

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXXI - 2020 - N. 4

*Trimestrale
ottobre-dicembre 2020*

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

*Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello,
Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli*

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimo, Anna Alaimo, Cristina Alessi, Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Gian Guido Balandi, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Lorenzo Bordogna, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Piera Campanella,
Maria Teresa Carinci, Michele Castellano, Pasquale Roberto Chieco, Luigi de Angelis,
Alfonsina De Felice, Gisella De Simone, Antonio Di Stasi, Marco Esposito, Francesco Fabbri,
Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Ginevra Galli, Alessandro Garilli,
Domenico Garofalo, Stefano Giubboni, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Renato Greco,
Daniela Izzì, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese, Antonio Lo Faro, Piera Loi,
Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini, Gabriella Nicosia, Roberta Nunin,
Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci, Adalberto Perulli, Alberto Piccinini,
Valeria Piccone, Carla Ponterio, Federico Maria Putaturo, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria, Patrizia Tullini,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Filippo Aiello, Stefano Cairolì, Guido Canestri,
Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Michele Faioli, Lorenzo Fassina, Antonio Federici, Lorenzo Giasanti,
Maria Giovanna Greco, Alberto Lepore, Antonio Loffredo, Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli,
Alessandra Raffi, Enrico Raimondi, Rocco Reina, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



EDIESSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 54.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di refereggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» è pubblicato in:
www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

La *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* partecipa alla *International Association of Labour Law Journals* (www.labourlawjournals.com).

Proprietario ed editore

Ediesse Srl

Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma

www.ediesseonline.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma
n. 3848/1954

Sito web della rivista

www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione

Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma

Tel. 345 7011231 - 340 8337997

E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Ufficio abbonamenti

Tel. 06 44888229

E-mail: abbonamenti@futura.cgil.it

Tariffe di abbonamento

Ordinario 130,00 euro; estero 260,00 euro

- L'abbonamento dà diritto all'accesso gratuito al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*.
- Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.

Singolo fascicolo: 38,00 euro

Arretrati: 76,00 euro

Distribuzione in libreria

MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE

NEL MESE DI DICEMBRE 2020

Egregio Abbonato,

ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne a essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla nostra attività.

La informiamo inoltre che Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati od opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione del suddetto decreto legislativo.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

<i>Andrea Lassandari</i> Ricordo di Luigi Mariucci	XI
IL TEMA	
Pensioni	
<i>Pensions</i>	
<i>A cura di Domenico Garofalo e Simonetta Renga</i>	
<i>Domenico Garofalo, Simonetta Renga</i> Prologo al tema pensioni <i>Introduction to the debate on pensions</i>	583
<i>Edoardo Ales</i> Il sistema pensionistico a 25 anni dalla riforma <i>The pension system 25 years after the reform</i>	593
<i>Paola Giacomello</i> La sostenibilità del sistema pensionistico in una realtà demografica insostenibile <i>The sustainability of the pension system in an unsustainable demographic reality</i>	615
<i>Antonella Occhino</i> Le pensioni anticipate (ammortizzatori sociali <i>vs</i> invecchiamento attivo) <i>The pre-term pensions (Unemployment benefits vs Active ageing)</i>	628
<i>Olivia Bonardi</i> Pensioni e lavoro marginale <i>Casual work and pension schemes</i>	643

Riccardo Vianello

L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale
ed economica della prestazione previdenziale

*The concept of «adequate means» as an ethical-social and economic
unit of measurement of the social security benefits* 661

Valeria Fili

Gli strumenti di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue

Rescue tools of the right to a pension for discontinuous careers 685

Domenico Garofalo

Il trattamento pensionistico del personale in regime di diritto pubblico

The pension system of workers under Public Law 703

SAGGI

Maura Ranieri

Strumenti di contrasto alle mafie e diritto del lavoro:
una proposta classificatoria

Labour law and tools of contrast to mafias: a classifying proposal 711

NOTE E COMMENTI

Valerio Speciale

La giurisprudenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti

Decisions of the Constitutional Court on open ended graded security contract 733

Mariagrazia Lombardi

Il Ccnl tra Assodelivery e Ugl sui *riders*: una «storia infinita»,
fra questioni contrattuali e disciplina legale

*The Collective agreement between Assodelivery and Ugl on riders:
a «neverending story», between contractual issues and legal regulation* 757

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO E INTERNAZIONALE

Bruno Veneziani

I giudici di Lussemburgo e le formule «magiche» del diritto.

A proposito del caso *Epsu*

The Epsu case: the Court and the juridical «magical» formulas 773

PARTE II GIURISPRUDENZA

IL CASO

Simone D'Ascola

Sulle prestazioni di natalità discriminatorie la Consulta
interroga la Corte di Giustizia

(Corte costituzionale, 30.7.2020, n. 182, ord.,

Cassazione, 17.6.2019, n. 16163, ord.,

Cassazione, 17.6.2019, n. 16164, ord.)

545

RAPPORTO DI LAVORO

Lucia Valente

Per la Corte di Giustizia tra il licenziamento illegittimo
e la reintegrazione matura il diritto alle ferie

(Corte di Giustizia, 25.6.2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19)

563

Francesco Rizzi

Il caso *N.H.* I rimedi del diritto agli atti linguistici
di discriminazione e la libertà di fare cose con le parole

(Corte di Giustizia, 23.4.2020, C-507/18, *Grande Camera*)

575

Milena Anna Impicciatore

Il trasferimento dell'azienda in crisi:
la Cassazione pone fine a ogni dubbio?

(Cassazione, 1.6.2020, n. 10415

Cassazione, 1.6.2020, n. 10414)

589

Giuseppe Cannati

La validità del patto individuale che prolunghi
la durata della prova stabilita dal contratto collettivo

(Cassazione, 26.5.2020, n. 9789, ord.)

601

Nicolò Bertotto, Luciano Brozzetti

L'insussistenza del fatto disciplinare non contestato:
profili di tutela applicabile

(Cassazione, 24.2.2020, n. 4879)

606

Flavia Schiavetti

Brevi note in tema di decadenza nell'impugnazione
del distacco infragruppo illegittimo

(Corte d'Appello Roma, 28.4.2020)

618

Michelangelo Salvagni

Jobs act e licenziamento per g.m.o.: obblighi formativi,
repêchage e quantificazione dell'indennizzo in funzione dissuasiva

(Tribunale Lecce, 19.6.2020)

623

Marco Peruzzi

La giusta retribuzione verso la stella polare dei contratti *leader*

(Tribunale Rovigo, 16.6.2020)

629

Antonio Loffredo

Siamo uomini o multinazionali?

(Tribunale Milano, 27.5.2020, *S. misure di prevenzione, decr.*)

639

DIRITTO SINDACALE

Barbara Caponetti

Sulla nozione di contratto collettivo aziendale

(Cassazione, 28.4.2020 n. 8265, *ord.*)

651

Venera Protopapa

Comportamento antisindacale, discriminazione e onere della prova

(Cassazione, 2.1.2020, n. 1)

654

Serena Zitti

Attività sindacale del militare e vincolo gerarchico

(Consiglio di Stato, 18.5.2020, n. 3165, *S. II*)

667

CONTROVERSIE DI LAVORO

Marco Tufo

L'immunità giurisdizionale delle basi militari Usa in Italia
in materia di condotta antisindacale

(Corte d'Appello Venezia, 10.10.2019)

673

Dario Calderara

È davvero necessaria la firma digitale per impugnare
un licenziamento a mezzo Pec?

(Tribunale Monza, 29.1.2020, ord.)

678

SICUREZZA SOCIALE

Celeste Pesce

Coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale e vantaggi sociali

(Corte di Giustizia, 2.4.2020, C-802/18)

Corte di Giustizia, 18.12.2019, C-447/18)

685

Marcello D'Aponte

Riconoscimento del danno differenziale e azione di regresso Inail:
al datore l'onere di provare l'adempimento degli obblighi di sicurezza

(Cassazione, 19.6.2020, n. 12041)

698

OSSERVATORI ONLINE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di Roberta Nunin

Periodo aprile-settembre 2020

Roberta Nunin

102

LAVORO PUBBLICO

a cura di Paola Saracini

Periodo maggio-novembre 2020

Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli

112

PREVIDENZA SOCIALE

a cura di Antonino Sgroi

Periodo ottobre 2019 - ottobre 2020

Corte costituzionale e Corte di Cassazione

Antonino Sgroi

122

Errata corrige

Si avvisano i lettori che gli Autori dell'*Osservatorio di Contrattazione collettiva* uscito online con il n. 3/2020 della *Rivista* sono STEFANO CAIROLI e ROBERTA RAINONE, non Giovanna De Nardo ed Emanuela Guarella come erroneamente indicato nel sommario stampato. La Redazione se ne scusa con gli Autori e con i lettori.

Care/i abbonate/i della *Rivista giuridica*,

In questi ultimi mesi abbiamo riflettuto attentamente su come, grazie anche alle nuove tecnologie rese disponibili per il lavoro editoriale, fosse possibile rispondere meglio alle vostre aspettative ed esigenze crescenti, rendendovi un servizio caratterizzato da maggiore immediatezza e completezza nell'informarvi su ciò che accade nel mondo del diritto del lavoro, della previdenza e della sicurezza sociale.

È nata così l'idea di procedere, a partire dal 2021, a una riorganizzazione della nostra produzione editoriale, attraverso la nascita di una newsletter di cadenza mensile, con la quale informare le abbonate e gli abbonati della pubblicazione di sentenze emanate dalle Corti superiori e dalle Corti di merito – supportandole con note di diversa dimensione e spessore, a seconda del loro rilievo – nonché delle più interessanti pronunce delle Autorità garanti e delle principali novità legislative nella nostra materia.

L'uscita di questa Newsletter, con la sua cadenza mensile, assorbirà di fatto la funzione informativa assolta in questi anni dalla rivista *RglNews*, la quale, di conseguenza, non verrà più pubblicata come rivista autonoma, e cesserà la sua esistenza (fatto salvo ovviamente l'archivio) con il n. 5/6 del 2020. Parimenti, la Newsletter assorbirà, ma solo parzialmente, l'informazione giurisprudenziale sviluppata nella Parte II di *Rgl*, la quale, invece, nel suo formato cartaceo trimestrale (pubblicato anche online, come pdf), conserverà le note a sentenza più ampie e importanti.

Nella Newsletter mensile verrà comunque inserita una rubrica, intitolata *Approfondimenti*, nella quale saranno collocati i più brevi contributi di giovani studiosi che, essendo soggetti a referaggio, e inseriti in una prestigiosa rivista collocata, ai fini accademici, nella c.d. Fascia A, avranno il crisma dell'ufficialità.

Guardando al futuro, riteniamo che questa riorganizzazione possa arrecare a voi tutti, qualunque professione facciate, il vantaggio di una informazione più sollecita circa le novità che sopravvengono nel mondo del diritto del lavoro, della previdenza e della sicurezza sociale, superando così alcuni disservizi del passato.

A questo riguardo, siamo consapevoli dei ritardi nell'uscita e nella spedizione sia dei fascicoli trimestrali della *Rivista giuridica del lavoro* sia di quelli bimestrali di *RglNews* che hanno connotato il 2020. A nostra giustificazione possiamo rimarcare come la vicenda pandemica abbia rallentato in modo significativo il nostro lavoro redazionale ed editoriale, e che a essa si è aggiunta la profonda trasformazione che ha interessato in questi mesi gli aspetti societari della nostra Casa editrice, la quale ha egualmente, e inevitabilmente, causato rallentamenti nella lavorazione dei nostri prodotti.

Ci scusiamo, in ogni caso, per tutto ciò. Il nostro impegno è stato di recuperare, nella seconda metà dell'anno, il ritmo di pubblicazione delle nostre due riviste, in modo da rimetterci «a regime» con la tempistica dovuta; cosa che dovrebbe avvenire per fine anno. Ma soprattutto si è tradotto nella ricerca di un miglioramento del servizio offerto, attraverso il progetto di riorganizzazione che vi abbiamo descritto.

Auspicio vivamente che tale progetto possa soddisfarvi tutti, rafforzando il legame fiduciario, ma certo anche affettivo, che vi unisce alla *Rivista*, vi inviamo i nostri più cordiali saluti.

Guido Iocca, Umberto Carabelli, Sergio Vacirca

RICORDO DI LUIGI MARIUCCI

Andrea Lassandari (*)

RICORDO DI LUIGI MARIUCCI

La morte di Luigi Mariucci è stata improvvisa, imprevedibile (certo, come tutto ciò che riguarda la vita) e inaccettabile, in una epoca storica che non usa né ama frequentare l'angosciante «*memento mori*».

In questi casi non appare possibile alzare gli occhi e fissare davvero o per lungo tempo ciò che accade. Subito si cerca rifugio nel fare: tristi adempimenti; relazioni sociali; nel caso di una figura rilevante come la Sua la difficile composizione di un ricordo.

Luigi Mariucci apparteneva a una generazione successiva ai fondatori di una scuola, della cui esistenza lui per primo in verità dubitava. La mia generazione segue, a una distanza di tempo grosso modo comparabile.

Mi univano però a lui una consuetudine e vicinanza particolari. Uno dei pochissimi, tra i maestri bolognesi, cui davo del tu – di più direi, visto che anche io lo chiamavo Gigi –; con cui sentivo comunque piena libertà di esprimermi: anche molto ruvidamente, come lui poteva fare e però senz'altro accettava anche facessi o in generale si facesse.

Forse perché l'ho frequentato soprattutto quando il mio percorso di maturazione scientifica era oramai piuttosto avanzato. O perché non c'è mai stata alcuna connessione tra reciproca conoscenza e carriera accademica, con le fatiche e gli strascichi che ciò non di rado può portare con sé.

Sicuramente però perché c'era un comune sentire: un annusarsi e riconoscersi, direi. Parlo della condivisione di valori innanzitutto, e poi anche di interessi; di stima e rispetto personali; di un convergente galateo di comportamenti, in viaggio, a tavola, mentre si conversava. Pur dando conto di scelte ed esperienze personali nonché tratti caratteriali talora molto diversi.

Si tratta allora per me di provare a presentare un Maestro del diritto del lavoro, cui in ogni caso devo molto, e nel contempo, per certi aspetti, un Amico, pur con qualche anno in più, che pertanto non faceva parte della ristretta cer-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna, sede di Ravenna.

chia di persone con cui si è costantemente in contatto, ma che sentivo tale. Un compito che non sono affatto sicuro di saper svolgere.

Gigi Mariucci era un intellettuale poliedrico. Nella sua vicenda risulta però dominante l'impegno civile e politico, con una peculiarissima combinazione di radicalità e riformismo. Entrambi filtravano dietro gli atteggiamenti e approcci, così come i contenuti delle battaglie di idee.

Nella sua formazione credo abbia avuto un ruolo molto importante il padre Ado, docente di filosofia a Forlì e fervente Repubblicano, come accadeva in quelle terre, cui Gigi dedicherà dopo la morte uno splendido ricordo pubblico, ancora oggi ben in mente a chi vi ha assistito.

Il profilo della laicità emerge così da subito in modo molto pronunciato, senza mai essere abbandonato. Ciò vale anche quanto alla passione per la politica, che resta ferma in momenti storici e anagrafici nonché contesti molto diversi, conducendolo a transitare attraverso le esperienze del Partito repubblicano, giovanissimo; quindi di Lotta continua, dal sorgere allo scioglimento; poi, dopo la «svolta della Bolognina», del Pds, dei Ds, del Pd; da ultimo di Leu.

Gigi Mariucci invece non è mai stato iscritto al Pci, per dichiarata e precisa scelta.

Negli anni novanta, Mariucci è stato d'altra parte consigliere regionale dell'Emilia-Romagna, ricoprendo, per larga parte del decennio, la carica di assessore regionale agli affari istituzionali. Con un ruolo molto rilevante, nella fase finale, al livello locale ma con forti connessioni e impatti in tutto il paese, poiché era coordinatore per la materia degli affari istituzionali della Conferenza dei presidenti di Regione, nella configurazione delle riforme che conducono alla «devoluzione» di compiti dallo Stato alle Regioni nonché agli Enti locali.

Parallelamente, Gigi ha sempre frequentato anche il sindacato dei lavoratori, e in particolare la Cgil.

Dall'attività di consulenza e assistenza prestata ai lavoratori presso la Fiom-Cgil di Bologna, negli anni ottanta, alla presenza nella Consulta giuridica nazionale della Cgil per un lungo intervallo, a cavallo tra anni ottanta e novanta. Mentre in più occasioni, da ultimo, credo che diversi segretari generali della confederazione lo abbiano informalmente consultato su questioni specifiche e spinose: ad esempio – non costituisce fatto noto ma ho questo sospetto –, sulla sottoscrizione dell'Accordo del giugno 2012; forse a proposito dello stesso Testo Unico del gennaio 2014.

Proprio in connessione a queste relazioni ho avuto personale occasione di incrociarlo ripetutamente, negli ultimi venti anni, anche in termini dialettici. E mi sento di aggiungere un altro tratto, caratterizzante il suo approccio.

