

## Guida pratica previdenziale n. 4/2021

# L'autonomia del rapporto previdenziale e le esasperazioni della giurisprudenza

di Francesco Natalini – consulente del lavoro

*È ormai consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui il diritto previdenziale è connotato da autonomia rispetto al piano retributivo, nel senso che se su quest'ultimo aspetto è possibile intervenire anche con rinunce o transazioni, non è attribuito alle parti del rapporto alcun potere di incidere sul primo ambito, atteso che il rapporto previdenziale ha natura pubblicistica e indisponibile, sicché la contribuzione deve essere calcolata sempre sulla retribuzione spettante, concordata tra le parti, con il rispetto del minimale contributivo previsto dai contratti collettivi ex L. 389/1989.*

*Ma può tale principio spingersi fino al punto di sostituirsi all'autonomia contrattuale delle parti? Può superare il principio di sinallagmaticità che è alla base del contratto di lavoro?*

*Il presente intervento vuole passare in rassegna alcuni casi nei quali, a parere di chi scrive, l'espasione del concetto di autonomia e indisponibilità del diritto previdenziale ha travalicato i limiti della coerenza e della ragionevolezza, determinando uno stravolgimento che supera la mission della legge: quella di garantire al lavoratore una contribuzione/pensione adeguata, sconfinando in un contesto dove il datore di lavoro ne esce confuso, disorientato, da contrasti anche in seno alla stessa prassi, ma soprattutto con "le ossa rotte", a causa delle pesanti conseguenze che, sul piano economico (contributivo e sanzionatorio) può subire in caso di contenzioso.*

### **L'imponibile (minimale) contributivo ex L. 389/1989**

L'[articolo 1](#), comma 1, D.L. 338/1989, convertito dalla L. 389/1989, dispone testualmente che:

*“La retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo”.*

La norma è stata poi oggetto di interpretazione autentica a opera dell'articolo 2, [comma 25](#), L. 549/1995, il quale ha precisato che:

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

*“L’articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria”.*

La *ratio* della norma, come anticipato in premessa, è evidentemente quella di garantire al lavoratore una contribuzione congrua (che poi si potrà trasformare in una pensione altrettanto adeguata), come sancito dalla stessa Corte Costituzionale nella [sentenza n. 342/1992](#), secondo la quale

*“una retribuzione (...) imponibile non inferiore a quella minima (è) necessaria per l’assolvimento degli oneri contributivi e per la realizzazione delle finalità assicurative e previdenziali, (in quanto), se si dovesse prendere in considerazione una retribuzione imponibile inferiore, i contributi determinati in base ad essa risulterebbero tali da non poter in alcun modo soddisfare le suddette esigenze”<sup>1</sup>.*

Da qui lo “sganciamento” dall’[articolo 36](#), Costituzione, che si propone di garantire, parimenti, un’equa retribuzione, ma soffre delle limitazioni che derivano dalla mancata attuazione dell’[articolo 39](#), Costituzione. In più, secondo la prevalente e costante giurisprudenza, non ci può essere nemmeno un parallelismo perfetto tra l’equa retribuzione *ex* articolo 36 e la retribuzione prevista dai contratti collettivi, dei quali va presa solo la “porzione” che integra, per l’appunto, il c.d. minimo costituzionale (ad esempio, escludendo dall’obbligo la 14<sup>a</sup> mensilità e gli scatti di anzianità, oltre alle altre indennità di origine prettamente contrattuale)<sup>2</sup>.

Ma, come sancito sempre dalla giurisprudenza, soprattutto di legittimità, le limitazioni derivanti dalla mancata attuazione dell’articolo 39 operano solo sul piano retributivo e non possono estendersi anche a quello previdenziale<sup>3</sup>. Ne deriva che, se al Legislatore dovrebbe (il condizionale è d’obbligo) essere inibito emanare norme che impongano in modo diretto ai datori di lavoro di applicare la retribuzione degli attuali contratti collettivi<sup>4</sup> (che, com’è noto, non hanno più efficacia *erga omnes*), avendo quale unica arma di persuasione le c.d. norme “*do ut des*”

<sup>1</sup> Da ultimo, cfr. Cass. 22178/2021; Cass. 442/2021.

<sup>2</sup> Tra le ultime si citano: Cass. n. 944/2021; Cass. n. 1756/2021; Trib. Bari, 4 marzo 2015. Più datate: Cass. n. 15148/2008; Cass. n. 12520/2004; Trib. Napoli, 17 gennaio 2006.

<sup>3</sup> Tra le tante: Cass. n. 16762/2003.

