell'art. 1, si legge che la prestazione sarà riconosciuta dall'Inps in base all'ordine cronologico di presentazione delle domande e nel caso di insufficienza delle risorse lo stesso ente previdenziale non esaminerà ulteriori domande. Orbene pare che le due considerazioni possano deporre a favore della circostanza che il principio di

Infine, il tasso di complessità del sistema sinora sommariamente delineato, trova ulteriore conferma nel disposto dell'art. 14 della l. 22 maggio 2017, n. 81. Articolo questo che, al terzo comma, riconosce in favore dei lavoratori autonomi, in caso di malattia o infortunio di gravità tale da impedire lo svolgimento dell'attività lavorativa per oltre sessanta giorni, il diritto a sospendere, per l'intera durata del periodo di malattia o infortunio fino a un massimo di due anni, il versamento dei contributi e dei premi⁴⁰.

La situazione variegata sin qui delineata, con riferimento ai soggetti iscrivibili alla gestione separata e con riferimento alle prestazioni riconosciute a costoro o a una parte di essi, trova ulteriore conferma in sede di modalità di pagamento della contribuzione dovuta. Le forme di pagamento che l'ordinamento prevede, nonostante si tratti di lavoratori autonomi, non sono sempre quelle che ordinariamente e per altri lavoratori autonomi sono previste e disciplinate e che pongono a carico dei medesimi l'obbligo di pagamento della contribuzione in loro favore. Infatti, questa forma di pagamento non è applicata nei confronti dei collaboratori coordinati e continuativi⁴¹ e di tutti gli altri lavoratori autonomi iscritti alla medesima gestione e per i quali il legislatore, nel disciplinare il rapporto previdenziale, rinvia alla disciplina dei collaboratori predetti. Nei confronti di costoro l'adempimento dell'obbligo contributivo è affidato al soggetto che beneficia dell'attività del lavoratore autonomo, e ciò in parallelismo a quel che accade da prima con riguardo ai lavoratori autonomi coadiutori familiari del lavoratore autonomo imprenditore.

Se il modello di pagamento descritto non è peculiare dei collaboratori coordinati e continuativi, ma riguarda altri lavoratori autonomi iscritti alla medesima gestione separata e altri lavoratori autonomi iscritti ad altre gestioni previdenziali, appare fallace affermare che tale modalità è un requisito strutturale tipico del lavoro subordinato ed esclusivo solo dell'attività di lavoro autonomo svolta dai collaboratori coordinati e continuativi e che tale caratteristica pertanto possa giustificare, solo nei confronti di questi ultimi, l'applicazione del principio di automatismo. Mentre, a fronte di tale asserto, si lascia inalterata sotto tale versante la posizione fatta dall'ordinamento alle altre cennate categorie di lavoratori, nonostante anche per esse possa predicarsi l'esistenza dei requisiti legittimanti l'applicazione del principio di automatismo, oltretutto lo svolgimento di un lavoro autonomo nei confronti dello stesso soggetto e l'obbligo di pagamento della contribuzione che non è nella loro disponibilità, essendo lo stesso affidato per legge a chi utilizza la loro prestazione.

In conclusione, pare potersi affermare, allo stato della legislazione e dell'interpretazione più ampia predicabile della medesima, che, contrariamente a quanto auspicato dalla giurisprudenza di merito, non vi è alcuno spazio interpretativo che legittimi l'applicazione

automatismo non trovi accesso in sede di riconoscimento della predetta prestazione.

⁴⁰ La disposizione, pur inserita in un articolo il cui primo comma individua specificamente i lavoratori autonomi beneficiari, facendo riferimento alla circostanza che l'attività è svolta in via continuativa per il committente, appare sì riferisca solo ai lavoratori autonomi iscritti alla gestione separata, che provvedono autonomamente al versamento dei contributi previdenziali e non già a quei lavoratori, sempre iscritti alla predetta gestione, quali i collaboratori coordinati e continuativi, per i quali il versamento della contribuzione sia posto a carico del committente. Altro e diverso confine interpretativo è quello che si potrebbe raggiungere qualora si ritenesse che le regole previste nel predetto articolo possano essere applicate a quei lavoratori autonomi iscritti alla gestione previdenziale artigiani, commercianti, agricoli se la loro attività sia svolta in favore di un unico committente.

⁴¹ Fattispecie questa che, dopo la novella legislativa dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/15, è destinata a divenire residuale.

tout court a una categoria delimitata di lavoratori autonomi, allorché la posizione lavorativa e previdenziale fatta dall'ordinamento agli stessi è sovrapponibile alla posizione che hanno altri lavoratori autonomi iscritti alla medesima gestione o ad altre gestioni.

La soluzione congrua appare essere quella legislativa che, consapevolmente, conduca a uniformare situazioni identiche quali quelle esaminate, ai fini non solo dell'applicazione del principio di automatismo, ma anche della responsabilità del committente che utilizza tali lavoratori, con applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 2116 c.c. L'auspicata prospettiva allargherebbe innovativamente lo spettro di applicazione delle predette regole a tutte le categorie di lavoratori autonomi che prestano la loro opera a favore di un singolo committente tenuto per legge al pagamento della contribuzione nei loro confronti.

E ancora, la prospettata soluzione costituirebbe il tassello finale di una ricostruzione sistemica che ha riconosciuto l'utilizzabilità della rendita vitalizia da parte di tutte le categorie di lavoratori autonomi individuati.