Gigi era sempre disponibile e lieto di dare un contributo. Ma ciò non faceva in alcun modo venir meno la manifestazione di un giudizio critico, anche con-

tro opinioni dominanti, anche contro indirizzi su cui magari faticosamente convergeva l'intera organizzazione, se questo era il suo sentire.

Così è andata per la Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil, il cui impianto fondamentale non ha condiviso. Allo stesso modo, è stata molto netta la sua critica recente, espressa in pubblico e in privato, contro le evidenti e forti titubanze (eufemisticamente) emerse anche in Cgil a proposito del salario minimo legale.

Quanto all'importante percorso accademico, che lo ha visto transitare nelle Università di Urbino/Ancona, della Calabria, quindi soprattutto di Venezia «Cà-Foscari» e solo per un brevissimo intervallo intermedio nell'Università di Bologna, presso la Facoltà di Scienze politiche, cosa di cui credo abbia sempre avuto rimpianto, mi limito qui a ricordare alcuni aspetti essenziali.

Mariucci ha scritto, accanto a numerosi saggi, importanti monografie su *Il lavoro decentrato* (1979), *La contrattazione collettiva* (1985) e *Le fonti del diritto del lavoro* (1988, ripubblicato in versione aggiornata nel 2003). Cui però occorre anche aggiungere *La riforma federalista* (1998).

Con riferimento tuttavia non necessariamente alle sue opere principali, ma a quelle che, nel corso dei miei personali itinerari, ho incontrato e hanno avuto importante ruolo per la mia formazione, mi piace citare, accanto al lavoro monografico sulla contrattazione collettiva *Collocamento e tutela del contraente debole* (1974); *I licenziamenti impossibili* (1979); *Federalismo e diritti del lavoro* (2001); il volume *Dopo la flessibilità, cosa?* (2006), da lui curato; *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in occasione del convegno che ha celebrato i trenta anni di *Lavoro e diritto* (2016), rivista di cui è stato uno dei fondatori, direttori, insieme a Guido Balandi e Umberto Romagnoli, e grande animatore.

Proprio nei giorni in cui si teneva questo convegno, esattamente quattro anni addietro, passammo a cena una splendida serata. Presenti anche Antonio Baylos e Joaquin Aparicio Tovar, dell'Università di Castilla-La Mancha, amici e sodali di Gigi da decenni, anche perché impegnati, assieme sempre a Guido Balandi e sotto il coordinamento di Umberto Romagnoli, in una straordinaria operazione formativa sul diritto del lavoro, che ha coinvolto e continua a coinvolgere centinaia di partecipanti dell'intero Sud America.

Questo avveniva pochi mesi prima che fosse messa a durissima prova la sua salute; che poi oggi non ha retto, nonostante una lunga e penosa resistenza, l'aggressione del Covid.

La relazione che Gigi presentò al convegno è appunto l'ultima, elevata, impegnata e lucida testimonianza di un punto di vista per lui irrinunciabile. Il quale era semplicemente antitetico a quello proposto dal *Jobs Act*.

Ricordo, per inciso, ripensando ad alcuni suoi interventi pubblici, come Mariucci quasi fissasse incredulo la nuova disciplina sanzionatoria sui licenzia-

menti. Per poi rassegnarsi, e però in conseguenza coerentemente abbandonare il partito presso cui pure aveva lungamente militato.

Luigi ha difeso fino alla fine dei suoi giorni un disegno piuttosto preciso, nei tratti fondamentali, del diritto del lavoro. Che non era in questo caso radicale, il diritto del lavoro costituendo anzi per lui una fondamentale espressione del proprio approccio più squisitamente riformistico.

In questo disegno non c'era però spazio per le prevaricazioni, a partire da quelle realizzate e realizzabili nei luoghi di lavoro; in nome della libertà, ritengo, prima ancora che dell'uguaglianza di tutti i cittadini. Si continuava ad attribuire centralità, innanzitutto politica, al lavoro, e assicurava adeguata attenzione ai bisogni dei prestatori, senza tuttavia mai sconfinare in forme di paternalismo. C'era soprattutto la continua ricerca del migliore equilibrio tra interessi dei lavoratori e delle imprese, che lui pure conosceva assai bene, avendo operato per anni come amministratore nella pragmatica Emilia-Romagna.

Proprio mentre il mondo sta forse dando segno, pur ancora molto timido, di qualche rinsavimento, dopo l'ubriacatura ideologica successiva alla caduta del muro di Berlino, come spesso accade nel pendolo della storia, Mariucci è stato strappato alla vita.

Requiescas in pace caro Gigi: maestro, amico, compagno!

Bologna, 18 dicembre 2020

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

PENSIONI

Domenico Garofalo, Simonetta Renga ()*

PROLOGO AL TEMA PENSIONI (**)

SOMMARIO: 1. Scatole cinesi. — 2. Il *totem* dei livelli di tutela.

1. — *Scatole cinesi* — Le condizioni che hanno determinato, nell'arco di diversi anni, la crisi del sistema pensionistico sono a tutti note: andamento demografico, caratterizzato da un calo di natalità e dall'allungamento della speranza di vita; instabilità nei tassi di crescita nazionali; domanda di flessibilità da parte delle imprese, con conseguente diversificazione delle forme di lavoro e diffusione dei nuovi lavori, caratterizzati da discontinuità dell'attività lavorativa. A esse possono aggiungersi i fattori, diversi ma connessi, della globalizzazione dell'economia e dunque dell'accresciuta concorrenza internazionale e della deindustrializzazione. Infine, l'incognita Covid-19: il coronavirus ha scatenato una crisi globale intensa e repentina, il cui impatto economico-sociale è imprevedibile. Non conosciamo affatto l'evento scatenante, né come si comporterà nel tempo e siamo di fronte a uno *shock* esterno al sistema economico-produttivo.

In questo quadro, il «convitato di pietra» è stato l'Unione europea, afflitta dalla inesistenza di una dimensione sociale e dalla asfissiante presenza del *Fiscal compact* (nonché del *Six-pack* e del *Two-pack*). Anche il Pilastro europeo, che sostanzialmente riassume l'*acquis social* dell'Ue in materia, non contiene spunti rassicuranti in tema di diritti sociali. La stessa Raccomandazione dell'8.11.2019, che segue il Pilastro Ue, sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi, è una misura debole in relazione alle trasformazioni del lavoro e influenzata dai limiti posti dall'articolo 153, paragrafo 4, TfUe alle competenze dell'Unione.

I tentativi di arginare la crisi di sostenibilità del sistema sono stati, nel tem-

(*) Rispettivamente, professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro» e professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Ferrara.

(**) Il paragrafo 1 è attribuito a Simonetta Renga; il par. 2 è attribuito a Domenico Garofalo.

po, numerosi. Già tra il 1978 e il 1992, si fecero diverse prove di riforma delle pensioni, nessuna delle quali andò a buon fine. Solo nel 1992, come sappiamo, iniziò un'ampia manovra d'innovazione normativa, culminata nella riforma pensionistica del 1995. In particolare, la l. n. 421/1992 e il d.lgs. n. 503/1992 si proposero la riduzione della spesa pensionistica, tramite: l'ampliamento della base di calcolo della retribuzione utile ai fini della determinazione dell'importo della pensione; l'elevazione dell'età pensionabile; l'inasprimento del requisito assicurativo minimo per la pensione di vecchiaia; la previsione di un'età minima per l'accesso alla pensione di anzianità; il riavvicinamento della disciplina pensionistica pubblica a quella dei dipendenti privati. Sebbene queste disposizioni abbattessero due tabù, ovvero la modificabilità *in peius* del sistema pensionistico e l'omogeneizzazione dei trattamenti pubblici e privati, la spesa pensionistica restava ancora fuori controllo, anche grazie al lungo periodo transitorio di entrata a regime delle nuove disposizioni.

Questo è lo sfondo della riforma pensionistica operata dalla l. n. 335/1995. Gli scopi principali della legge del 1995 erano quelli di raggiungere l'equilibrio finanziario dinamico del sistema e di armonizzare i vari regimi previdenziali. Le modifiche introdotte da tale legge furono in un certo senso epocali: sostituzione del sistema retributivo di calcolo delle pensioni, basato sulla retribuzione percepita, con quello contributivo, basato sui contributi versati nel corso degli anni; previsione di un accesso flessibile al pensionamento; introduzione di una disciplina più rigorosa della pensione di anzianità, in attesa della sua scomparsa per assorbimento nella disciplina della pensione di vecchiaia riformata; stabilizzazione della spesa pensionistica sulla base di un rapporto rigido con il prodotto interno lordo e le sue variazioni; abolizione dell'integrazione al minimo delle pensioni; armonizzazione dei vari ordinamenti pensionistici; estensione della tutela al lavoro autonomo; legittimazione della previdenza complementare come l'altro pilastro, accanto alla previdenza pubblica, del sistema italiano. Come si disse in più occasioni, la vera novità di questa riforma risiedeva, più che nella reintroduzione del sistema contributivo di calcolo, nell'ancoraggio dell'aliquota di computo delle pensioni e delle aliquote contributive al prodotto interno lordo, ovvero al reddito nazionale. Estremamente importante nel nuovo contesto fu anche lo spazio ritagliato, attraverso fra l'altro agevolazioni fiscali sui contributi a essi versati, ai fondi di pensione complementare. Il periodo transitorio pluridecennale di entrata a regime della l. n. 335/1995 ne indeboliva fortemente, tuttavia, la portata rivoluzionaria: nel nome della conservazione delle aspettative dei lavoratori più anziani, si procrastinavano gli effetti economici della riforma, mettendo a repentaglio il vincolo di solidarietà intergenerazionale.

Da quella riforma in poi, il pendolo pensionistico è oscillato in diverse direzioni.

Si è cercato di adeguare il sistema al mutato contesto sociale ed economico, attraverso il progressivo innalzamento dell'età pensionabile, da un lato, e di spostare la tutela dall'area pubblica a quella contrattuale, dall'altro (leggi n. 243/2004, n. 247/2007, n. 214/2011); fanno da contorno altri disorganici *escamotage* di riduzione della spesa, all'ombra della spada di Damocle del *Fiscal compact*. La l. n. 214/2011, di conversione del decreto legge «Salva Italia», in particolare, si propone di «rafforzare la sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico in termini di incidenza della spesa previdenziale nel prodotto interno lordo» (art. 24, c. 1).

In questi anni, il meccanismo di elasticità dell'età di pensionamento creato dalla l. n. 335/1995 viene sostituito da una età pensionabile più elevata, inizialmente diversa per uomini e donne, poi parificata, infine legata alla speranza di vita e ricalcolata biennialmente. La pensione di anzianità, dapprima differita attraverso le «finestre», viene infine abolita. Altri provvedimenti di contenimento dei costi conducono alla modifica dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo, con conseguente diminuzione dell'importo delle pensioni. Viene anche introdotto il cumulo totale tra pensioni e redditi da lavoro autonomo e subordinato: caratteristica, questa, tipica dello strumento assicurativo di tutela, che dissuade dal pensionarsi anzitempo e dal percepire redditi in nero. Gli esclusi dall'applicazione della riforma del 1995 vengono riportati nel *pro rata*, a partire dal 2012. Ancora, l'Inpdap viene soppresso e incorporato nell'Inps, con il che si porta a compimento la parificazione pubblico-privato, sebbene permangano alcune discipline particolari. Il contenimento del costo delle pensioni viene altresì perseguito attraverso l'introduzione di contributi di solidarietà sulle pensioni più alte, intervenendo sui meccanismi di perequazione automatica, o anche per il tramite dell'incremento del costo della ricongiunzione dei periodi assicurativi frazionati in diversi regimi.

Il sistema che ne viene fuori può non risultare equo, oltre che dal punto di vista intergenerazionale a causa dei vari periodi transitori di applicazione, anche e soprattutto, una volta a regime, per il ricalcolo biennale costante del coefficiente di trasformazione, rispetto al Pil, alla speranza di vita e all'andamento demografico: il lavoratore resterà nel dubbio sino a epoca prossima al pensionamento sul tasso di sostituzione sul quale contare e la stessa adeguatezza della prestazione potrà essere a rischio. Anche la previsione di un'età pensionabile biennialmente riconsiderata sulla base della speranza media di vita può risultare problematica in termini di equità complessiva, soprattutto se l'obiettivo è quello di spingere l'età pensionabile sino ai 70 anni e anche oltre: a essa sono connesse le molteplici deroghe all'età pensionabile, introdotte per mitigare il rigore del sistema, come le pensioni di vecchiaia anticipate, quota 100 (l. n. 26/2019), opzione donna, l'Ape sociale, gli esodati, i «salvaguardati», o infine il blocco de-

gli adeguamenti correlati alle variazioni della speranza di vita per la pensione di vecchiaia anticipata (l. n. 26/2019). Ma la scommessa più grande riguarda i nuovi lavori: la struttura del sistema pensionistico attuale – sebbene esso proponga un meccanismo di calcolo uniforme per tutti i lavoratori, volto a garantire a ciascuno una prestazione in linea di massima proporzionale ai contributi versati, all'età di pensionamento e alla speranza di vita – mal si attaglia alle caratteristiche del lavoro precario.

In questo quadro, con la prospettiva di dare un contributo al dibattito in tema di pensioni, ci è parso, dunque, interessante, partendo dalla evoluzione compiuta dal sistema negli ultimi 25 anni e da un'analisi del livello di sostenibilità attuale dell'universo pensionistico, indagare sui nodi cruciali, per certi versi anche risalenti, che il legislatore si troverà a sciogliere in un futuro così prossimo che potrebbe già essere passato, ovvero: tasso di risposta della tutela pensionistica ai nuovi lavori; strumenti di salvataggio del diritto a pensione per i lavoratori discontinui; concetto di prestazione adeguata; integrazione delle politiche pensionistiche e di quelle del lavoro attraverso i pensionamenti anticipati; infine, i problemi, ancora attuali, delle tutele pensionistiche non armonizzate, viste dalla finestra dei lavoratori pubblici non contrattualizzati.

Come in un gioco di scatole cinesi, le chiavi di lettura date, nel pregevole lavoro dei nostri colleghi, si sono moltiplicate, aprendo nuovi interrogativi.

Talché, dalla intelligente panoramica di Ales sull'evoluzione delle pensioni negli ultimi 25 anni, emergono i temi controversi dei molteplici meccanismi di rivalutazione del trattamento pensionistico, dello strumento (politico-economico ma anche demagogico) dell'età pensionabile, del coinvolgimento nelle decisioni delle parti sociali, del ruolo dell'Unione europea, della distribuzione interna della spesa sociale, dei limiti posti dal principio di condizionalità, dell'argine rappresentato dal concetto di prestazione adeguata, della sostenibilità economica connaturata a prestazioni «solo parzialmente contributive», della cumulabilità pensione-retribuzione.

Mentre l'analisi tecnica di sostenibilità del sistema alla luce della realtà demografica, impeccabilmente condotta da Giacomello, al di là della importante incognita Covid-19, fa emergere tutte le difficoltà connaturate alla probabile futura diminuzione della popolazione attiva e all'aumento della fetta di popolazione anziana, considerata la crescita abbastanza lineare della speranza di vita a 65 anni, una possibile reazione sembra delinearsi, in questo quadro, nella scelta, politica, di incrementare i tassi di occupazione di giovani, donne e *over 55*.

La sfida più importante del sistema pensionistico degli anni a venire resta, comunque, quella della capacità del meccanismo assicurativo di includere e proteggere i lavoratori non standard, dimenticati sia dalla normativa

dell'Unione in tema di parità che dal legislatore della riforma pensionistica: tema oggetto di rigorosa analisi da parte di Bonardi. Il crescente frazionamento delle carriere lavorative, già in sé connesso alla riduzione del tempo e dell'ammontare della contribuzione versata, mal si concilia con le caratteristiche strutturali del sistema pensionistico attuale, siano esse i minimali contributivi, l'anzianità contributiva o le soglie economiche richieste per accedere alle prestazioni, l'inesistenza di una integrazione al minimo della pensione, o le carenze degli strumenti di sostegno della posizione contributiva in relazione al tempo non lavorato o non riconosciuto tale.

In un contesto di lavori precari e discontinui e nell'ambito di un sistema pensionistico tuttora molto articolato, diventa cruciale l'utilizzo dei meccanismi di sostegno della posizione contributiva, soprattutto in relazione al tempo non lavorato, come lucidamente mette in rilievo Filì. In questa area ci sono margini di possibile miglioramento, atteso che la fotografia della disciplina restituisce un sistema farraginoso e con diversi vuoti di tutela, che penalizzano in maniera pesante proprio i nuovi lavori.