<sup>4</sup> Anche se poi tale divieto è stato bellamente superato attraverso alcune norme a dir poco clamorose (pur non considerando l’articolo 3, L. 142/2001, in tema di società cooperative, dove si è trovato un accomodamento che fosse costituzionalmente orientato), come l’articolo 13, D.Lgs. 112/2017, l’articolo 16, D.Lgs. 117/2017 (norme riguardanti il Terzo settore) e l’articolo 20, comma 1, L. 81/2017 (in tema di lavoro agile/*smart working*) dove l’imposizione diretta si estende persino alla parte c.d. normativa del contratto collettivo, quindi addirittura al di fuori della tutela costituzionale *ex* articolo 36 (che si limita alla sola parte retributiva). A tal proposito si cita a campione il passaggio testuale dell’articolo 16, primo periodo, D.Lgs. 117/2017 (che è sostanzialmente identico alle altre 2 norme dianzi citate), che così recita: “I lavoratori degli enti del Terzo settore hanno diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81”.

(paradigmatico è, in tal senso, l'articolo 1, [comma 1175](#), L. 296/2006, che subordina il godimento di benefici contributivi e normativi al rispetto della contrattazione collettiva leader), allo stesso Legislatore non è, invece, vietato, in ambiti diversi, come quello previdenziale, introdurre norme che si ragguagliano alla contrattazione collettiva quale parametro di congruità e di adeguatezza.

Smarcato questo aspetto, che di fatto consacra una riconosciuta "libertà d'azione" del Legislatore, qualora non si verta in materia retributiva (tesi che, tutto sommato, può essere condivisa, perlomeno in astratto)<sup>5</sup>, proseguendo nella disamina dell'[articolo 1](#), D.L. 338/1989, si finisce in una vera e propria "palude", fatta di interpretazioni contrastanti, contraddittorie sia in giurisprudenza che nell'abito della stessa prassi, e nella quale si rischia di rimanere intrappolati.

Vale a dire che il parametro prevalentemente adottato dal Legislatore nei vari rinvii alla contrattazione collettiva e, per quel che ci interessa, l'espressione adottata nella formulazione del richiamato articolo 1, comma 1, D.L. 338/1989, laddove l'imponibile previdenziale

*"non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo"*<sup>6</sup>,

esige l'individuazione delle OO.SS. più rappresentative o, per meglio dire, "*comparativamente più rappresentative nella categoria*" (in base all'articolo 2, [comma 25](#), L. 549/1995, già citata in precedenza). Ma, nonostante il doppio intervento, la norma non ha (ancora) una sua precisa declinazione.

Si intende dire che il requisito della rappresentatività sindacale - a maggior ragione se richiesta a livello comparato - al quale sono attribuite prerogative fondamentali nel diritto del lavoro, è di fatto ancora un concetto astratto, passibile di interpretazioni tutt'altro che univoche, che, ovviamente, non fanno altro che alimentare il contenzioso, peraltro piuttosto copioso in materia (in questo ambito rientrano, ad esempio, le contestazioni inerenti all'applicazione dei c.d. contratti pirata)<sup>7</sup>. Tutto ciò è inaccettabile, a maggior ragione per il fatto che le conseguenze per i datori di lavoro potrebbero essere devastanti anche a causa dell'assenza di una norma calmieratrice<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Sempre in senso conforme: Cass. n. 19284/2017.

<sup>6</sup> Anche alla luce dell'interpretazione autentica (o per meglio dire della sistemazione di un possibile conflitto, originariamente non contemplato) disposta tramite l'articolo 2, comma 25, L. 549/1995, dove si stabilisce che "*L'articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria*".

<sup>7</sup> Ancorché l'onere della prova sulla rappresentatività, fin dalle pronunce più datate, sembri ricadere sull'Inps: cfr. Cass. n. 3912/1999, n. 4510/1999, n. 4524/1999, n. 4548/1999, n. 4781/1999, n. 4958/1999, n. 4962/1999, n. 6174/1999 e n. 2268/2000.

<sup>8</sup> In realtà, una norma di tal guisa potrebbe individuarsi nell'articolo 6, D.L. 338/1989, che, pur riferendosi alla (ormai estinta) "fiscalizzazione oneri sociali" (c.d. FOS), di fatto non è stata mai formalmente abrogata e secondo l'INL poteva essere ancora invocata (cfr. [circolare n. 3/2017](#))

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

nell'ambito del già citato articolo 1, [comma 1175](#), L. 296/2006, sicché l'applicazione di un contratto non *leader* (ovvero il mancato rispetto di alcune clausole del contratto, ancorché *leader*), anche laddove le differenze fossero marginali, trascurabili, potrebbe determinare la perdita - senza limiti - dei benefici contributivi (e normativi) già goduti e da godere.