La madre di tutti i nodi problematici del sistema pensionistico delineato dall'art. 38 della Costituzione resta, comunque, il concetto di prestazione adeguata, soprattutto con riferimento alla pensione contributiva, come sapientemente sottolinea Vianello. Interessante è, dunque, il recente disegno di legge sulla pensione di garanzia, che andrebbe a riempire lo spazio lasciato vuoto dall'integrazione al minimo. Al di là di ciò, la puntuale analisi del concetto di adeguatezza che ci viene offerta conduce alla consapevolezza che, a fronte del sistema contributivo, le ricostruzioni del concetto di adeguatezza vadano ripensate e forse aggiornate.

Altrettanto fondamentale, in uno scenario di decrescita della natalità, allungamento delle aspettative di vita e crescita dei tassi di disoccupazione, è l'anello di congiunzione fra sistema pensionistico e politiche dell'impiego, rappresentato dalle pensioni anticipate. L'esauriente analisi di Occhino – che svela i molteplici meccanismi di pensionamento anticipato e si interroga sulla loro sostenibilità, anche costituzionale – mostra la percorribilità di strade di *active ageing*, pure in una prospettiva di scambio intergenerazionale di competenze, e la necessità di reintrodurre elementi di flessibilità nell'età pensionabile.

La salute del sistema pensionistico si desume, infine, anche dal suo grado di armonizzazione, come è messo saggiamente in rilievo da Garofalo, al quale abbiamo affidato la descrizione di uno dei settori in posizione di specialità, ovvero i dipendenti pubblici non contrattualizzati. Proprio dalla principale differenziazione sul requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia, caratteristica di questi regimi speciali, potrebbe partire il ripensamento del requisito al verificarsi del quale una persona esce dal mercato del lavoro.

2. — *Il totem dei livelli di tutela* — La crisi del sistema pensionistico, ben illustrata da Simonetta Renga nelle sue varie sfaccettature, e la «matrioska» interpretativa sul tema delle pensioni, che emerge dai contributi qui raccolti, impongono di ricorrere a una locuzione forse troppo abusata a livello dogmatico dall'accademia lavoristica, e cioè un indispensabile «cambio di paradigma» nella lettura dell'atavico conflitto giuridico e ideologico tra previdenza e assistenza, tra modello assicurativo e *welfare*, specie in considerazione del fatto che entrambe traggono il proprio «ossigeno» da imprescindibili vincoli di bilancio.

La metafora della «coperta corta» è anch'essa ricorrente nella rappresentazione ideale del rapporto tra risorse economiche, rischio e bisogno, ma il dato certo è rappresentato dall'amara presa d'atto che sicuramente una categoria, un gruppo sociale, una classe di persone potrebbe non beneficiare di tutele adeguate (Vianello), ad esempio a causa di carriere lavorative discontinue (Bonardi) o comunque contributivamente fragili (Fili), ovvero della scarsità di risorse disponibili, con politiche distributive che rischiano di creare circoli viziosi (Ales).

Dando per acquisita l'impossibilità di accedere a politiche di *deficit spending*, alla luce dei vincoli costituzionali ed europei in materia, il dato incontestabile è quello di ricercare la migliore allocazione delle (scarse) risorse disponibili: profilo complesso da affrontare e latente nell'attuale dibattito scientifico, a sua volta interconnesso con l'incognita demografica (Giacomello).

Ulteriore elemento che si ritiene opportuno evidenziare è lo stretto rapporto tra il più ampio concetto di sicurezza sociale e il bisogno a essa sotteso, sovente presunto e non oggetto di accertamento, finendo con l'alleviare condizioni che, comparativamente, potrebbero non rendere necessaria la distribuzione di risorse pubbliche.

Con il calcolato rischio di apparire impopolare, se non «giuridicamente eretico», un esempio può giovare a rendere meglio il concetto.

Nel caso di prestazioni temporanee, su tutte quella a tutela della malattia, l'evento morboso certificato dal competente organo sanitario determina automaticamente l'impossibilità della prestazione lavorativa, senza che si faccia alcuna distinzione tra eventi morbosi e prestazioni lavorative esigibili, non valorizzando adeguatamente – se non proprio obliterando – la nozione di malattia indennizzabile, individuata dal Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. n. 3/1957) nell'evento morboso che renda impossibile la prestazione lavorativa.

In sostanza, non è la malattia *tout court*, ma solo quella che incide sulla capacità lavorativa a essere tutelata sotto il profilo della sicurezza sociale, per cui non può ragionevolmente escludersi che una valutazione caso per caso – lonta-

na anni luce dai certificati di malattia redatti in base a «visite telefoniche» – possa condurre a escludere l'evento tutelato nella maggior parte dei casi, con un risparmio di risorse allocabili altrove.

A tale ragionamento non sfugge neanche la tutela in caso di disoccupazione, completamente disancorata dalle condizioni reddituali dell'assicurato e dalla valutazione delle relative cause, attualmente ricondotta alla semplice perdita dell'occupazione su iniziativa del datore di lavoro, per non parlare delle modalità di funzionamento del meccanismo della condizionalità, a sua volta espressione dell'ideale di giustizia distributiva, come rammenta Ales.

In sintesi, la combinazione delle condizioni reddituali dell'assicurato, unitamente alle cause della disoccupazione e alla verifica della reale proattività del disoccupato, potrebbero condurre a una negazione o riduzione della tutela, ove l'evento protetto non dovesse sussistere o essere diversamente valutabile.

Il dogma del bisogno presunto opera anche con riferimento all'evento Ivs – qui oggetto di riflessione –, in relazione al quale l'erogazione del trattamento pensionistico (salva l'ipotesi relativa ai superstiti) avviene sulla base della presunzione di perdita della capacità lavorativa, alterando il criterio di ragionevolezza, senza alcuna valutazione della sostenibilità dell'attività lavorativa da parte del soggetto che ha superato una certa soglia anagrafica.

Anche in questo caso si imporrebbe un diverso approccio al fenomeno, che valorizzi una situazione di bisogno accertata e non presunta.

Come si evidenzierà meglio nel contributo riservato ai profili pensionistici dei lavoratori in regime di diritto pubblico (*infra*), la gran parte del personale appartenente al comparto Sicurezza e Difesa gode di requisiti anagrafici per la pensione di vecchiaia più favorevoli rispetto agli altri lavoratori sia pubblici, sia privati, in virtù della cd. specificità, riconosciuta dall'art. 19, l. n. 183/2010. La mancata adozione del regolamento di armonizzazione dei requisiti di accesso al sistema pensionistico, prevista dall'art. 24, c. 18, d.l. n. 201/2011, ha cristallizzato criteri che apparentemente sembrano avvantaggiare i lavoratori del settore, ma che a un'attenta valutazione potrebbero paradossalmente danneggiarli, in ragione del calcolo pensionistico su base contributiva e specie nei confronti di chi è stato assunto tardivamente.

La presunzione di congruità del requisito anagrafico (ovvero l'incapacità presunta di poter proseguire l'attività) per costoro, riconducibile alla natura particolarmente usurante del servizio operativo e ai notevoli rischi *quoad vitam* dell'attività espletata, conduce alla pensione numerosi carabinieri, finanzieri, poliziotti e poliziotti penitenziari ancora in grado di servire adeguatamente il paese, per cui non sarebbe peregrina l'idea di rimettere in carreggiata il regolamento di armonizzazione, giungendo all'elevazione dell'età anagrafica anche per i lavoratori del comparto Sicurezza e Difesa, ovvero (ad esempio) prevedere

la possibilità di prosecuzione volontaria dell'attività lavorativa entro i medesimi limiti di età stabiliti per tutti gli altri lavoratori, magari con accertamenti periodici dell'idoneità, ovvero consentendone il passaggio ad altra amministrazione.

L'adozione di queste possibili soluzioni, per un numero assolutamente non irrilevante di dipendenti, consentirebbe di migliorare il profilo gestionale delle risorse disponibili, vero e proprio *punctum dolens* del tema pensionistico, orientando il sistema di sicurezza sociale verso politiche di invecchiamento attivo che riguardino tutti i lavoratori senza alcuna esclusione (Occhino), così da evitare che i lavoratori anziani siano percepiti come zavorra e non come risorsa.

Riguardati nel loro insieme, i vari meccanismi di accesso ai trattamenti pensionistici prevedono una soglia anagrafica di quiescenza che va dai 57 anni dell'opzione donna agli attuali 67 anni della pensione di vecchiaia con requisiti standard, spalmando su un arco temporale decennale l'accesso alla pensione, affidato esclusivamente al requisito anagrafico, fermo restando quello contributivo, senza alcuna differenziazione tra soggetto e soggetto.

Onde evitare equivoci ci si affretta a precisare che non si vuole mettere in discussione le previsioni normative che fissano i vari requisiti anagrafico-contributivi per l'accesso alla pensione, ma sostenere che alla maturazione di tali requisiti andrebbe affiancata la verifica in concreto della perdita della capacità lavorativa, generalizzando la soluzione recentemente adottata per il reddito di cittadinanza (di seguito, Rdc), in riferimento al quale il bisogno da tutelare non è astratto, ma concreto e accertato caso per caso.

Peraltro, l'approccio non più astrattamente presuntivo ma concretamente ricognitivo del bisogno effettivo ha determinato un allontanamento dalla prestazione di tutti coloro i quali hanno valutato l'apparato sanzionatorio posto a presidio della corretta erogazione del Rdc, per cui il numero dei poveri accertati risulta di gran lunga inferiore a quello dei «poveri» presunti, con positivi effetti sulla allocazione delle risorse disponibili.

Il modello realizzato in occasione del Rdc, ma già *in nuce* nel Reddito di inserimento, potrebbe essere suscettibile di generalizzazione ad altri eventi protetti, orientando meglio le tutele del sistema di sicurezza sociale, rendendole effettive grazie alla migliore e più equa distribuzione delle risorse disponibili.

Queste considerazioni consentirebbero di abbattere il *totem* dei livelli di tutela (con allocazione indifferenziata delle scarse risorse disponibili), in modo tale da fornire all'evento protetto «mezzi adeguati alle esigenze di vita» (Vianello), eliminando alcune rendite di posizione, derivanti da un sistema di sicurezza sociale ormai insostenibile.

E veniamo ora al cambio di paradigma.

Il ragionamento innanzi sviluppato, sebbene in modo abbastanza sintetico, mette in crisi il meccanismo assicurativo quale paradigma fondante

della previdenza sociale, infettata a sua volta da una crisi esistenziale che ha già contaminato il diritto del lavoro.

In una società in cui le disuguaglianze aumentano, il modello (privatistico) assicurativo corre il rischio di costituire elemento di esasperazione delle differenze sociali ed economiche, condividendosi l'interrogativo di Maurizio Cinelli se sia giunta l'ora di abbandonare il paradigma assicurativo (1), forse distonico rispetto ai valori della solidarietà e dell'uguaglianza sostanziale, ma perfettamente coerente rispetto al valore e alla rilevanza della contribuzione versata, ai fini della individuazione non solo dell'*an*, ma anche del *quantum* della tutela.

Sul punto potrebbe sovvenire la ricostruzione giuridica della contribuzione quale «imposta speciale», riconducibile a Mattia Persiani (2), ma estremizzandone la connotazione tributaria.

Tale torsione qualificatoria imporrebbe l'eliminazione dell'aggettivo e l'utilizzazione del principio di progressività, valido in ambito fiscale, anche per l'aliquota contributiva, oggi indifferenziata a prescindere dal reddito.

Allo stato, il sistema a ripartizione fa sì che il percettore di una retribuzione di euro 1.500 al mese partecipi al pagamento di una pensione di 5.000 euro al mese con un'aliquota contributiva identica a quella versata dal pensionato nel corso della vita attiva. Quindi, l'ipotesi è quella di una piena assimilazione dell'imposizione contributiva a quella fiscale, mutuandone la progressività, seguendo il medesimo percorso che ha contraddistinto la contribuzione alla Gestione commercianti Inps (3).

In tale prospettiva è evidente come la differenza tra minimo previdenziale e assistenziale perda qualsiasi valore e significato, dovendosi ragionare di tutela minima sociale, collegata all'accertata situazione di bisogno, con uno spostamento dell'asse dal *quantum* all'*an*.

Ovviamente, il ragionamento sin qui svolto non significa prestazioni uguali per tutti, a prescindere dal reddito prodotto, non potendosi eliminare l'ancoraggio delle prestazioni previdenziali, ove dovute, al reddito prodotto.

Inoltre la valorizzazione del bisogno accertato significa negare prestazioni non dovute, in assenza dell'evento protetto, così realizzando una migliore e più equa redistribuzione delle risorse disponibili.

Quindi, abbandono del modello assicurativo, riqualificazione della contri-

(1) Cinelli 2018.

(2) Persiani 1997, 72; *contra*, Pessi (2014, 241 s.), che opta per un'autonoma categoria giuridica non riconducibile a figure preesistenti.

(3) Sulle aliquote contributive per gli esercenti attività commerciali vd. circolare Inps 13 febbraio 2019, n. 25.

buzione come «imposta» (4), eliminazione del distinguo tra tutela assistenziale e previdenziale, passaggio dal bisogno presunto a quello accertato, come a dire un radicale mutamento del paradigma del diritto della previdenza sociale. Naturalmente non mancano voci dissonanti, talvolta orientate al mantenimento della tradizionale distinzione tra previdenza e assistenza (Ales), talaltra suggerendo l'introduzione di correttivi al sistema di sicurezza sociale in funzione di riequilibrio solidaristico (Bonardi), ma ciò non può che alimentare un proficuo confronto dialettico che caratterizza da sempre la nostra comunità scientifica.

Riferimenti bibliografici

- Cinelli M. (2018), *Il novum della previdenza oggi*, in *RIDL*, I, 355 ss.
Persiani M. (1997), *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
Pessi R. (2014), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
Sandulli P. (2019), *Nuovi modelli di protezione sociale fra istanze risalenti e pretese recenti: profili di criticità e problemi di finanziamento*, in *MGL*, n. 3, 619 ss.

(4) Di tributarizzazione dell'obbligazione contributiva parla Sandulli 2019, par. 6.

Edoardo Ales (*)

IL SISTEMA PENSIONISTICO A 25 ANNI DALLA RIFORMA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I criteri di calcolo dei trattamenti pensionistici. — 3. Le condizioni di accesso alle prestazioni. — 4. L'agevolazione delle forme pensionistiche complementari. La chiusura del cerchio.

1. — *Premessa* — In un bel saggio di qualche anno fa, Alberto Avio si interrogava sulla «vecchiaia» della pensione (1), avvertendo subito il lettore che non si trattava di un refuso ma di un legittimo dubbio sulla persistente attualità di un sistema di tutela dal bisogno collegato alla vecchiaia ovvero all'ingresso in una condizione determinata dall'età anagrafica, a sua volta elemento giuridificatore di una (presunta) inabilità fisica e psichica tale da sottrarre la persona al mondo del lavoro.

D'altro canto, dall'affermazione che «la pensione è davvero importante», di gucciniana memoria (2), al saggio di Avio, sono passati 37 anni durante i quali il mondo del lavoro ha letteralmente cambiato volto. Nei sette anni che ci separano dal saggio di Avio, anche a causa della pandemia, il cambiamento ha assunto contorni ancora più marcati.

Al di là degli artifici retorici, utili a introdurre con una qualche leggerezza il lettore in un ambito da molti ritenuto estremamente arido, il problema, o meglio, i problemi giuridici sottesi alla tenuta del sistema pensionistico risultano enormi, soprattutto qualora si intenda affrontarli con gli occhi del legislatore del 1995, per capire se, in un quarto di secolo tutt'altro che quieto, le priorità allora evidenziate rimangano attuali.

Come noto (3), nella prospettiva di ridefinire il «sistema previdenziale allo scopo di garantire la tutela prevista dall'articolo 38 della Costituzione», l'art. 1

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Napoli «Parthenope».

(1) Avio 2013.

(2) Guccini, *L'avvelenata*, 1976: «Mio padre in fondo aveva anche ragione a dir che la pensione è davvero importante».

(3) Cinelli, Persiani (a cura di) 1995; Pessi (a cura di) 1995.

della l. n. 335 del 1995 individuava sei aree di intervento quali: a) i criteri di calcolo dei trattamenti pensionistici; b) le condizioni di accesso alle prestazioni; c) l'armonizzazione degli ordinamenti pensionistici; d) l'agevolazione delle forme pensionistiche complementari; e) la stabilizzazione della spesa pensionistica; f) lo sviluppo del sistema previdenziale. Se si esclude quest'ultimo, da ritenersi, piuttosto, obiettivo da raggiungere all'esito complessivamente favorevole delle azioni intraprese nelle suddette aree, per ciascuna di esse il legislatore fornisce un'indicazione precisa delle finalità, delle modalità o dei limiti dell'intervento, richiamando, rispettivamente: a1) la commisurazione delle prestazioni alla contribuzione; b1) l'affermazione del principio di flessibilità dell'età pensionabile; c1) il rispetto della pluralità degli organismi assicurativi; d1) la previsione di livelli aggiuntivi di copertura previdenziale; e1) l'aggancio all'andamento del prodotto interno lordo (Pil).

Si tratta, insomma, della quasi totalità degli elementi che compongono un sistema pensionistico, con l'assenza, piuttosto rilevante, del meccanismo di rivalutazione o perequazione della prestazione rispetto all'aumento del costo della vita (4). Un'assenza alquanto singolare per una riforma che si fonda sul sistema contributivo di calcolo della prestazione, il quale fa della corrispondenza tra ammontare della prestazione e montante contributivo il proprio punto di forza. La perequazione, di contro, richiede risorse aggiuntive rispetto alla contribuzione versata, la quale viene integralmente utilizzata per finanziare la prestazione (base), mettendo, dunque, in discussione la capacità del sistema di autofinanziarsi. D'altro canto, questa capacità è già ridotta dal ricorso al tasso annuo di capitalizzazione, attraverso il quale si rivalutano i montanti contributivi. *Rivalutazione del passato e rivalutazione del futuro* della prestazione rappresentano, quindi, due elementi di dipendenza del sistema da risorse terze anche in presenza del modello contributivo.

A meno che il sistema stesso non possa avvalersi di propri avanzi di gestione; evenienza questa che, però, deve essere esclusa a fronte di un modello di capitalizzazione solo virtuale, fondato, in realtà, su di un meccanismo di gestione a ripartizione nel quale il contributo degli attivi viene immediatamente utilizzato per soddisfare i titolari delle prestazioni in essere, coprendo, peraltro, soltanto una parte relativa dei costi delle stesse. Un sistema come questo non solo non può contare su avanzi di gestione, ma neppure può crearne, data l'impossibilità di investire sui mercati finanziari contributi che, appunto, non entrano mai nella disponibilità effettiva dell'ente gestore.

Tutto ciò a sottolineare che neppure al modello a capitalizzazione è struttu-

(4) Sul tema, vd. Garofalo 2015.

ralmente estranea una certa dose di solidarietà generale (5) ovvero di scelta politica sul se e in che misura adeguare, rispetto al passato e al futuro, le pensioni dei lavoratori (6). La scelta con riferimento al passato è stata quella di intervenire attraverso il coefficiente di capitalizzazione (l. n. 335/1995, art. 1, c. 6); il futuro, sempre incerto, è affidato a decisioni contingenti che il legislatore adotta e modifica sotto lo stretto controllo della Corte costituzionale e della sua «politica costituzionale», non raramente alternativa rispetto alla linea del legislatore (7) tanto da delineare una «doppia discrezionalità» (8).

In sede di premessa non ci si può naturalmente esimere dal sottolineare che l'applicazione piena ai primi pensionati del sistema contributivo comincia solo ora a essere alle viste e, dunque, qualunque riflessione sui 25 anni appena trascorsi non può non riferirsi anche, se non primariamente, al sistema retributivo di calcolo della prestazione, il cui utilizzo «disinvolto», unito al crollo demografico e alla crisi occupazionale, ha creato una condizione di insostenibilità finanziaria sistemica di lungo periodo, destinata a durare per decenni.

I numerosi interventi normativi che si sono succeduti dal 1995 a oggi, spesso pomposamente etichettati come «riforma delle pensioni», hanno assunto caratteri molto diversi: talvolta fisiologicamente attuativi o persino accelerativi degli effetti della l. n. 335/1995; talvolta modificativi, pur nel rispetto del suo impianto; talvolta, infine, controriformatori. Questi ultimi, si sono concentrati su uno degli aspetti più sensibili del sistema pensionistico, ovvero le condizioni (flessibili) di uscita, legate, nella l. n. 335/1995, a un meccanismo di incentivo alla permanenza nel mercato del lavoro, finalizzato a consentire al lavoratore una scelta consapevole tra una prestazione precoce, caratterizzata, tuttavia, da un basso tasso di sostituzione con la retribuzione, e una ritardata, ma economicamente più consistente, seppur lontana dalla generosità del sistema retributivo, così come «disinvoltamente» interpretato e applicato dal legislatore italiano a partire dalla metà degli anni settanta (vd. *infra*).

I venticinque anni appena trascorsi sono stati anche caratterizzati da un coinvolgimento intermittente delle parti sociali, in particolare delle organizzazioni sindacali, le quali, con i Governi di centro-sinistra, pur nella diversità delle loro posizioni, erano state le grandi protagoniste degli anni ruggenti del retributivo «disinvolto»; così come, è bene sottolinearlo, lo saranno della stagione riformatrice «responsabile», seppure *de futuro*, del 1995. Nella l. n. 335, il loro ruolo trova formale riconoscimento nella procedura di rideterminazione decen-

(5) Sul concetto contemporaneo di solidarietà vd. Giubboni 2012. Per una visione condivisibilmente «equilibrata» del concetto, Zoppoli 2018.

(6) C. cost. 12.2.1976, n. 30.

(7) Ales 2015.

(8) Ales 2019.

nale del coefficiente di trasformazione, nell'ambito della quale dovevano essere sentite (9), e nella proposta congiunta in relazione alla determinazione delle mansioni particolarmente usuranti delle modalità di copertura degli oneri derivanti «attraverso una aliquota contributiva definita secondo criteri attuariali riferiti all'anticipo dell'età pensionabile» (10).

La fine della concertazione, decretata dai Governi di centro-destra e confermata, se si esclude la fugace ma produttiva esperienza del secondo governo Prodi nel 2007 (11), dagli Esecutivi che si sono succeduti, almeno fino a tempi recentissimi, ha costituito un fatto nuovo che è coinciso con, e in parte è stato determinato proprio da quelle stesse spinte che hanno portato all'abbandono del modello retributivo «disinvolto», costituite dagli stringenti vincoli di bilancio imposti dall'adesione all'Unione economia e monetaria, il rispetto dei quali è alla base del primo intervento restrittivo della spesa previdenziale e non solo: la l. n. 421/1992, seguita dal d.lgs. n. 503 dello stesso anno. A molti Esecutivi, la rincorsa ai cosiddetti parametri di Maastricht è parsa più agevole senza il confronto con le parti sociali o attraverso il «dialogo sociale», non impegnativo, con le più supportive di esse, datoriali *in primis*. D'altra parte, non deve essere dimenticato che le aliquote contributive in Italia hanno subito un aumento costante che neppure la fiscalizzazione di alcune prestazioni cosiddette assistenziali ha potuto evitare (vd. *infra*).

Quanto ai vincoli europei, rimane aperta la questione della loro effettiva incidenza, sostenuta con forza e convinzione dalla *herrschende Meinung* giuslavorista (12), rispetto alla quale, tuttavia, chi scrive continua a nutrire non poche perplessità. Se, da un lato, infatti, appare evidente la pressione alla quale le autorità nazionali sono sottoposte dalle istituzioni dell'Unione europea (che, peraltro, delle autorità nazionali sono espressione, sia pure composita), dall'altro, pare anche evidente che, al netto di specifici accordi (*Memorandum of understanding*, anche all'interno del Mes...), i vincoli, ancorché giuridificati nei vari Trattati, rimangono di applicazione squisitamente politica, con la Commissione europea impegnata in una negoziazione infinita, condotta sul filo di procedure di infrazione spesso minacciate ma quasi mai aperte. D'altro canto, come dimostrato dall'avvio della *Brexit*, le istituzioni dell'Unione sono chiamate ad agire con la massima cautela, mantenendo sempre aperto il canale del dialogo per evitare l'esplosione del sistema nel momento in cui i costi (politici) superino i suoi benefici.

(9) Art. 1, c. 1, l. n. 335/1995.

(10) Art. 1, c. 34, l. n. 335/1995.

(11) L. n. 247/2007, sulla quale Cinelli, Ferraro (a cura di) 2008.

(12) Per tutti, Bavaro 2018.

In questo esercizio di negoziazione che, almeno fino all'inizio di marzo 2020, si è praticato sul filo dei decimali di Pil, il profilo *qualitativo*, ovvero l'allocazione delle risorse su una voce di spesa piuttosto che su un'altra, non ha giocato un ruolo significativo, proprio in considerazione della natura *quantitativa* dei vincoli di bilancio. Ovviamente, le istituzioni dell'Unione coltivano proprie aspirazioni riformatrici, peraltro condivise con le autorità nazionali dato l'approccio *bottom-up* alle politiche sociali (in senso ampio) inaugurato nel 1997 con la Strategia europea per l'occupazione (13). Queste aspirazioni, particolarmente enfatizzate proprio in ambito sociale, date le immediate ricadute *micro* e *macro* economiche delle scelte in esso operate, vengono formalizzate nel «ciclo» del Semestre europeo, anche attraverso raccomandazioni specifiche indirizzate ai singoli Stati membri. Proprio il fatto che si tratti di raccomandazioni, specifiche in quanto destinate al singolo Stato membro ma spesso generiche nei contenuti, la dice lunga sulla loro (non) vincolatività. Ciò significa che, al di là dei proclami che costantemente la riguardano, la materia pensionistica, con esclusione della previdenza complementare per le sue evidenti ricadute dirette sui mercati finanziari, rimane una materia di competenza nazionale.

D'altronde, difficilmente potrebbe essere altrimenti, come si legge chiaramente nel Trattato sul funzionamento dell'Ue, che sottopone gli interventi in materia di «sicurezza sociale» e di «protezione sociale dei lavoratori» alla regola dell'unanimità decisionale (art. 153 comma 2 lett. *b*); interventi che, comunque, non possono compromettere «la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso». Tutto ciò per dire che se, indiscutibilmente, per la sua mole imponente, la spesa previdenziale/pensionistica costituisce una delle voci di bilancio che deve essere tenuta, nel suo complesso, sotto controllo al fine di rispettare i vincoli europei, questi ultimi non espropriano le autorità nazionali dalle loro competenze e non possono essere usati come alibi per riforme le quali, evidentemente, riscontrano un ampio consenso all'interno della classe politica che le pone in essere. In condizioni di normalità, infatti, «basterebbe» modificare l'allocazione delle risorse concentrando sulla spesa sociale, piuttosto che disperderle in mille rivoli di altrettante prebende, come chiaramente emerge dalla lettura delle leggi di stabilità.

Piuttosto, sempre, in tempi normali, ci si dovrebbe interrogare, come ha fatto il legislatore del 1995, se, al proprio interno, la spesa sociale sia equamente distribuita ovvero se tutte le risorse a essa destinate, poche o tante che siano, debbano essere concentrate su di un sistema pensionistico che aspira a mante-

(13) Ales 2007. In ambito pensionistico, il *Libro verde sulle pensioni* (Commissione europea 2010).

nere il tenore di vita raggiunto dal singolo individuo a spese della collettività (14). Si tratta, evidentemente, di una scelta di politica redistributiva che privilegia il mantenimento del benessere nella fase discendente della parabola esistenziale, sottraendo, però, risorse alla fascia di popolazione nella fase ascendente di quella parabola, in una sorta di circolo vizioso che porta quest'ultima a non osare nella costruzione di nuovi nuclei familiari e, quindi, a innescare e perpetuare un crollo demografico con irrimediabili effetti sul mercato del lavoro e, dunque, sulla sostenibilità del sistema pensionistico.

A questo effetto si aggiunge quello connesso alla capacità delle generazioni più anziane di «mantenere» quelle più giovani che non trovano sbocchi sul mercato del lavoro, determinando, così, una condizione di dipendenza economica che, ancora una volta, rischia di compromettere l'esercizio dell'autonomia e la creazione di famiglie neolocali. Con tutti i suoi limiti, pare si possa dire che, in sé, l'adozione del modello contributivo sia in grado di produrre un effetto di liberazione di risorse interne alla spesa sociale, quand'anche invariata, che ne consenta una riallocazione in favore del sostegno alle generazioni più giovani. In questo senso specifico di dovrebbe parlare di solidarietà intergenerazionale nella quale non sono più i figli a dipendere dai genitori ma i genitori a rinunciare a una parte del proprio benessere per consentire l'esistenza autonoma dei propri figli (15).

Ciò presuppone, evidentemente, che i risparmi derivanti dall'adozione progressiva del sistema contributivo siano reinvestiti in spesa sociale e non dispersi nei mille rivoli delle leggi di stabilità. Trattandosi di risparmi generati dal passaggio da un sistema ampiamente sostenuto dalla spesa pubblica a uno basato quasi esclusivamente sulla corrispondenza tra contribuzione e prestazione, le risorse liberate non vengono sottratte a coloro che le hanno prodotte. L'utilizzo razionale in politiche sociali mirate al sostegno dei giovani nel mercato del lavoro potrebbe costituire un argomento convincente anche per la Corte costituzionale al fine di ritenere non violate le aspettative (di diritto?) di coloro che si sono trovati in mezzo al guado dal modello retributivo, laddove il legislatore, come accaduto, accelera il passaggio al contributivo o richieda contributi di solidarietà a valere sulle prestazioni che, nella prospettiva della sostenibilità del sistema, eccedono la garanzia dei «mezzi adeguati».

Tutto ciò, ovviamente, in tempi di normalità.

Appare evidente che quelli che stiamo vivendo non siano tempi normali, anche se, per dirla con un vecchio adagio anglosassone, «*life is what happens to you while you're busy making other plans*», ovvero la pianificazione si scontra

(14) Persiani 2000 e *Id.* 2017.

(15) Sul tema vd., di recente, Ludovico 2019.

sempre con qualche emergenza, nel senso letterale del termine (ciò che emerge): l'emergenza è la nuova normalità rispetto alla quale modificare una pianificazione ormai obsoleta. Tuttavia, *questa* emergenza sta interessando aspetti della nostra esistenza direttamente collegati alla capacità delle persone di lavorare e delle imprese di produrre, costringendo i Governi a intervenire massivamente per evitare che il fermo delle attività, peraltro da loro stessi imposto, determini una condizione economica insostenibile (16). Ciò può avvenire soltanto sostituendo, temporaneamente, risorse pubbliche a quelle private, con uno sforzo collettivo che richiama una condizione bellica la cui cessazione, però, non dipende dalla buona volontà degli esseri umani ma dalla loro determinazione a convivere con un nemico invisibile.

In una simile prospettiva, evidentemente, gli Stati che hanno gestito i propri bilanci in maniera più oculata potranno avvalersi del *surplus*, mentre quelli che sono stati più «disinvolti» vedranno accrescere il proprio debito, e non di pochi decimali. Appartenendo l'Italia a quest'ultima categoria, l'unico elemento da determinare è il *quantum* dell'incremento del *deficit* che dipenderà, ovviamente, dalla durata di questa condizione. Fondamentale sarà, anche, la capacità di adattamento della nostra economia, ampiamente basata sui settori maggiormente colpiti dall'esigenza di «distanziamento sociale»; esigenza che determinerà, comunque, un innalzamento dei costi di produzione dei beni e di fornitura dei servizi dovuto all'aumento delle risorse che le imprese dovranno impegnare a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e della clientela (17).

Un aspetto non negativo della vicenda potrebbe essere legato al suo costituire l'occasione irripetibile, si spera..., per una riflessione seria sul modello di integrazione europea a cui sono disponibili i singoli Stati membri. Cercando di andare oltre la retorica sugli egoismi nazionali, appare chiaro, però, che una solidarietà incondizionata, quale quella vagheggiata da qualche politico nostrano, non possa essere pretesa, neppure nell'ambito del *Recovery Fund*. D'altro canto, la condizionalità, espressione concreta dell'ideale di «giustizia retributiva», si sta imponendo quale cifra interpretativa della titolarità e dell'esercizio dei diritti sociali, a partire proprio dal ritorno al modello contributivo di calcolo della prestazione pensionistica. Rimangono ovviamente spazi e funzioni per la «giustizia retributiva», quali, per rimanere in tema, i coefficienti di capitalizzazione e la rivalutazione (automatica) dei trattamenti previdenziali.

Questi, tuttavia, non possono essere inquadrati in una logica pretensiva di matrice giuridica, rientrando appunto nella discrezionalità politica ispirata al principio di solidarietà, che ciascun decisore declina in funzione del raggiungi-

(16) Ales 2020.

(17) Natullo 2020.

mento del punto di *equilibrio sociale* che ritiene auspicabile e sostenibile. La presenza di un vincolo costituzionale alla garanzia dei «mezzi adeguati» (art. 38 Cost.) e di un giudice costituzionale che ne valuta la realizzazione dovrebbero costituire un presidio di verifica della *razionalità* delle scelte, senza sconfinare nel perseguimento di una politica costituzionale alternativa fondata su di una *ragionevolezza* altra rispetto a quella faticosamente costruita da un Parlamento democraticamente eletto (vd. *infra*) (18).

Tanto premesso, si procederà ad analizzare, con la sinteticità richiesta dal genere «saggio», le tre aree di intervento della riforma del 1995 a nostro avviso maggiormente rilevanti al fine di verificare se lo «sviluppo del sistema pensionistico» auspicato dal legislatore si sia realizzato nel solco delle linee tracciate, che avrebbero dovuto costituire «principi fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica». Si tratta dei criteri di calcolo dei trattamenti pensionistici, delle condizioni di accesso alle prestazioni e dell'agevolazione delle forme pensionistiche complementari.