È, quindi, apprezzabile (e condivisibile) quanto sostenuto dall'INL nella [circolare n. 2/2020](#), nella quale si sostiene che la misurazione del grado di rappresentatività delle OO.SS. dovrebbe avvenire

*“attraverso la valutazione complessiva dei seguenti elementi: consistenza numerica degli associati delle singole OO.SS.; ampiezza e diffusione delle strutture organizzative; partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti nazionali collettivi di lavoro; partecipazione alla trattazione delle controversie di lavoro, individuali, plurime e collettive”.*

Però, affinché non si traduca in un'esternazione puramente astratta, è necessario stabilire come si determina la *leadership* e sulla base di quali procedure e, a tutt'oggi, non risultano presenti censimenti, sondaggi, rilevazioni e altri strumenti in grado di restituirci classifiche di rappresentatività attendibili, da cui si possa individuare una supremazia contrattuale.

Infatti, per quel che risulta, l'unico criterio “oggettivo” di misurazione della rappresentatività sindacale non è ancora decollato: il riferimento è al protocollo tra Ministero del lavoro, Inps e parti sociali del settembre 2019 (che, peraltro, prende le mosse, addirittura, dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, passando per il protocollo sulla rappresentatività del 2013 e al T.U. sulla rappresentanza del 2014), il quale dovrebbe utilizzare, incrociandoli e ponderandoli, i dati “associativi” (cioè l'iscrizione dei lavoratori ai vari sindacati), estrapolandoli dal flusso UniEmens e i dati “elettorali” (misurazione della presenza di Rsa/Rsu nelle aziende), in base a informazioni fornite dalle stesse OO.SS..

Ma, come si diceva, al momento il progetto è ancora ai nastri di partenza, nonostante siano trascorsi più di 10 anni dalla sottoscrizione dell'accordo interconfederale del 2011.

È notizia fresca, in quanto risalente a poche settimane fa, quella riguardante la pubblicazione di una nota da parte dell'INL (la [n. 5331/2021](#)), a mezzo della quale l'Ispettorato nazionale, sulla scorta di quanto già fatto dall'Inps ai fini della misurazione del c.d. dato associativo (dapprima con la [circolare sperimentale n. 76/2015](#) e, più recentemente, con le circolari [n. 109/2020](#) e [n. 146/2019](#)), ha avviato la

---

per limitare il recupero degli sgravi solo se a essere interessati dalle violazioni del contratto collettivo fossero stati gli stessi lavoratori “agevolati”. L'ultrattività della norma, sostenuta dall'INL, aveva condotto lo scrivente a ritenerla applicabile, stante la previsione contenuta nel citato articolo 6, comma 10, anche (perché no) come norma limitativa al recupero degli sgravi (in misura non superiore all'importo della violazione). Tale tesi estensiva è stata poi contrastata da successiva nota del Ministero del lavoro (non dall'INL) n. 4/2019, che ha smorzato gli entusiasmi rispetto a una sopravvivenza della norma calmieratrice e una sua adattabilità all'ipotesi di cui all'articolo 1, comma 1175, L. 296/2006, ritenendo che “*le disposizioni in esame sono state introdotte in relazione a specifici periodi di paga ormai risalenti nel tempo*”.

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

sperimentazione anche per la misurazione del c.d. dato elettorale, partendo da 2 Ccnl scelti “a campione”: il Ccnl metalmeccanico e quello chimico.

Staremo a vedere se si riesce a raggiungere un risultato che dia un sufficiente grado di attendibilità, anche se bisognerebbe, nel contempo, chiarire, una volta per tutte, cosa si intende per sindacato *leader*, ovvero, per meglio dire, fino a che livello di “classifica” (quando essa sarà disponibile) un’organizzazione sindacale può essere considerata *leader* di settore/categoria<sup>9</sup>, dando per escluso (non fosse altro per il costante utilizzo della forma plurale: “le OO.SS.”) che si debba fare i conti solo con il sindacato risultato al primo posto in quanto a rappresentatività, perché, in tal caso, si aprirebbe uno scenario conflittuale improponibile tra le stesse predette rappresentanze sindacali.

Tale situazione di incertezza ha generato, nelle more, una sorta di prassi (*rectius*: convinzione) per cui, se non si vuole correre rischi in caso di ispezione o comunque di contenzioso, sarebbe consigliabile applicare un Ccnl (di categoria) sottoscritto da Cgil, Cisl e Uil, dando quasi per acquisita (d’ufficio) la loro *leadership* nel contesto considerato. Tale approccio non può essere condiviso, in quanto, a parte il fatto che in alcuni casi si crea un conflitto anche tra Ccnl sottoscritti dalla c.d. “triplice” (ad esempio nel settore della logistica e della movimentazione delle merci), è evidente che detto *modus operandi* contrasta con la libertà e con il pluralismo sindacale.