2. — *I criteri di calcolo dei trattamenti pensionistici* — Del metodo contributivo di calcolo della prestazione si è già ampiamente scritto in *Premessa*. Quello che si può aggiungere qui è che il legislatore non ha dato segni di ripensamento nella sua scelta; anzi, con il d.l. n. 201/2011 (19) ne è stata accelerata l'applicazione, estendendola alle anzianità contributive maturate dal 1° gennaio 2012 (art. 24, c. 2). In sé, la scelta del contributivo presenta evidenti rischi di peggioramento per quel che riguarda i tassi di sostituzione tra pensione e retribuzione. Tuttavia, altrettanto può dirsi del retributivo non «disinvolto». Riprendendo, infatti, l'art. 6 della l. n. 238/1968, vi si legge che «il Governo della Repubblica [...] è delegato a emanare [...] norme intese a stabilire che [...] le pensioni da liquidare con decorrenza posteriore al 30 aprile 1968 a carico dell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti [...] sono rapportate alla retribuzione contributiva media annua pensionabile desumibile dalle ultime 156 settimane di contribuzione effettiva in costanza di lavoro o figurativa antecedenti la data di decorrenza della pensione, in modo da garantire, con 40 anni di contribuzione effettiva e figurativa un importo annuo pari al 65 per cento della retribuzione pensionabile medesima comprensiva della 13^a mensilità, e percentuali proporzionalmente inferiori per le anzianità minori di 40 anni». Questa disposizione troverà attuazione concreta nel d.P.R. n. 488/1968. Non necessariamente, quindi, il retributivo è garanzia di mantenimento del tenore di vita acquisito alla fine della carriera lavorativa.

(18) *Contra*: Persiani 2017; Persiani 2018. Vd. anche D'Onghia 2013.

(19) Sul quale vd., almeno, Sandulli 2012 e Cinelli 2013.

Peraltro, proprio ai sensi dell'art. 5, c. 2, d.P.R. n. 488/1968, per «retribuzione annua pensionabile si intende la terza parte della somma delle retribuzioni determinate ai sensi degli articoli 27 e seguenti del Testo Unico delle norme sugli assegni familiari». Inoltre, nella determinazione della retribuzione annua pensionabile «non si prendono in considerazione, per la parte eccedente, le retribuzioni che superino il limite massimo della penultima classe della tabella in vigore alla data di decorrenza della pensione, aumentato del 5 per cento» (art. 5, c. 4).

Nonostante sia basato sul metodo retributivo di calcolo della prestazione, il sistema disegnato dalla legislazione del 1968 è così poco generoso nel suo sviluppo «fisiologico» da richiedere la conferma di una integrazione al minimo, già introdotta, per le pensioni contributive, dalla prima legislazione postcostituzionale in materia (d.lgs. luogotenenziale n. 177/1945). Integrazione al minimo che, invece, non è dovuta nella l. n. 335/1995 «per le pensioni liquidate interamente con il sistema contributivo», il quale, evidentemente, è ritenuto dal legislatore essere in grado di garantire, di per sé, i «mezzi adeguati» (ma vd. *infra*).

L'equivalenza, spesso azzardata dai commentatori, metodo retributivo-adequatezza della prestazione, metodo contributivo-inadequatezza, viene, dunque, smentita da un'analisi, scevra da preconcetti, che consideri il sistema previdenziale nella sua dimensione diacronica. Lo stesso deve dirsi dell'equivalenza, altrettanto azzardata, metodo retributivo-disequilibrio di gestione, metodo contributivo-equilibrio. Nel retributivo non «disinvolto», infatti, la presenza del limite percentuale rispetto al tasso di sostituzione pensione-retribuzione, unita al massimale di calcolo della retribuzione annua pensionabile, può rendere l'esborso sostenibile e riequilibrare la mancanza di connessione tra contributi versati e prestazione erogata. Al contrario, la presenza di un tasso di capitalizzazione molto elevato nel sistema contributivo potrebbe determinare il disequilibrio dello stesso, nonostante il nesso, teorico, tra montante contributivo individuale e prestazione.

Piuttosto, quello che colpisce dell'uso «disinvolto» del metodo retributivo sono gli interventi del legislatore, succedutisi con continuità e regolarità impressionanti dagli anni sessanta, volti a elevare, in cifra fissa, gli importi della pensione quasi fosse retribuzione (20), ai quali, ovviamente, si devono aggiungere le integrazioni al minimo (fissato dalla legge) e gli interventi di «adeguamento» degli stessi importi all'aumento del costo della vita. Evidentemente, si tratta di esborsi che non possono essere integralmente coperti dalla contribuzione versata, neppure nel caso, non infrequente, del contemporaneo e, talvol-

(20) Sul tema, per tutti, Pessi 2015.

ta, automatico, incremento delle aliquote contributive, le quali, con il passare del tempo, raggiungono livelli decisamente significativi, fino ad arrivare al 33% nella l. n. 335/1995.

La contiguità e la continuità tra retribuzione e pensione viene definitivamente confermata dall'art. 19, l. n. 153/1969, il quale dispone che «gli importi delle pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti e delle gestioni speciali dell'assicurazione medesima per i lavoratori autonomi, ivi compresi i trattamenti minimi, al netto delle quote di maggiorazione per familiari a carico, con effetto dal 1° gennaio di ciascun anno, sono aumentati in misura percentuale pari all'aumento percentuale dell'indice del costo della vita calcolato dall'Istituto centrale di statistica ai fini della scala mobile delle retribuzioni dei lavoratori dell'industria». Formula «perfezionata», poi, verso l'alto, dalla l. n. 160/1975.

Dal punto di vista dell'equilibrio di gestione, chimera sempre ricercata dallo stesso legislatore, in questo quadro di incrementi costanti, neppure le estensioni del numero di settimane di riferimento per il calcolo della retribuzione pensionabile sembrano aiutare più di tanto, visto che lo Stato, anche ricorrendo esplicitamente a nuovo debito, è costretto a intervenire ripetutamente per ripristinare quell'equilibrio.

In questo contesto si innesta il dibattito, sempre attuale, sulla separazione tra previdenza e assistenza, nel quale si inserisce anche il terzo incomodo rappresentato dalla sicurezza sociale. Cercando di andare oltre il profilo puramente nominalistico, quello che sembra porsi è un problema di rilevanza delle modalità di finanziamento a fini di classificazione delle prestazioni, che si può sintetizzare nell'emersione della categoria intermedia delle prestazioni previdenziali solo parzialmente contributive, le quali, pur richiedendo, a fini di titolarità, l'assicurazione e la contribuzione del beneficiario e, dunque, la sua appartenenza a un determinato gruppo professionale, necessitano, di un consistente finanziamento pubblico per la loro realizzazione ai livelli previsti dal legislatore. Ciò sottrae inevitabilmente le prestazioni previdenziali solo parzialmente contributive alla logica di giustizia retributiva che presiede l'approccio previdenziale fondato sul diritto alla prestazione, spostandole sul versante della giustizia distributiva, basato sull'aspettativa (di diritto?), in un modello qualificato, appunto, di sicurezza sociale.

Il ruolo determinante giocato dal finanziamento pubblico in un simile modello, consente, infatti, allo Stato, al tempo stesso finanziatore e legislatore, di modificare il sistema in base non all'equilibrio di gestione, per definizione irraggiungibile in presenza di prestazioni previdenziali solo parzialmente contributive (se non in forza di avanzi di gestione che richiedono, però, una condizione demografica e del mercato del lavoro da tempo assente in Italia), ma in

base alla sostenibilità economica, frutto di una valutazione politica contingente circa la concreta realizzazione dei «mezzi adeguati», come tale in inevitabile quanto costante dialettica con la Corte costituzionale (21).

Peraltro, a rigor di logica, anche quelle calcolate con il contributivo possono essere viste come prestazioni previdenziali solo parzialmente contributive, soprattutto in un sistema a capitalizzazione virtuale, che per molti anni vedrà le proprie risorse ancora gestite secondo il modello a ripartizione, risultando, dunque, per definizione, incapace di creare avanzi con i quali integrare la propria capacità di autofinanziamento. Il carattere solo parzialmente contributivo riguarda, tuttavia, soltanto due aspetti del meccanismo di determinazione del quantum della prestazione ovvero il tasso annuo di rivalutazione e il coefficiente di trasformazione del montante contributivo individuale, entrambi basati, peraltro, su formule attuariali la cui modifica in senso più favorevole per il beneficiario produrrebbe un'alterazione sistemica immediatamente percepibile e, dunque, bisognosa di una giustificazione politica forte alla luce dei vincoli complessivi di bilancio (22).

La presenza, per quanto regressiva, delle prestazioni previdenziali solo parzialmente contributive rende non semplice individuare il proprium dell'assistenza sociale, soprattutto laddove la si voglia distinguere dalla beneficenza ovvero dalla pura discrezionalità amministrativa nel riconoscimento della titolarità della prestazione. In realtà, ormai da molti anni, anche l'assistenza sociale, a maggiore ragione da quando è stata sottoposta alla condizionalità, ha assunto connotati, molto marcati, di diritto soggettivo, seppure a disponibilità contingentata (23), i quali rendono i requisiti d'accesso predeterminati carattere comune e, quindi, non più differenziante rispetto alla previdenza.

Alla «confusione» tra assistenza e previdenza ha contribuito l'individuazione, da parte della dottrina più autorevole, della «liberazione dal bisogno» quale carattere «distintivo» dell'approccio di sicurezza sociale, che ha enfatizzato la prospettiva di giustizia distributiva a «sostenibilità illimitata» all'interno di un sistema comunque a «solidarietà limitata», quale è quello del gruppo professionale sottoposto all'obbligo assicurativo e contributivo.

Questa riflessione spinge a tornare alle fonti di finanziamento come elemento caratterizzante decisivo anche nel caso di ibridazione, esemplarmente rappresentato dalle prestazioni previdenziali solo parzialmente contributive. Laddove,

(21) Ales 2019; Cinelli 2015; Occhino 2017.

(22) Basti pensare alle polemiche che hanno preceduto e continuano a seguire l'introduzione del d.l. n. 201/2011.

(23) Vd., tuttavia, da ultimo, C. cost. 28.1.2020, n. 44, in *GU*, 1^a serie speciale, C. cost., 11.3.2020, n. 11, e C. cost. 10.7.2020, n. 146, *ivi*, 15.7.2020, n. 29.

infatti, il finanziamento sia a totale carico della spesa pubblica si dovrà parlare di prestazioni di assistenza, finalizzate alla «liberazione dal bisogno». Qualora, invece, vi sia un obbligo assicurativo e, soprattutto, contributivo circoscritto a uno specifico, per quanto ampio, gruppo professionale (i lavoratori subordinati, quelli autonomi o entrambi), anche se quella contribuzione non soddisfa il finanziamento della prestazione, non sarà possibile eliminare la rilevanza del rapporto giuridico quale fattore genetico che dovrà necessariamente qualificarsi come «previdenziale». Rimane, infatti, comunque presente un elemento di alea nella fruizione delle prestazioni che non si riscontra in quelle di assistenza sociale, la cui titolarità nasce, in presenza dei requisiti e delle risorse necessari, dalla richiesta della persona che si trovi nello stato di bisogno.

Peraltro, dopo l'incertezza causata dall'introduzione della «prima» pensione sociale da parte della l. n. 903/1965, garantita ai «titolari di pensione delle assicurazioni obbligatorie per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti» e finanziata dal Fondo sociale, a sua volta alimentato da contributi sia pubblici che privati, già il legislatore della l. n. 153/1969 aveva chiaramente individuato i beneficiari della «seconda» nei «cittadini italiani, residenti nel territorio nazionale, che abbiano compiuto l'età di 65 anni, che non risultino iscritti nei ruoli dell'imposta di ricchezza mobile [...] a condizione che non abbiano titolo a rendite o prestazioni economiche previdenziali, con esclusione degli assegni familiari, o assistenziali» (art. 26). Ne era seguita, a partire dal 1976, l'assunzione a completo carico dello Stato di entrambe le pensioni sociali, con la «prima» che, dato il suo possibile incremento attraverso i contributi versati dai beneficiari, rimaneva una prestazione previdenziale, sebbene a carattere solo parzialmente contributivo, e la «seconda» che si collocava chiaramente sull'ambito dell'assistenza sociale.

La scelta in favore di una netta separazione tra assistenza e previdenza viene confermata dalla l. n. 335/1995, la quale, nel trasformare la pensione sociale in assegno sociale, non esclude che quest'ultimo possa essere compatibile con «la pensione liquidata secondo il sistema contributivo [...] a carico di gestioni ed enti previdenziali pubblici e privati che gestiscono forme pensionistiche obbligatorie in misura corrispondente a un terzo della pensione medesima e comunque non oltre un terzo dell'assegno sociale» (art. 3, c. 6).

E se il reddito e la pensione di cittadinanza sfuggono alla classificazione tradizionale, costituendo una «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro», i benefici economici che ne costituiscono parte significativa possono dirsi chiaramente collocati nell'ambito dell'assistenza so-

ziale. Ciò nonostante la perdurante incertezza che regna sul rapporto tra pensione di cittadinanza e assegno sociale (24).

D'altro canto, la rilevanza autonoma assunta dall'assistenza sociale rispetto alla previdenza e alla beneficenza sembra ormai essere acquisita anche al Diritto dell'Unione europea, nel momento in cui, all'esito di un lungo percorso, peraltro non privo di tentennamenti (25), la stessa Corte di Giustizia è giunta a elaborare una nozione della prima in termini di insieme di prestazioni alle quali «può ricorrere un soggetto che non disponga delle risorse economiche sufficienti a far fronte ai bisogni elementari propri e a quelli della sua famiglia» (26). In questo modo, la Corte ha eliminato la «confusione» che essa stessa aveva ingenerato nel 1972, accogliendo la posizione, non a caso sostenuta dall'allora Governo italiano, secondo la quale «la distinzione fra previdenza sociale e assistenza sociale è andata sempre più attenuandosi; ormai il principale carattere distintivo può essere visto nel grado di consistenza della posizione che l'ordinamento garantisce al beneficiario della prestazione, nel senso che di assistenza sociale sembra potersi parlare quando al beneficiario è attribuita una semplice aspettativa giuridica, restando alla pubblica amministrazione la valutazione discrezionale del se concedere o meno il beneficio, mentre ogni volta che la legge attribuisce un vero e proprio diritto soggettivo al beneficiario, escludendo una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, si deve concludere che si è di fronte a un istituto di previdenza sociale» (27).

Il ragionamento sui criteri di calcolo dei trattamenti pensionistici ci ha portati lontano, proprio per la rilevanza dell'ammontare della prestazione e delle fonti di finanziamento in una commistione tra pubblico e privato generatrice di una «confusione» che mette in discussione gli stessi elementi fondativi del sistema pensionistico, rispetto alla quale l'adozione del contributivo sembra poter essere un rimedio efficace, evidenziando la fragilità giuridica del sistema di sicurezza sociale nel quale la pensione rischia di diventare un'*octroi* elargita, con sempre maggiore difficoltà, da parte di uno Stato indebitato, al tempo stesso finanziatore e regolatore, ovvero in perenne conflitto di interessi con se stesso.

3. — *Le condizioni di accesso alle prestazioni* — La medesima incertezza giuridica ha avvolto e continua ad avvolgere la seconda area di intervento della l. n. 335/1995, ovvero le condizioni di accesso alla prestazione pensionistica, nella quale il problema della discrezionalità del legislatore può assumere propor-

(24) In proposito vd., almeno: Bozzao 2019; Casillo 2018; Zoppoli 2007.

(25) C. Giust. 21.6.2017, C-449/16, *Martinez Silva*, punti 20-25.

(26) C. Giust. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, punto 61.

(27) C. Giust. 22.6.1972, C-1/72, *Frilli*.

zioni gigantesche per quel che riguarda l'età pensionabile e il suo costante posticipo. Anche da questo punto di vista, la l. n. 335/1995 adotta un approccio ispirato alla oggettivizzazione dei parametri, cercando di contemperare il diritto del beneficiario a conoscere con certezza la propria possibile data di pensionamento e l'esigenza del sistema di perseguire o preservare l'equilibrio di gestione. Il principio di flessibilità dell'età pensionabile risponde a queste due esigenze, in quanto consente al beneficiario di effettuare una scelta consapevole del *trade-off* tra accesso precoce al sistema e ammontare ridotto della prestazione ovviamente in presenza di determinati requisiti minimi. Per altro verso, il principio di flessibilità permette al beneficiario stesso di prolungare la permanenza nel mercato del lavoro e aumentare così l'importo della prestazione, in considerazione dell'approssimarsi del raggiungimento dell'aspettativa (speranza) di vita media di volta in volta individuata dagli organismi tecnici competenti.

Come ampiamente noto, il principio di flessibilità, nel *range* 57-65 anni, è stato sconfessato dai più significativi interventi legislativi che si sono succeduti a partire dal 2004 (l. n. 243/2004; l. n. 247/2007; d.l. n. 201/2011), i quali hanno, invece, fissato l'età pensionabile a livelli, comunque, più elevati di quelli minimi previsti dalla l. n. 335/1995 (28), incentivando la permanenza al lavoro mediante l'applicazione del coefficiente di trasformazione premiante fino all'età di 70 anni, rivedibile verso l'alto laddove l'aspettativa (speranza) di vita media continui a crescere (29). L'alternarsi delle età pensionabili al quale si è assistito (e si continua ad assistere: vd. d.l. n. 4/2019, capo II), testimonia, purtroppo, del pieno recupero da parte del legislatore di quella discrezionalità che il principio di flessibilità mirava, di contro, a escludere e del ritorno dell'assoluta incertezza, caratteristica di una politica orientata alla pura sostenibilità contingente del sistema, legata sempre di più a problemi di liquidità connessi evidentemente all'utilizzo forzato del metodo a ripartizione. In questa condizione risulta chiaro che il principio di flessibilità costituisce un lusso razionalizzatore che non ci si può permettere.

D'altro canto, la presenza di uno strumento razionalizzante priva la politica di una formidabile leva di potere, della quale essa si è voluta prontamente riappropriare, come testimoniato dalla vicenda della cosiddetta «Quota cento», la quale dimostra che le pensioni possono essere un formidabile strumento non solo di politica economica ma anche di demagogia politica, per definizione, autocontraddittoria (30). Da un lato, infatti, il legislatore fa di tutto per procrastinare, a regime, il pensionamento; dall'altro, alloca risorse, per quanto limita-

(28) Sul tema, vd. Canavesi 2017.

(29) Sul tema, vd. Canavesi 2013.

(30) Sul tema, vd. Canavesi 2015.

te, per agevolare la fuoriuscita, in nome di quello stesso *turn over* che i provvedimenti di innalzamento dell'età pensionabile inevitabilmente rallentano.

Nella prospettiva di conciliare l'inconciliabile, va evidenziata una disposizione della l. n. 335/1995 di vita brevissima, essendo stata abrogata dalla l. n. 662/1996, che costituiva un ragionevole compromesso tra istanze di differimento ed esigenze di *turn over*. Il riferimento è alla pensione di anzianità conseguibile, in presenza di determinati requisiti contributivi, nel caso in cui il rapporto di lavoro a tempo pieno venisse trasformato in *part-time* (art. 1, c. 25, lett. c, l. n. 335/1995), nell'ottica di consentire e di incentivare l'assunzione, presso la stessa impresa, di un lavoratore più giovane (e meno costoso) a copertura dell'impegno orario liberato dal beneficiario della pensione.

Al di là delle ragioni, piuttosto oscure, che hanno determinato l'abrogazione di questa previsione, la vicenda della pensione *part-time* consente di riflettere su di un altro aspetto cruciale della tematica pensionistica, ovvero l'ammissibilità o il divieto di cumulo tra prestazione previdenziale e proventi dell'attività lavorativa. In questa sede risulta chiaramente impossibile ricostruire nel dettaglio una vicenda resa estremamente complessa dalle oscillazioni del legislatore tra le due opzioni estreme (ammissibilità o divieto) ma anche dall'individuazione delle più varie soluzioni intermedie di cumulabilità parziale. Quello che può risultare utile è, invece, un tentativo di concettualizzazione della conciliabilità teorica del cumulo, totale o parziale, rispetto al metodo di calcolo della prestazione (retributivo o contributivo). Anche in questa ben più limitata prospettiva, i dati normativi non risultano di particolare aiuto, non consentendo di evidenziare una correlazione stabile o una linea logica coerente.

Un contributo decisivo sarebbe potuto provenire dai numerosi interventi della Corte costituzionale, la quale, fino dal 1960, è stata chiamata a valutare, direttamente o indirettamente, la legittimità delle scelte operate dal legislatore. Proprio con riferimento al cumulo, nella sentenza n. 34 del 1960 (31), la Corte, è persino arrivata ad affermare l'esistenza di un «diritto soggettivo perfetto [alla pensione], il quale sorge, sulla base del rapporto assicurativo, con il verificarsi delle condizioni analiticamente previste dalla legge, e cioè, da un lato, l'obbligo del versamento dei contributi, dall'altro la concorrenza di eventi diversi a seconda del tipo di assicurazione contratta...».

L'affermazione della Corte, per quanto relativa alla cumulabilità della pensione con l'indennità di disoccupazione, si riferisce al sistema contributivo e torna, quindi, di piena attualità. Essa risale, tuttavia, a una fase storica nella quale la commistione pensione-retribuzione non è ancora pienamente affermata e il nesso tra artt. 36 e 38 Cost. non del tutto saldato.

(31) C. cost. 24.5.1960, n. 34, in *GU*, 1^a serie speciale, C. cost., 4.6.1960, 137.

Significativa, in questa prospettiva, è la posizione che la Corte assumerà appena tre anni più tardi, nella sentenza n. 105 del 1963 (32), propendendo per la legittimità costituzionale della riduzione proporzionale della prestazione pensionistica in caso di contestuale corresponsione di un trattamento retributivo, in quanto «il godimento di quest'ultimo viene infatti, quanto meno, a ridurre l'esigenza previdenziale (per natura variabile da situazione a situazione), in funzione della quale la provvidenza pensionistica fu predisposta», ovvero l'essere «destinata essenzialmente a garantire, a chi se ne sia assicurato il diritto (o ai suoi familiari, in caso di sua morte), una entrata periodica idonea a fronteggiare, avuto riguardo alla situazione personale e familiare dei beneficiari, i bisogni della vita nel periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro cui essa accede, essenzialmente in considerazione del fatto che in tale periodo viene a mancare (all'interessato o ai suoi familiari) quella importante fonte di reddito che è rappresentata dal posto di lavoro di cui trattasi».

La sostituzione del «bisogno» al «rischio», determina, quindi, l'incumulabilità di pensione e retribuzione nonché la conseguente decurtazione proporzionale della prima in caso di corresponsione della seconda. Dopo aver sottolineato che la pronuncia viene resa con riferimento al pubblico impiego, nel quale già si applicava il sistema a ripartizione retributivo, e che il soggetto erogatore di entrambe è il medesimo (lo Stato) non si può però, sottacere dell'avvenuta generalizzazione di questo approccio al lavoro privato. Nella pronuncia n. 155 del 1969 (33), infatti, proprio con riferimento al sistema a ripartizione retributivo, la Corte sottolinea che «il legislatore tiene conto del guadagno derivante dalla ulteriore attività lavorativa e della variazione in meglio dello stato di bisogno per le esigenze di vita del pensionato, e opera perciò una riduzione. Per tali motivi non contrasta con l'art. 36 né con l'art. 38 della Costituzione il fatto che il trattamento pensionistico venga ridotto perché con esso concorre il godimento di un trattamento per attività lavorativa, che viene a ridurre l'esigenza previdenziale [*rectius*: di sicurezza sociale] in funzione della quale fu predisposta la provvidenza pensionistica».

Proprio sul presupposto dell'approccio di «sicurezza sociale», la Corte, tuttavia, dopo aver affermato la legittimità teorica del divieto di cumulo, «ritiene di potere sindacare il modo di esercizio della discrezionalità legislativa per quel che riguarda la congruità della riduzione della pensione rispetto agli elementi essenziali del rapporto sociale creato dagli artt. 36 e 38 della Costituzione...». Infatti, «per quanto, in un sistema mutualistico e di solidarietà sociale quale è quello dell'Inps, i contributi del lavoratore servano per il conseguimento di fi-

(32) C. cost. 7.6.1963, n. 105, in *GU*, 1^a serie speciale, *C. cost.*, 2.7.1963, 175.

(33) C. cost. 11.12.1969, n. 155, in *GU*, 1^a serie speciale, *C. cost.*, 24.2.1969, 324.

nalità che trascendono gli interessi dei singoli e abbiano carattere generale, pur tuttavia è innegabile che essi danno vita a un diritto del prestatore d'opera a conseguire le prestazioni previdenziali: il che vuol significare che il legislatore non può – senza violare quel principio di proporzionalità che sorregge il sistema pensionistico – non tener conto delle contribuzioni dei prestatori d'opera».

Ciononostante, chiamata a esprimersi sulla legittimità del sistema di cumulo introdotto dalla l. n. 153/1969, la Corte, con la sentenza n. 30 del 1976 (34), se da un lato conferma formalmente quanto affermato nella pronuncia del 1969, dall'altro, nella sostanza, lo contraddice, escludendo che «la riduzione del trattamento pensionistico a carico di chi, continuando a lavorare, percepisce anche una retribuzione» contrasti con l'art. 38 Cost. Ciò sul presupposto «che con la riforma del sistema pensionistico la pensione di vecchiaia ha perso l'originario carattere di prestazione correlata inscindibilmente all'ammontare dei contributi versati; che il diritto a pensione matura, a volte, in relazione a contributi soltanto giuridicamente accreditati e non effettivamente accantonati; che la pensione si inserisce in un sistema di solidarietà sociale, con concorso finanziario dello Stato, nel cui ambito i contributi servono per il conseguimento di finalità che trascendono gli interessi dei singoli. Ciò risulta evidente quando si consideri il sistema di liquidazione delle pensioni retributive, che prescindere dall'ammontare delle contribuzioni accreditate sul conto individuale e consente l'attribuzione di pensioni molto più elevate, ragguagliandole al trattamento economico goduto dal lavoratore nel periodo in cui ha percepito le maggiori retribuzioni».

A conferma del cambio di contesto, la Corte sottolinea come «il riconoscimento della pensione come oggetto di un diritto soggettivo», effettuato nella citata sentenza n. 34 del 1960, risultasse «tratto da una specifica configurazione legislativa» e, dunque, tale da non rilevare ai fini della decisione sulla legittimità delle limitazioni al cumulo in un sistema retributivo a ripartizione.

In una prospettiva generale, occorre convenire con la Corte che «la regolamentazione del cumulo tra pensioni e redditi da lavoro interferisce con molteplici valori di rango costituzionale, come il diritto al lavoro (art. 4 Cost.), il diritto a una prestazione previdenziale proporzionata all'effettivo stato di bisogno (art. 38, secondo comma, Cost.), la solidarietà tra le diverse generazioni che interagiscono nel mercato del lavoro (art. 2 Cost.), in una prospettiva volta a garantirne un equo ed effettivo accesso alle opportunità di occupazione che si presentano». Non convince, tuttavia, la conseguenza che la Corte trae da questa affermazione, ovvero che spetti «alla discrezionalità del legislatore bilanciare i diversi valori coinvolti, in un contesto di molteplici variabili di politica sociale

(34) C. cost. 12.2.1976, n. 30, in *GU*, 1^a serie speciale, C. cost., 25.2.1976, 51.

ed economica, e modulare la concreta disciplina del cumulo, in armonia con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza» (35).

Richiamando il principio di ragionevolezza, la Corte rinuncia, infatti, a pretendere che il legislatore individui uno o più criteri razionali e stabili di ammissibilità o esclusione totale o parziale del cumulo – come potrebbe essere il metodo di calcolo della prestazione (retributivo o contributivo) e, dunque, la fonte prevalente di finanziamento –, per insistere su un concetto «aperto» (la ragionevolezza), rispetto al quale è probabile che si eserciti quella politica costituzionale alternativa (della Corte) che tante incertezze produce in coloro che vorrebbero operare la migliore scelta tra permanenza nel mercato del lavoro e ingresso nel sistema pensionistico, soprattutto in un modello come quello contributivo che, come visto, garantisce tassi di sostituzione tra pensione e retribuzione non necessariamente generosi.

4. — *L'agevolazione delle forme pensionistiche complementari. La chiusura del cerchio* — Oltre al cumulo tra pensione e retribuzione, un efficace strumento di compensazione del basso tasso di sostituzione offerto dal sistema pensionistico può essere costituito dalla previdenza complementare. Come evidenziato dalla dottrina (36), lo sviluppo di queste forme di previdenza ha costantemente accompagnato il modello contributivo prima dell'avvento del retributivo per la previdenza pubblica di base. Come sottolineato dalla stessa dottrina (37), tuttavia, l'atteggiamento del legislatore nei confronti della previdenza complementare è stato ambiguo, prigioniero di un dilemma solo apparentemente teorico: quello della riconducibilità al c. 2 o al c. 5, art. 38 Cost.

La prima soluzione, autorevolmente sostenuta in dottrina e avallata dalla Corte costituzionale (38), sostanzialmente afferma la funzionalizzazione della previdenza complementare alla garanzia, a completamento di quella pubblica di base, dei «mezzi adeguati». Il punto di critica al quale viene sottoposta questa soluzione riguarda l'essere le forme complementari libere nella loro costituzione e adesione e, dunque, non funzionalizzabili al perseguimento di un interesse pubblico generale. Il loro carattere di libertà le dovrebbe far ricondurre nella sfera dell'art. 38, c. 5, in una corrispondenza tra «libero» e «privato» a dire il vero un po' datata. Ciò a voler tacere anche del fatto che sicuramente non si tratta di assistenza ma di previdenza.

Ciononostante, la critica sembra cogliere nel segno nella misura in cui rim-

(35) C. cost. 5.10.2016, n. 241, in *GU*, 1^a serie speciale, C. cost., 16.11.2016, 46.

(36) Persiani 2000.

(37) *Ivi*.

(38) Cinelli 2000; Sandulli 1995. C. cost. 28.7.2000, n. 393, sulla quale Pessi 2000.

provera al legislatore di non aver osato, rendendo la previdenza complementare obbligatoria e, dunque, più propriamente, integrativa di quella pubblica di base, in un sistema pensionistico che, a seguito dell'adozione del contributivo, necessita di un secondo pilastro che incrementi l'ammontare delle prestazioni. D'altro canto, però, questa corretta osservazione si scontra, nuovamente, con la necessità di corrispondere, per molti anni ancora, pensioni di importi decisamente elevati, il finanziamento delle quali richiede, comunque, il mantenimento ai livelli attuali delle aliquote contributive, rendendo, quindi, politicamente improponibile caricare, obbligatoriamente e ulteriormente, il costo del lavoro dell'onere contributivo e fiscale della previdenza complementare nonché, laddove non venisse abolito, del contributo di solidarietà (art. 16, d.lgs. n. 252/2005).

La scelta in favore dell'obbligatorietà della previdenza complementare (*recitius*: integrativa) presuppone l'esistenza di un sistema contributivo a regime, per così dire maturo, libero, dunque, da ipoteche del passato, rispetto al quale il legislatore possa ridurre le aliquote contributive in essere, lasciando così un margine di manovra alla determinazione dei privati che volessero diventare attori della previdenza integrativa. Al momento, invece, l'unica soluzione praticabile sembrerebbe essere quella di rendere obbligatorio il conferimento del trattamento di fine rapporto (di seguito, Tfr) alla previdenza complementare, una volta divenuta integrativa, e di convertire in rendita l'erogazione in capitale tuttora prevista per chi non abbia esercitato l'opzione.

Non coglie, invece, a nostro avviso nel segno la critica alla funzionalizzazione in termini di violazione della libertà sindacale, laddove i fondi pensione siano costituiti per il tramite di contratti collettivi (39). Rendere obbligatoria la previdenza complementare, peraltro in un contesto nel quale il legislatore ha già armonizzato i requisiti di accesso alla prestazione a quelli della previdenza pubblica di base, avrebbe l'effetto di rafforzare il ruolo della contrattazione collettiva, soprattutto di settore, «offrendo» una ragione concreta di solidarietà categoriale (40). In questa prospettiva si potrebbe studiare un meccanismo che, a determinate condizioni, riduca l'inattuabilità delle risorse da parte dei partecipanti al Fondo, soprattutto nel caso in cui si verificano rilevanti avanzi di gestione, di modo da sopperire al venir meno della liquidità della quale le imprese beneficino a seguito dell'accantonamento effettivo del Tfr.

Né si potrebbe ritenere violato il principio di libertà sindacale in fase di istituzione di nuovi fondi, dato che sarebbe chiaro per le parti sociali che quell'operazione si iscriverebbe, necessariamente e volontariamente, in un sistema

(39) Sul tema, per tutti, Rusciano 2003.

(40) La «via italiana all'obbligatorietà»: Passalacqua 2007.

di garanzia concorrente pubblico-privato dei «mezzi adeguati» in una logica di solidarietà categoriale, propugnata, peraltro, dallo stesso art. 38, c. 2, il quale, nella sua lettera, spesso dimenticata, si riferisce ai lavoratori e non a tutti i cittadini.

La funzionalizzazione della contrattazione collettiva, con specifico riferimento alla previdenza complementare, divenuta integrativa, contribuirebbe a fare chiarezza circa la distinzione tra previdenza e assistenza nei termini già indicati nelle pagine precedenti, consentendo, così, di chiudere definitivamente il cerchio ovvero la stagione del retributivo «disinvolto», sottraendo il sistema pensionistico alla logica politica della giustizia distributiva e riportandolo nel suo più naturale alveo della logica giuridica della giustizia retributiva.