Ma, ipotizzando in astratto di aver superato la problematica dell’individuazione del contratto collettivo comparativamente più rappresentativo, così come richiesto dalla L. 389/1989, si annoverano, a parere di chi scrive, storture e anomalie nell’interpretazione degli altri requisiti che la medesima legge esige, laddove l’interpretazione autentica fornita nel 1995 probabilmente ha aggiunto incertezze, piuttosto che risolverle.

Nel concreto, si ritiene che vi sia stata una distorsione della *ratio legis* sottesa alla citata norma, che, ricordiamoci, letta in combinato disposto con la L. 549/1995, di fatto dispone che il minimale contributivo non può essere inferiore a quello stabilito da leggi, regolamenti<sup>10</sup>, contratti collettivi *leader*<sup>11</sup>.

Il primo punto critico da chiarire è se un contratto collettivo di 2° livello possa derogare *in pejus* il minimale retributivo/contributivo stabilito dal Ccnl.

<sup>9</sup> Ipotizzando che una data organizzazione sindacale si collochi al quarto posto di una (per ora ipotetica) classifica nell’ambito di una determinata categoria, come va considerata? Può definirsi *leader* nella medesima categoria, idonea quindi a stipulare contratti collettivi che soddisfino i requisiti previsti dalla legge quando essa rinvia alla maggiore rappresentatività a livello comparato?

<sup>10</sup> Il rimando *sic et simpliciter* ai “regolamenti” fa emergere dubbi sulla valenza testuale di tale locuzione: regolamenti quali fonti secondarie del diritto o regolamenti aziendali?

<sup>11</sup> Di norma, i contratti collettivi stabiliscono retribuzioni superiori alla legge, tranne il caso in cui, ai livelli più bassi di contratti collettivi non particolarmente onerosi (a maggior ragione se scaduti da tempo e non ancora rinnovati), può verificarsi che il minimale contrattuale venga superato dal minimale Inps, ex articolo 7, comma 1, secondo periodo, D.L. 438/1983, convertito nella L. 638/1983, anche denominato “minimo dei minimi”. In tali casi prevale quest’ultimo minimale, di matrice legale.

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

Secondo la giurisprudenza di legittimità ciò non sarebbe possibile<sup>12</sup>, nel senso che la deroga peggiorativa rispetto al Ccnl (pacificamente permessa, invece, sul piano retributivo), non potrebbe intaccare, per il noto principio dell'autonomia del diritto previdenziale, il piano contributivo. Ma un siffatto principio (che non risulta assurgere a livello costituzionale) dovrebbe emergere chiaramente dal precetto normativo, cioè direttamente dal testo della L. 389/1989, associato a quello della più volte ricordata norma di interpretazione autentica, la quale, anzi, dovrebbe prevalere nella ricostruzione teleologica del citato precetto.

Orbene, analizzando il “confuso” e contraddittorio testo del più volte richiamato [articolo 1](#), D.L. 338/1989, si parla di retribuzione imponibile che

*“non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo”;*

sicché non si riesce a comprendere come si possa interpretare tale norma alla stregua di quanto, invece, ha ritenuto la Cassazione (cioè: l'inderogabilità *in peius* della retribuzione imponibile del Ccnl a opera della contrattazione di 2° livello), atteso che l'unico principio chiaro che sembra emergere è quello, ormai consolidato a livello retributivo, scaturente sia dall'[articolo 2113](#), cod. civ., che dall'[articolo 2077](#), cod. civ. (recuperato dalla giurisprudenza e reso in qualche modo applicabile anche nell'era *post* corporativa), che fa prevalere la contrattazione “individuale” rispetto a quella pattizia solo se più favorevole al lavoratore, ma non individua una gerarchia delle fonti tra contratti collettivi di diverso livello<sup>13</sup>.

Inoltre, sempre nell'articolo 1, non si parla di “*contratti collettivi stipulati a livello nazionale*” (cioè di Ccnl), bensì di “*contratti collettivi stipulati da Organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*”: espressione di significato assolutamente diverso, la quale va intesa nel senso che il contratto collettivo (di qualunque livello) deve essere stipulato con le OO.SS. *leader “a livello nazionale”*, ma non necessariamente sottoscritto “*a livello nazionale*” (la sede ove vengono stipulati i Ccnl).

---

<sup>12</sup> Cfr. Cass. n.6966/2010, anche se, a dire il vero, la sentenza della Corte di Cassazione conferma la decisione della Corte d'Appello, che “*correttamente ha rapportato il minimale contributivo di cui al D.L. n. 338 del 1989, art. 1 citato al contratto collettivo nazionale Uneba e non all'accordo locale pur stipulato dalla Fisascat - CISL. Tale decisione è conforme al principio sopra richiamato e, peraltro, investe anche un accertamento di fatto congruamente motivato dai giudici di merito, che, in sostanza hanno ravvisato nel CCNL Uneba il contratto “leader” nella specie*”, riconducendo la questione a una mancanza di rappresentatività.