La giustizia distributiva dovrebbe essere perseguita attraverso un'effettiva realizzazione del diritto al lavoro di cui all'art. 4, mediante politiche sociali adeguatamente finanziate (41), il buon esito delle quali consentirebbe il funzionamento «a regime» dell'art. 38, c. 2, nella garanzia dei «mezzi adeguati» per i lavoratori, subordinati e autonomi (sempre più partecipi dei destini del sistema previdenziale), che quelle politiche avranno aiutato a crescere (42).

In questa prospettiva si potrebbe concludere per la «giovinanza» della pensione di vecchiaia, a condizione che, come acutamente sottolineato in dottrina (43), la si consideri un «diritto in trasformazione».

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2001), *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un «sistema integrato di microsystemi»*, in *ADL*, 981 ss.
- Ales E. (2007), *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale*, in *RDSS*, 251 ss.
- Ales E. (2015), *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 457 ss.
- Ales E. (2019), *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in *RDSS*, 521 ss.
- Ales E. (2020), *Quale welfare ai tempi della pandemia?*, in *RDSS*, 429 ss.
- Avio A. (2013), *La vecchiaia della pensione*, in *LD*, 403 ss.
- Bavaro V. (2018), *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *LD*, 244 ss.
- Bozzao P. (2019), *Reddito di cittadinanza e laboriosità*, in *DLRI*, 1 ss.

(41) Non necessariamente con un ritorno al principio assicurativo: Renga 2015.

(42) Ales 2001.

(43) Casillo 2016.

- Canavesi G. (2013), *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *DRI*, 665 ss.
- Canavesi G. (2017), *L'età pensionabile nella prospettiva previdenziale*, in *VTDL*, 11 ss.
- Canavesi G. (2019), *Il futuro non c'è, il presente guarda al passato. Le misure di pensionamento anticipato nel decreto legge 28 gennaio 2019, n. 4*, in *MGL*, 493 ss.
- Casillo R. (2016), *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Esi, Napoli.
- Casillo R. (2018), *Reddito di inclusione figure affini*, in *DLM*, 491 ss.
- Cinelli M. (2000), *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *q. Riv.*, I, 523 ss.
- Cinelli M. (2013), *Il welfare tra risparmio e razionalizzazione. Gli interventi di riforma 2011-2012 su pensioni e ammortizzatori sociali*, in M. Cinelli et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 393 ss.
- Cinelli M. (2015), *Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015)*, in *DLM*, 541 ss.
- Cinelli M., Ferraro G. (a cura di) (2008), *Lavoro, competitività, welfare. Commentario della legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Utet, Torino.
- Cinelli M., Persiani M. (a cura di) (1995), *Commentario della riforma previdenziale: dalle leggi «Amato» alla finanziaria 1995*, Giuffrè, Milano.
- Commissione europea (2010), *Libro verde. Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa*, Com(2010)365 def.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- Garofalo D. (2015), *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al d.l. n. 65 del 2015*, in *LG*, 680 ss.
- Giubboni S. (2012), *Solidarietà*, in *PD*, 252 ss.
- Ludovico G. (2019), *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario*, in *DRI*, 28 ss.
- Natullo G. (2020), *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 413.
- Occhino A. (2017), *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, 3 ss.
- Passalacqua P. (2007), *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *RDSS*, 47 ss.
- Persiani M. (2000), *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *DLRI*, 201 ss.
- Persiani M. (2017), *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *DLRI*, 281 ss.
- Persiani M. (2018), *Ancora un tentativo non riuscito di individuare il principio costituzionale di sistema in materia previdenziale*, in *DLRI*, 169 ss.
- Pessi R. (a cura di) (1995), *La riforma del sistema pensionistico*, Cedam, Padova.
- Pessi R. (2000), *Una lezione di etica politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*, in *MGL*, 965 ss.
- Pessi R. (2015), *Ripensando il salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *MGL*, 400 ss.
- Renga S. (2015), *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *LD*, 77 ss.

- Rusciano M. (2003), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino.
- Sandulli P. (1995), voce *Previdenza complementare*, in *DDPComm.*, Utet, Torino, 253 ss.
- Sandulli P. (2012), *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 241/2011*, in *RDSS*, 1 ss.
- Zoppoli L. (2007), *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali*, in *DLM*, 75 ss.
- Zoppoli L. (2018), *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 356.

ABSTRACT

Il saggio si propone di analizzare la riforma del sistema pensionistico attuata con la l. n. 335 del 1995 a venticinque anni dalla sua entrata in vigore, anche alla luce dei più importanti interventi che si sono succeduti sulla materia. In particolare, l'analisi si concentra sul sistema di calcolo dei trattamenti pensionistici, sulle condizioni di accesso alle prestazioni e sull'agevolazione delle forme pensionistiche complementari; quest'ultima vista come misura di chiusura del cerchio.

THE PENSION SYSTEM 25 YEARS AFTER THE REFORM

This essay aims at analyzing the pension reform introduced by Act n. 335 of 1995, 25 years later, also in the light of the most relevant legislative measures adopted meanwhile. In particular, it focuses on the benefits calculation systems, the conditions of entitlement and the enhancement of occupational pension schemes; the latter to be looked at as the squaring of the circle.

Paola Giacomello ()*

LA SOSTENIBILITÀ DEL SISTEMA PENSIONISTICO IN UNA REALTÀ DEMOGRAFICA INSOSTENIBILE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I legami tra struttura demografica e sistema pensionistico. — 2.1. La popolazione italiana e la sua struttura per età. — 2.2. Il futuro demografico dell'Italia. — 3. Riflessioni conclusive.

1. — *Introduzione* — Mi trovo a scrivere queste pagine sugli aspetti demografici del nostro paese e dei loro risvolti sul sistema pensionistico mentre viviamo una quotidianità a dir poco incredibile e imprevedibile. Un microscopico virus sta mettendo a rischio la salute di tutti noi, 7,7 miliardi di individui isolati ma, mai come ora, consapevoli di vivere nel «villaggio globale»: famoso ossimoro introdotto da McLuhan (1) a metà degli anni sessanta.

Le domande che immagino tutti ci stiamo ponendo sono: «quando tutto questo finirà?». «Quanto tutto questo inciderà sulla vita di ognuno di noi e su quella del paese intero?».

Domande a cui è difficilissimo, se non impossibile, rispondere, così come è altrettanto impossibile prevedere le conseguenze demografiche, sociali ed economiche che questa pandemia comporterà, così da rendere ancora più ardua una valutazione della sostenibilità demografica del sistema pensionistico.

2. — *I legami tra struttura demografica e sistema pensionistico* — Introduciamo questo capitolo con qualche dato: la spesa pensionistica in Italia nel 2018, ultimo dato disponibile, ha raggiunto la cifra di 293 miliardi pari al 16,6% del Prodotto interno lordo (Pil). Questa percentuale negli anni della crisi economica era aumentata raggiungendo un picco nel 2014 (17,0%) ed era successivamente diminuita sino a 16,5% nel 2017 grazie all'andamento più favorevole della crescita economica e all'effetto delle riforme del sistema pensionistico. La maggior parte della spesa (265 miliardi, pari al 91% della cifra tota-

(*) Referente Assicurazione della qualità CdS L-33 e LM-56 presso il dipartimento di Scienze sociali ed economiche della «Sapienza» Università di Roma.

(1) Vd. Mc Luhan 1967.

le) ha interessato le pensioni per invalidità, vecchiaia e superstiti (Ivs), ossia quelle legate a un pregresso contributivo proprio o di un familiare.

Il rapporto tra pensionati da lavoro e occupati al 2018 è risultato pari a 61%, a significare che 100 contribuenti supportano 61 percettori: rapporto che si è ridotto dopo la manovra «Salva Italia» (legge n. 214/2011) di ben 6 punti percentuali mentre nel periodo 2000-2012, precedente la riforma, si era ridotto di soli 2 punti percentuali (2).

Il nostro sistema pensionistico è passato dal sistema retributivo a quello contributivo ormai da un quarto di secolo, precisamente con la riforma Dini del 1995 (legge n. 335/1995). Questo sistema si basa sulla corrispettività, ossia la restituzione dei contributi versati nel corso della vita attiva. Il montante contributivo viene spalmato sugli anni di vita residua del pensionato e del coniuge superstite tramite un coefficiente di trasformazione che deve essere periodicamente rivisto «sulla base delle rilevazioni demografiche e dell'andamento effettivo del tasso di variazione del Pil di lungo periodo rispetto alle dinamiche dei redditi soggetti a contribuzione previdenziale, rilevati dall'Istat» (3). La legge stabilisce inoltre che anche i requisiti di età per l'accesso al pensionamento debbano essere aggiornati tenendo conto della variazione, nell'ultimo triennio disponibile, della speranza di vita alla nascita, senza distinzione di genere, calcolata dall'Istat a livello nazionale (4).

Compaiono le prime variabili demografiche fondamentali ai fini del calcolo della pensione effettiva: l'età a cui si accede al ruolo di pensionato e la speranza di vita residua.

Il nostro sistema pensionistico ha inoltre la caratteristica di essere un sistema a ripartizione, ossia le prestazioni sono finanziate dai lavoratori coi loro contributi previdenziali. Costoro, prima ancora di lavorare, di guadagnare, di pagare le tasse e di avere dei versamenti contributivi, devono esistere, quindi essere nati, aver studiato e soprattutto essere entrati nel mercato del lavoro. E allora non solo la sopravvivenza residua e l'età in cui si va in pensione entrano in gioco, ma anche la fecondità, la sopravvivenza e il movimento migratorio con i suoi flussi in entrata e in uscita, ossia tutti quegli elementi che determinano la numerosità e le caratteristiche strutturali di una popolazione. La Demografia, come sostiene Cazzola (2019), «è una sorta di *tapis roulant* su cui cammina quasi

(2) Istat 2020a.

(3) Il *timing* della revisione è passato da 10 a 3 fino ad arrivare a 2 anni con la riforma Fornero. Nel corso del 2020, l'Istat rilascerà ai competenti Ministeri un nuovo set di parametri con riferimento all'anno 2018, che entreranno in vigore dal 1° gennaio 2021.

(4) L'ultimo aggiornamento dei requisiti, entrato in vigore dal 1° gennaio 2019 e definito sulla base del periodo 2013-2016, ha portato l'età al pensionamento a 67 anni.

tutto il resto», per cui non possiamo far altro che specificare la struttura e la velocità a cui va questo *tapis roulant*.

2.1. — *La popolazione italiana e la sua struttura per età* — La popolazione residente in Italia al 1° gennaio 2020 ammonta a 60 milioni e 317 mila unità cifra che conferma il *trend* decrescente iniziato nel 2015. Tale tendenza deriva da un Tasso di fecondità totale (di seguito, Tft) che dal 1977 si colloca su valori che non assicurano il ricambio generazionale e al 2019 è pari a 1,29, da un regolare aumento della speranza di vita alla nascita pari attualmente a 81 anni per gli uomini e 85,3 per le donne e da una dinamica delle migrazioni internazionali altalenante.

Come conseguenza delle dinamiche dell'ultimo secolo, l'età mediana della popolazione ha raggiunto nel 2019 i 45,7 anni, confermando il fatto che la struttura per età della popolazione prosegue il suo lento ma costante spostamento verso le età più anziane, ed è proprio la struttura per età a essere strettamente legata al sistema pensionistico.

Abitualmente i demografi studiano la struttura per età e per genere di una popolazione tramite un grafico denominato Piramide per età e degli indici costruiti mettendo a rapporto l'ammontare della popolazione nelle tre grandi classi d'età che identificano il gruppo dei giovani (P_{0-14}), quello degli adulti (P_{15-64}) e quello degli anziani ($P_{65 \text{ e oltre}}$). Si ottengono così l'Indice di vecchiaia ($I_v = P_{65 \text{ e oltre}} / P_{0-14}$) e l'Indice di dipendenza strutturale ($I_d = P_{65 \text{ e oltre}} + P_{0-14} / P_{15-64}$) che, per i nostri fini, è più utile scomporre in Indice di dipendenza dei giovani ($I_{dg} = P_{0-14} / P_{15-64}$) e Indice di dipendenza degli anziani ($I_{da} = P_{65 \text{ e oltre}} / P_{15-64}$) poiché in questo modo si può distinguere il carico sociale sulla popolazione attiva in funzione della diversa natura dei servizi richiesti dai due gruppi d'età 0-14 anni e 65 e oltre. In particolare, I_{da} si può leggere come rapporto tra percettori e contribuenti poiché la popolazione in età 65 e oltre può essere identificata come la popolazione in età pensionistica e la popolazione 15-64 come la popolazione occupata od occupabile.

Con riferimento al 1° gennaio 2020, gli ultrasessantacinquenni rappresentano, in Italia, il 23,1% della popolazione totale, il 63,9% della popolazione ha età compresa tra 15 e 64 anni mentre solo il 13% ha meno di 15 anni. Queste cifre fanno sì che l'indice I_v sia attualmente pari a 178% ossia quasi un giovane ogni due anziani, mentre solo 50 anni fa era l'esatto contrario ossia più di due giovani ogni anziano, e l'indice I_{da} sia pari a 36% ossia 36 anziani per ogni 100 attivi, più del doppio del valore assunto nel 1970 (17%).

Dopo questo stringato *excursus* numerico, ai fini dell'argomento trattato ci dobbiamo porre due domande:

- a. ha senso identificare la popolazione in età 15-64 anni con gli attivi?
- b. ha senso identificare la popolazione in età 65 e oltre con i pensionati?

a. In Italia l'istruzione è obbligatoria sino a 16 anni e sino ai 18 anni si può essere ancora all'interno del sistema dell'istruzione o svolgere comunque un'attività formativa; al 2019, nella classe d'età 15-19, la percentuale di «non forza lavoro» sul totale della popolazione è infatti molto elevata e pari al 93%; la percentuale di coloro che non cercano lavoro e non sono disponibili a lavorare è pari all'89%: cifra che conferma la partecipazione al sistema dell'istruzione/formazione. Anche nel gruppo d'età successivo, ossia 20-24 anni, ben il 45% non cerca lavoro e non è disponibile a lavorare, perché molto probabilmente intenzionato a proseguire gli studi nel sistema universitario o nel sistema di formazione terziaria (nel 2018 il tasso d'iscrizione all'università è pari al 39%).

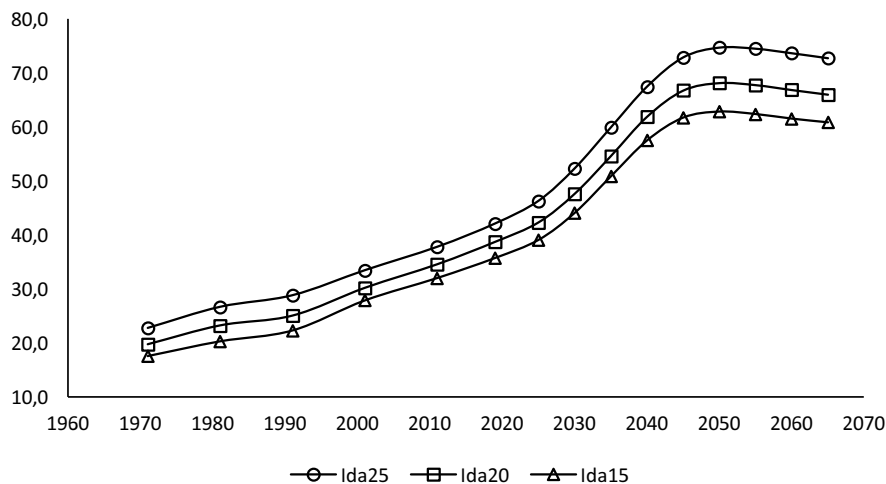
Sulla base di queste valutazioni, il gruppo di popolazione che potrebbe essere occupato è senz'altro quello tra 20 e 64 anni, se non addirittura il gruppo 25-64, e non quello tra 15 e 64. Come si vede dalla Figura 2.1, calcolare I_{da} sul gruppo 15-64 (I_{da15}) o sul gruppo 20-64 (I_{da20}) o su quello 25-64 (I_{da25}) comporta una certa differenza: al 2019 I_{da25} supera I_{da15} di ben 6 punti percentuali, ovvero se consideriamo il gruppo 15-64 abbiamo 36 anziani ogni 100 attivi, mentre ne abbiamo 42 considerando il gruppo d'età 25-64. Queste differenze che ci sembrano oggi poco significative nel prossimo futuro, come vedremo nel paragrafo successivo, diventeranno sempre più ampie e acquisiranno sempre più importanza nella stima della sostenibilità del sistema pensionistico.

b. Viste le attuali leggi in vigore per l'accesso alla pensione, dal gruppo della popolazione in età 65 e oltre dovremmo decurtare i contingenti in età 65 e 66 anni. In realtà l'età media effettiva nella quale i lavoratori italiani abbandonano il ruolo di attivi è pari a 62 anni a causa dei lavoratori che usufruiscono delle pensioni anticipate e dei lavoratori che svolgendo lavori usuranti hanno diritto a un'età di pensionamento più bassa. Dovremmo quindi aggiungere ai percettori la popolazione in età tra i 62 e i 64 anni e naturalmente toglierla dal gruppo dei contribuenti ottenendo così non più un rapporto pari al 42% bensì al 48%.