<sup>13</sup> Anzi, l'attuale e consolidato orientamento fa prevalere il criterio della “prossimità”, dando preminenza al contratto decentrato/aziendale rispetto al Ccnl.

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

Anche il richiamo alla locuzione “*contratto collettivo*” non sembra così diverso dall’espressione “*accordi collettivi*” (anzi, di norma si pone come sinonimo), sicché non si comprende come un “accordo/contratto collettivo” possa prevedere una retribuzione superiore al “contratto/accordo collettivo”.

Se poi ci si sposta sulla norma interpretativa (come si è più volte ricordato: l’articolo 2, [comma 25](#), L. 549/1995) il discorso non cambia, nel senso che il duplice rinvio, anche in questo caso, alla locuzione “*contratti collettivi*” non fa trasparire minimamente che si debba trattare di contratti stipulati a livello nazionale, soffermandosi solo sui richiamati requisiti di rappresentatività a livello comparato nella categoria, peraltro non precisando (o ribadendo) nemmeno più che livello di *leadership* debbano avere i sindacati stipulanti (nazionale, territoriale, etc.).

### La parte (seppur) retributiva del Ccnl irrilevante ai fini dell’imponibilità contributiva

Sorprendente, invece, se la si accosta all’orientamento esasperato di cui al paragrafo precedente è la tesi sostenuta, sempre dalla giurisprudenza di legittimità, circa la riconduzione della base imponibile contributiva (valida quale minimale) alla sola retribuzione normale/ordinaria, non estesa, quindi, alle maggiorazioni per lavoro straordinario e, di conseguenza, a parere di chi scrive, nemmeno alle altre fattispecie ove sia comunque prevista una maggiorazione (lavoro notturno, festivo, etc.).

Paradigmatica è la sentenza n. 801/2012, dove la Corte, invero, dopo aver ricordato (riproponendolo testualmente) il dispositivo del D.L. 338/1989 (pur se glissando di fatto rispetto alla norma di interpretazione autentica), aggiunge che

*“Non possono, invece, entrare a far parte del “minimale contributivo” le maggiorazioni stabilite dal contratto collettivo “leader” sul compenso per lavoro straordinario, in quanto, al fine della determinazione di detto minimale, occorre avere riguardo esclusivamente alla parte retributiva, non anche a quella normativa del contratto collettivo “leader””.*

In senso conforme anche Cassazione n. 3906/2003<sup>14</sup>), che rimarca lo sconfinamento nella parte normativa del contratto *leader* se “*ad esso si facesse riferimento per stabilire la qualificazione come lavoro straordinario di quello eccedente le 40 ore*”.

Peraltro, la riconducibilità del lavoro straordinario all’area “normativa” (e non “economica”) del contratto collettivo dovrebbe escludere la riconducibilità delle relative maggiorazioni retributive anche rispetto al concetto di equa retribuzione ex [articolo 36](#), Costituzione, di talché l’obbligo di applicarle sussisterebbe solo per i datori iscritti alle associazioni di categoria firmatarie del

<sup>14</sup> Ma anche Cass n. 22222/2020 e n. 8817/2003.

contratto stesso, limitando il rischio, per gli altri datori, in caso di disapplicazione, al solo recupero degli eventuali benefici contributivi e normativi, sulla scorta del disposto del già richiamato articolo 1, [comma 1175](#), L. 296/2006

### La pretesa contributiva anche in assenza di prestazione (e retribuzione)

Questa è la parte più inconcepibile e difficile da condividere nel momento in cui l'orientamento giurisprudenziale sta determinando conseguenze estremamente gravose sul piano del contenzioso e dove, spesso, a subirne i maggiori effetti negativi sono, per assurdo, le micro-imprese e gli altri datori di lavoro minimi, quindi meno strutturati. In più, talune pronunce sono ancor più inaccettabili, perché mettono in evidenza un contrasto sia tra vari organi di prassi (Ministero del lavoro, INL, Inps, etc.) che uno scollamento tra gli stessi e i loro apparati legali (nel senso che in alcuni casi si è insistito e proseguito nel contenzioso presso le Supreme Corti, pur in presenza di circolari e altri atti di prassi che ne prevedevano l'archiviazione). A tal proposito, sono stati scelti alcuni esempi, a campione, in un contesto di varie casistiche presenti nel panorama giurisprudenziale.

### Il “vuoto per pieno”: cooperative e non solo

La definizione di “vuoto per pieno” è ovviamente atecnica ed è associata a un filone di contenzioso alquanto ricorrente, e dalle conseguenze assai pesanti, che ha interessato (e interessa tuttora) soprattutto le cooperative (ma non solo), le quali si possono trovare a dover subire e gestire periodi di riduzione/sospensione dell'attività lavorativa non coperti da ferie, cassa integrazione, etc.. Tali situazioni sono spesso dettate da contrazioni della domanda di lavoro disposte unilateralmente dai committenti, prevalentemente negli appalti pubblici (ad esempio, da parte delle Asl) e si traducono in una riduzione/sospensione stipendiale, a cui, ovviamente, si è ritenuto di poter associare una contestuale riduzione/sospensione della base imponibile contributiva.

Tale impostazione, dapprima osteggiata dal Ministero del lavoro, è stata successivamente legittimata dallo stesso con l'[interpello n. 1/2013](#), nel quale si ammette che

*“in caso di riduzione dell'attività lavorativa per cause di forza maggiore o di circostanze oggettive, ovvero nelle ipotesi di crisi determinate da difficoltà temporanee della cooperativa, il regolamento interno potrebbe prevedere l'istituto della sospensione del rapporto di lavoro e, dunque, della sospensione delle reciproche obbligazioni contrattuali (evidentemente estesa anche all'ambito contributivo, NdA), scongiurando in tal modo il rischio di eventuali licenziamenti”.*

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

La tesi “permissiva” poggia anche sulla previsione contenuta nell'[articolo 1](#), comma 2, lettera d), L. 142/2001, nella quale, a proposito delle funzioni dei soci di cooperativa si dispone che essi: “*mettono a disposizione le proprie capacità professionali anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa*”, facendo intendere che tutto dipende dalla “disponibilità” di lavoro che la cooperativa è in grado di offrire.

Nondimeno, nonostante la chiara posizione del Ministero, gli organi di vigilanza si sono sempre guardati bene dall'adeguarsi al contenuto del citato interpello, recuperando sistematicamente la contribuzione persa sulla base della retribuzione virtuale (piena<sup>15</sup>), a prescindere che vi sia stata la previsione nel regolamento interno, ovvero che si fosse o meno acquisito anche il consenso del socio lavoratore e, in alcune sedi territoriali, si è addirittura predisposta anche la diffida accertativa ex [articolo 12](#), D.Lgs. 124/2004, consegnando al lavoratore un titolo esecutivo per soddisfarsi anche sul piano retributivo. Qualche sentenza di merito ha censurato tale impostazione, in particolare le Corti territoriali hanno dimostrato un certo favore nei confronti delle imprese, ma la Cassazione risulta essere di contrario avviso e, al momento, pare inamovibile rispetto alle sue posizioni (vedi anche *infra*).

Vale la pena ricordare che una norma che legittima il “vuoto per pieno” esiste nell'ordinamento, ma dovrebbe riguardare il solo settore edile, stante la previsione di cui all'[articolo 29](#), D.L. 244/1995, che impone di calcolare i contributi comunque sulla retribuzione piena (40 ore<sup>16</sup>) a prescindere dall'orario effettivamente svolto (tranne alcune assenze ben individuate che possono essere portate a scomputo). Pertanto, si è sempre ritenuto che applicare il principio della retribuzione virtuale anche al di fuori del settore edile, elevandolo alla stregua di un principio generale, sarebbe stato *extra legem* e avrebbe svuotato di significato proprio il disposto dell'articolo 29 citato, rendendolo di fatto ridondante, pleonastico. Di diverso avviso è, invece, la Cassazione, la quale con una tesi che, a parere di chi scrive, mette in risalto una evidente funzione “creativa”, piuttosto che interpretativa, ritiene che:

*“Anche nei settori diversi da quello edile, la contribuzione è dunque dovuta nei casi di assenza del lavoratore o di sospensione concordata della prestazione stessa che costituiscano il risultato di un accordo tra le parti derivante da una libera scelta del datore di lavoro e non da ipotesi previste dalla legge e dal contratto collettivo (quali malattia, maternità, infortunio, aspettativa, permessi, cassa integrazione).”, aggiungendo che “In tal senso, e considerata l'autonomia del rapporto contributivo rispetto a quello retributivo, dev'essere rimodulato il principio affermato nel recente arresto n. 24109 del 03/10/2018”<sup>17</sup>.*

<sup>15</sup> O comunque concordata tra le parti, nel caso di *part-time*.

<sup>16</sup> Vedasi nota precedente.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. n. 14808/2021.

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

Con buona pace di chi pensava fosse sufficiente mutuare il principio giuridico tradotto nel brocardo latino *“ubi lex dixit voluit, ubi noluit tacuit”*.

Peraltro, la pronuncia ritiene irrilevante che ci sia o meno il consenso del lavoratore (vedi anche *infra*), quindi anche in caso di *“sospensione concordata”* e questa sembra essere una forzatura clamorosa, atteso che, come ricordato da autorevole dottrina<sup>18</sup>, la libertà di determinare quanto e come lavorare è assicurata a tutti gli individui dall'articolo 4, Costituzione, che attribuisce a ogni soggetto (e non alla contrattazione collettiva) il diritto – oltre che il dovere – di lavorare *“secondo le proprie possibilità e la propria scelta”*, ben sapendo che se l'orario si riduce anche la retribuzione (e la contribuzione) deve essere parametrata alla prestazione, in ragione del già richiamato principio di sinallagmaticità.

D'altronde, se, come si diceva, alla base del principio dell'autonomia del diritto previdenziale, della sua indisponibilità, c'è l'intenzione del Legislatore di permettere al lavoratore di avere una pensione adeguata, tale principio non può prescindere dal concetto di *“dovuto”* (ancorché non corrisposto), o per meglio dire di *“spettante”*.

Orbene, se la riduzione di orario non fa emergere un diritto retributivo a favore del lavoratore (derivante dal contratto collettivo) non si comprende come possa determinare un correlato diritto contributivo.

Diverso è il caso di una rinuncia a un diritto inderogabile previsto dalla contrattazione collettiva, dove in effetti è, tutto sommato, condivisibile la tesi dell'imponibilità virtuale (si pensi alla rinuncia all'indennità sostitutiva di preavviso contrattuale, oggetto di una recente pronuncia di legittimità che ne ha riconosciuto l'imponibilità contributiva a prescindere dalla sua erogazione, nonostante la posizione dell'Inps, espressa con messaggio n. 19273/2012)<sup>19</sup>.

### La *“beffa”* della Cassazione alle imprese prive di ammortizzatori sociali

È un dato di fatto che taluni datori di lavoro non dispongono di strumenti di integrazione salariale. Prescindendo dal periodo emergenziale legato alla pandemia da COVID-19, dove, con la reintroduzione della cassa in deroga, qualunque datore di lavoro può ritenersi coperto da una fattispecie di cassa integrazione (Cigo, Assegno ordinario, Cisoa, ovvero, per l'appunto, Cigd) in una situazione *“normale”*

<sup>18</sup> Cfr. P. Ichino, L. Valente, *L'orario di lavoro e i riposi*, Artt. 2107-2109, in *“Il Codice Civile Commentario”*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2ª ed., Milano 2012, pag. 38.

<sup>19</sup> Cass. n. 12932/2021; Trib. Siena, 2 febbraio 2018. Anche in questo caso, però, si possono avanzare alcune riserve, atteso che la rinuncia al preavviso in genere viene compensata da indennità (ad esempio, buonuscita, incentivazioni varie, etc.), che in un'ottica di valutazione complessiva del trattamento riconosciuto al lavoratore andrebbe tenuto in conto ai fini del calcolo della retribuzione imponibile ex L. 389/1989.

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

(cioè quella delineata all'interno del D.Lgs, 148/2015) taluni datori di lavoro (ad esempio, le imprese commerciali che non superano i 5 dipendenti), non hanno ammortizzatori sociali (né ordinari che straordinari) di cui avvalersi in caso di crisi.

Pertanto, in tali situazioni, onde evitare il licenziamento (confidando nella transitorietà della congiuntura negativa), magari in accordo con i lavoratori (e a volte anche con le OO.SS.), detti datori di lavoro hanno spesso fatto ricorso a sospensioni (parziali o totali) della prestazione, ovviamente senza retribuzione e senza assolvimento di alcun onere contributivo.

Orbene, sulla scorta di quanto contenuto nell'[ordinanza n. 21479/2020](#) della Corte di Cassazione (che ricalca per certi aspetti il contenuto della precedente [sentenza n. 15120/2019](#) dianzi citata) a prescindere dalla sussistenza o meno della prestazione e della retribuzione (sinallagma), la contribuzione andrebbe sempre assolta sulla retribuzione persa.

Secondo la Corte (punto 12 dell'ordinanza)

*“Ciò vale anche nel caso di attenuazione o cessazione temporanea dell'attività lavorativa per insussistenza di commesse, essendo tali eventi ricompresi nell'ambito del rischio imprenditoriale che grava sul datore di lavoro in via esclusiva, senza che ciò possa riflettersi sull'obbligo contributivo”,*

determinando in tal modo un incremento considerevole dei costi, se si considera che, come si diceva, trattasi di micro-imprese, di soggetti marginali, che oltre al danno di non avere strumenti salariali disponibili nell'ordinamento (a dispetto delle medio-grandi imprese che sono, invece, ampiamente tutelate), avrebbero la beffa di dover versare la contribuzione piena.

Non è, quindi, scandaloso ipotizzare che in tali situazioni, per assurdo, potrebbe essere più conveniente (sia per i datori che per gli stessi lavoratori) optare fin da subito per il licenziamento ex [articolo 3](#), L. 604/1966 (giustificato motivo oggettivo), e poi, eventualmente, procedere a future riassunzioni degli stessi lavoratori.

### L'imponibile previdenziale in presenza di uno stato di crisi delle cooperative

Tornando al mondo delle cooperative, si ricorda un altro caso sottoposto al vaglio della giurisprudenza di legittimità, ancor più clamoroso, perché fa emergere una palese contraddizione tra prassi e giurisprudenza (chiamata in causa dalla stessa prassi) che certamente sconcerta gli operatori del settore, perché fa venire meno il livello di affidabilità riposto nei vari atti di prassi (interPELLI, circolari, messaggi, etc.).

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

Nel caso di specie, parlando di “stato di crisi” in cui può trovarsi una cooperativa ([articolo 6](#), L. 142/2001), la legge permette di porre in essere le misure necessarie per arginarla. Tra queste, dopo un intervento chiarificatore del Ministero del lavoro, si annovera anche la riduzione dei trattamenti minimi sindacali ([interpello n. 7/2009](#)).

Avendo, però, omesso di trattare la disciplina previdenziale applicabile in tali ipotesi, fu necessario un secondo intervento ministeriale ([interpello n. 48/2009](#)) nel quale il Dicastero stabilì che, se la retribuzione viene ridotta al di sotto dei minimi sindacali, scende di conseguenza anche la base imponibile contributiva (in deroga, quindi, alla L. 389/1989), purché la stessa non vada al di sotto del “minimo dei minimi” (il già richiamato minimale Inps ex D.L. 438/1983), nel qual caso la contribuzione deve essere raggugliata comunque a tale limite minimo, ritenuto invalicabile.

Orbene, la [sentenza n. 15172/2019](#) della Corte di Cassazione dispone, invece, che se la retribuzione può essere ridotta senza particolari limiti, potendo scendere non solo al di sotto dei minimi contrattuali, ma, addirittura, a parere di chi scrive, anche del minimo costituzionale ex [articolo 36](#), Costituzione, la contribuzione va assolta sempre sul minimale contrattuale ex L. 389/1989, contraddicendo clamorosamente la tesi del Ministero<sup>20</sup>. Certo che le cooperative che si sono “fidate” dell’interpretazione ministeriale, e hanno modellato i *budget* previsionali per superare la crisi sulla scorta delle indicazioni emergenti dall’[interpello n. 1/2013](#), potrebbero trovarsi di fronte a un aggravio di costi non irrilevante.

### Conclusioni

Le conclusioni (critiche) ricalcano di fatto quanto già anticipato in premessa, nel senso che l’exasperazione del principio giuridico che sancisce l’autonomia del diritto previdenziale rispetto al piano contrattuale, cioè l’esigenza di sganciare il diritto previdenziale dalla disponibilità delle parti, non è condivisibile e, a parere di chi scrive, finisce con stravolgerlo, generando un effetto perverso, nel momento in cui può determinare in capo alle imprese oneri spesso insostenibili e di cui, spesso, ignoravano l’esistenza.

In questo momento, invece, più che mai le imprese avrebbero bisogno di poter contare su una disciplina legislativa più elastica e improntata alla ragionevolezza e su interpretazioni meno estreme, che, ad

---

<sup>20</sup> Questa è la massima della pronuncia: “La regola del cd. minimale contributivo, di cui all’art. 1 del D.L. n. 338 del 1989, conv. dalla L. n. 389 del 1989, si applica anche nel caso in cui una cooperativa, ai sensi dell’art. 6 della L. n. 142 del 2001, deliberi uno stato di crisi che comporti la riduzione della retribuzione dei soci al di sotto dei minimi contrattuali fissati dal c.c.n.l. di categoria, non rientrando tale delibera tra le fonti che, a mente dell’art. 1 citato, individuano la retribuzione minima da assumere come parametro per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, né facendo l’art. 6 alcun riferimento agli obblighi contributivi (Cassa con rinvio, Corte d’Appello Genova, 01/08/2013)”.

## Contribuzione previdenziale e assistenziale

avviso di chi scrive, vanno a collocarsi oltre il testo normativo e la stessa *ratio legis*, facendo emergere un'inopportuna funzione "creativa" da parte della giurisprudenza, che di certo non aiuta le aziende a uscire dalla crisi e favorendo una possibile ripresa.

Ma, soprattutto, i datori di lavoro avrebbero bisogno di "certezze", e, invece, di certezze non ve ne sono: i contrasti sorti non solo in giurisprudenza, ma anche in seno agli stessi organi di prassi ne sono la dimostrazione, con ciò alimentando un senso di disorientamento che scoraggia non solo chi già opera, ma anche coloro (investitori italiani o stranieri) che avessero intenzione di "fare impresa" nel nostro Paese.