Anche dai dati dell'Osservatorio Inps viene confermata la presenza di un numero significativo di pensioni anticipate. In particolare nel 2019 l'Inps ha erogato, rispetto al 2018, il 15% in meno di nuovi trattamenti di vecchiaia – quelli riservati a chi ha raggiunto il requisito di età di 67 anni – e il 29,4% in più di nuove «pensioni anticipate», che non sono altro che le vecchie pensioni di anzianità, ossia quanti hanno raggiunto l'anzianità contributiva prevista dalla legge Fornero, i «lavoratori precoci» e coloro che hanno chiesto di uscire con «Quota 100» (5).

(5) Il dato è riferito al 2 gennaio 2020, ed è un dato provvisorio poiché non considera le pensioni ancora in giacenza che hanno comunque decorrenza nel 2019. Le domande per «Quota 100» sono state oltre 200mila e quindi il numero delle nuove pensioni di anzianità sarà senz'altro più elevato.

Figura 2.1. Indice di dipendenza degli anziani calcolato rispetto al gruppo d'età 15-64 ($I_{da\ 15}$), al gruppo d'età 20-64 ($I_{da\ 20}$) e al gruppo d'età 25-64 ($I_{da\ 25}$). Anni 1970-2065.



Fonte: ns. elaborazioni su dati Istat.

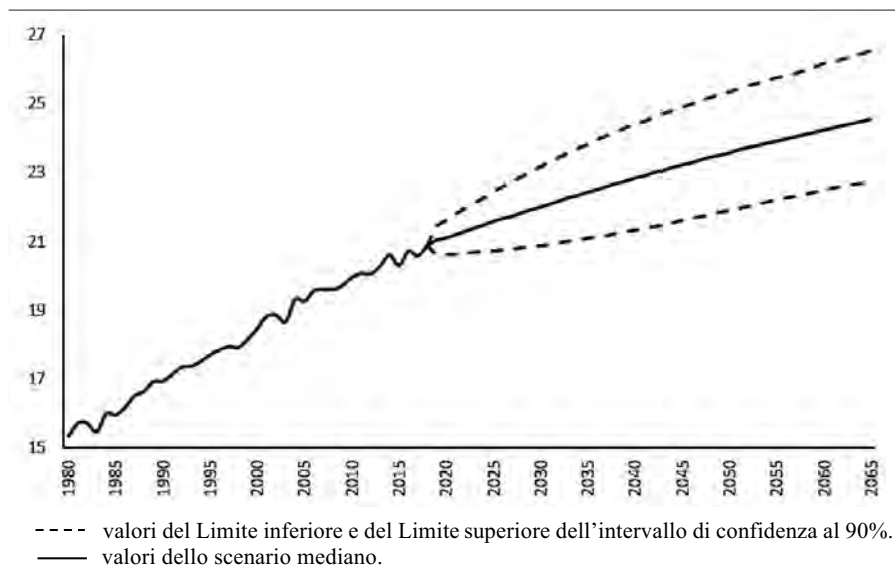
Alla luce di queste considerazioni, per l'analisi della situazione futura, non conoscendo se e come si evolveranno le leggi che riguardano il sistema pensionistico italiano, utilizzeremo comunque l'Indice di dipendenza degli anziani calcolato come rapporto tra la popolazione in età 65 e oltre e la popolazione in età 20-64 anni, ben consapevoli che in realtà i valori che otteniamo sono più favorevoli alla sostenibilità poiché il numeratore dell'indice dovrebbe essere ampliato (età 62 e oltre) e il denominatore dovrebbe essere ridotto (età 25-61). Inoltre, nella classe d'età 20-64 non tutti sono contribuenti, come attesta il tasso di occupazione, che al 2019 è pari al 64%, e quindi otterremmo senz'altro un carico di pensionati sugli occupati maggiore di quello che l'indice di dipendenza demografico ci rivela. A questo punto, il quesito fondamentale per valutare la sostenibilità del sistema pensionistico è: «ma per quanti anni gli attuali 65enni e quelli delle generazioni successive sopravviveranno?».

2.2. — *Il futuro demografico dell'Italia* — Prima di affrontare il quadro demografico futuro cerchiamo di rispondere alla domanda con cui abbiamo chiuso il paragrafo precedente.

Tra il 1980 e il 2019 la speranza di vita a 65 anni è cresciuta di oltre cinque anni e mezzo, passando da 15,3 a 20,9 anni. Tale crescita nel tempo non è stata sempre lineare, in particolare (cfr. Figura 2.2) negli anni 1983, 2003 e 2015 si è

osservato un incremento della mortalità soprattutto della popolazione anziana dovuto principalmente alle sfavorevoli condizioni meteorologiche dell'epoca (6).

Figura 2.2. Andamento della speranza di vita a 65 anni. Anni 1980-2065.



Fonte: Monducci 2020.

Queste oscillazioni rischiano di diventare sempre più forti a mano a mano che aumenterà il numero dei grandi vecchi (popolazione *over 85* anni) perché il loro rischio di morte è molto legato alle stranezze del clima e/o alle epidemie influenzali.

Per il 2020 e il 2021, in relazione alla pandemia in atto, ci dobbiamo aspettare che la speranza di vita a 65 anni subisca un considerevole picco verso il basso e un successivo picco verso l'alto per l'effetto «*harvesting*» ben noto agli epidemiologi, ossia un rimbalzo dovuto al fatto che nell'anno precedente sono già morti i soggetti più a rischio. Le informazioni che l'Istat ci fornisce relative al confronto tra la mortalità dal 1° al 28 marzo del 2020 e quella dello stesso periodo del 2019 confermano l'aumento del numero dei morti di cui i *media* tutti i giorni danno notizia. I dati che provengono dall'Anpr (Anagrafe nazionale popolazione residente) di 1450 comuni, considerati attendibili, ci attestano un aumento del 117,3% di morti per la popolazione in età 65-74 anni, del 130,0% per quella in età 75-84 anni e del 93,2% per gli ultra 84enni (7).

(6) Cislighi *et al.* 2016.

(7) <https://www.istat.it/it/archivio/239854>.

La variabilità della mortalità tra un anno e l'altro si riflette sui requisiti di accesso al pensionamento penalizzando o favorendo una generazione rispetto alla precedente o alla successiva. Con la legge n. 205/2017 si è superato parzialmente questo problema aggiornando il metodo di calcolo, che si basa ora sulla differenza tra i valori medi osservati nei singoli anni del biennio d'interesse e quelli dei singoli anni del biennio precedente.

Per il futuro la speranza di vita si stima passerà dai circa 81 anni per gli uomini e 85 per le donne rispettivamente a 86 e 90 nel 2065, mentre la speranza di vita a 65 anni da 21 anni a 24,5 nel 2065, ultimo anno di previsione (cfr. Figura 2.2) (8) (Istat, 2020b). Sulla base di queste cifre il requisito d'età per la pensione di vecchiaia sarà pari a 70 anni nel 2055. Questa età potrebbe spaventare i molti ma se pensiamo che nel 2018 la speranza di vita a 65 anni senza limitazioni nelle attività è pari a 10 anni (9) potremmo anche non farci spaventare dal rimanere al lavoro fino ai 70 anni.

Certamente l'età di pensionamento, come già oggi è, non dovrebbe essere uguale per tutti i lavoratori poiché l'aspettativa di vita varia molto in funzione della regione di residenza, del livello d'istruzione e soprattutto del tipo di occupazione. È noto che se scomponiamo la probabilità di morte per le sue cause, le persone che svolgono lavori gravosi hanno una probabilità maggiore di morire per infortuni o per cause legate a malattie croniche rispetto alle persone che svolgono lavori non gravosi le cui principali cause di morte sono legate più alle patologie tipiche della terza età.

Analizziamo ora come si modificherà l'altro importante aspetto demografico ai fini della sostenibilità del sistema pensionistico, ossia la struttura per età della popolazione. I dati che presentiamo derivano dalle Previsioni effettuate dall'Istat con base 1° gennaio 2018 (10).

Nei prossimi 45 anni la popolazione italiana, nel suo complesso, continuerà molto probabilmente a ridursi. Rispetto agli oltre 60 milioni di residenti odierani si prevede che, sulla base dello scenario mediano, la popolazione potrà scendere a 59,3 milioni entro il 2040 e a 53,8 milioni entro il 2065.

Questa contrazione deriva dal previsto aumento della speranza di vita alla nascita, i cui valori al 2065 ricordiamo sono previsti pari a 86 anni per gli uo-

(8) Istat 2020b.

(9) Istat 2019.

(10) Le previsioni dell'Istat sono di tipo semistocastico. La loro caratteristica fondamentale è quella di considerare l'incertezza associata ai valori previsti, determinando gli intervalli di confidenza delle variabili demografiche e dando la possibilità all'utente di poter scegliere autonomamente il grado di fiducia da assegnare ai risultati. Qui riportiamo i risultati che si riferiscono allo scenario mediano e gli intervalli di confidenza al 90% di probabilità.

mini e 90 per le donne, e dal fatto che le nascite, nonostante si preveda per tutto il periodo previsionale un Tft in rialzo, non saranno elevate poiché il numero delle donne in età feconda tenderà gradualmente a diminuire. Il saldo naturale sarà dunque negativo per tutto il periodo di previsione e il saldo migratorio, anche se ipotizzato positivo e pari a circa 165 mila unità annue, non riuscirà ad arginare il declino demografico del paese.

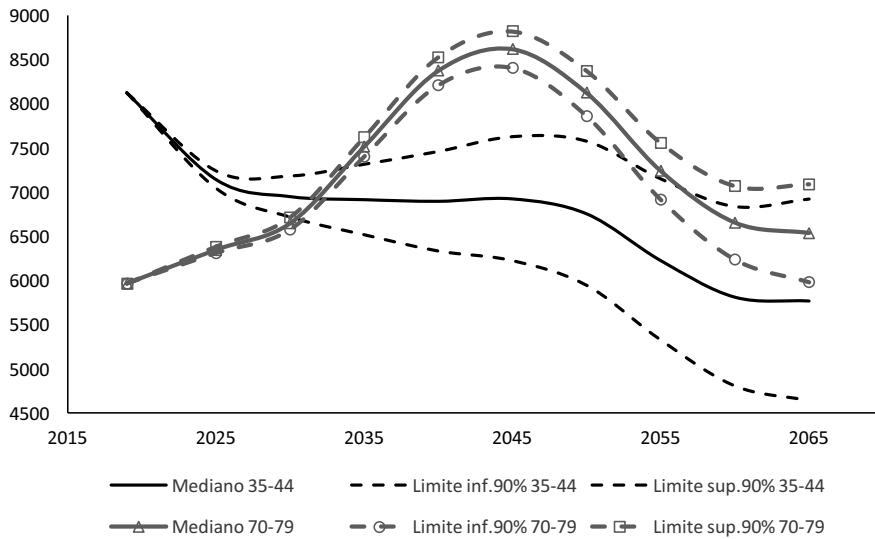
Per quanto riguarda la struttura per età si assisterà a un continuo invecchiamento che farà passare l'indice di vecchiaia da 178% del 2020 a 280% nel 2065 e l'età media dagli attuali 45 anni a 53 nel 2065. Dalla Figura 2.1 si evidenzia come $I_{da\ 20}$, il rapporto intergenerazionale che più ci interessa, avrà un andamento praticamente esponenziale fino al 2050, anno in cui raggiungerà un picco pari a 68%, per poi diminuire leggermente (66% al 2065). La differenza tra $I_{da\ 25}$ e $I_{da\ 15}$ che, come già ricordato, al 2019 è pari a circa 6 punti percentuali, al 2055 sarà di quasi 12 punti percentuali e rimarrà praticamente costante nel decennio successivo. In particolare, $I_{da\ 25}$ raggiungerà nel 2020 il valore di 75% ossia 75 anziani ogni 100 attivi, valore alquanto problematico ai fini della sostenibilità del sistema pensionistico.

L'importante calo percentuale della popolazione attiva, a vantaggio di quella ultrasessantacinquenne, si spiega anche con il passaggio dei *baby boomers* (nati nel periodo 1960-1975) dalla tarda età attiva (45-60 anni), in cui si collocano oggi, all'età anziana (65 e più), in cui si riverseranno domani. In particolare, si prevede un picco di invecchiamento che colpirà l'Italia nel 2050-2055, quando si risconterà il valore massimo dell'indice di vecchiaia pari al 286%.

Se invece di considerare le tre grandi classi d'età, abitualmente utilizzate dai demografi, consideriamo il gruppo d'età 35-44 come nucleo forte della classe dei contribuenti visto che in queste età il tasso di occupazione è massimo (al 2018 pari a 74%), e il gruppo d'età 70-79 anni come nucleo forte della classe dei percettori visto che la percentuale di pensionati è massima (al 2018 pari al 79%), la situazione, come si vede dalla Figura 2.3, sarà veramente critica soprattutto intorno al periodo 2040-2050 poiché il divario tra i due gruppi sarà al suo massimo, e questo a causa del picco della popolazione in età 70-79 anni. I valori previsti per questo gruppo hanno inoltre un intervallo di incertezza, definito dalle linee tratteggiate che comprendono la linea continua che rappresenta il valore della previsione mediana, molto più piccolo di quello del gruppo d'età 35-44 anni. Questo significa che la situazione peggiore per la sostenibilità del sistema pensionistico si verificherebbe se le previsioni seguissero l'andamento del limite superiore per la classe 70-79 anni e quello inferiore per la classe 35-44 anni: si arriverebbe al 2065 ad avere un percettore e mezzo ogni contribuente. Non ci troveremmo comunque in una situazione tanto migliore nemmeno seguendo la previsione mediana, che, fermo restando il grado di incertezza insito in qualsiasi

previsione demografica, è comunque la più plausibile: nel periodo 2040-2050 il rapporto sarebbe di un percettore e un pezzettino (1,2) ogni contribuente.

Figura 2.3. Ammontare della popolazione (in migliaia) nelle classi d'età 35-44 e 70-79. Anni 2019-2065.



Fonte: ns. elaborazioni su dati Istat.

L'incertezza delle previsioni è un fattore inevitabile, e avere a disposizione tanti scenari previsivi formulati da uno stesso Ente o da Enti diversi può essere negativo e potrebbe indurre a scegliere lo scenario più favorevole alla tesi che si vuole sostenere. Se consideriamo, ad esempio, che l'ammontare totale della popolazione, secondo la previsione mediana dell'Istat, sarà nel 2065 pari a 53,8 milioni, questo significherebbe una variazione pari al -11% rispetto all'anno iniziale di previsione. Se consideriamo il valore che la popolazione assumerebbe agli estremi dell'intervallo di previsione, avremmo una variazione molto più forte e pari a -24% considerando l'estremo inferiore (46 milioni) e addirittura un incremento di popolazione pari a 2% considerando l'estremo superiore (62 milioni). Gli andamenti delle classi d'età 15-64 e 65 e oltre si manterrebbero comunque gli stessi in tutte le previsioni, solamente più o meno accentuati, così da far variare l'Indice di dipendenza degli anziani tra il 54% (valore del limite inferiore dell'intervallo di confidenza al 90%) e il 70% (valore del limite superiore dell'intervallo di confidenza al 90%).

Dunque, quale scegliere in un *range* di risultati così ampio? Quello mediano

è appunto quello che si colloca a metà delle simulazioni effettuate e sarebbe poco plausibile scegliere il valore dell'estremo superiore, visto che sulle 3000 simulazioni soltanto nell'8% dei casi si riscontrerebbe un aumento della popolazione. Le previsioni delle Nazioni Unite (11) ci porterebbero anzi a scegliere i valori forniti dall'estremo inferiore dell'intervallo di confidenza della previsione mediana Istat (46 milioni circa), poiché stimano l'ammontare globale della popolazione italiana al 2065 pari a 48,6 milioni.

3. — *Riflessioni conclusive* — Chi pagherà dunque le pensioni di una popolazione con tale struttura per età? I dati parlano di un futuro in cui la spesa per il sistema pensionistico sarà insostenibile, poiché la decrescita della popolazione riguarderà soprattutto la popolazione attiva mentre la popolazione anziana sarà sempre più consistente e sempre più anziana. Ma anche se non volessimo credere alle previsioni demografiche, visto che il nostro è un sistema a ripartizione, la nostra popolazione attiva avrà tassi di occupazione elevati? Siamo un paese in cui i giovani, le donne e gli *over 55* purtroppo hanno ancora tassi di disoccupazione elevati.

I giovani: prima della situazione Covid-19 si è osservata una crescente domanda di lavoratori non specializzati; continuerà in futuro? Questa tipologia occupazionale è comunque problematica per i giovani, e in particolare per il sesso femminile, perché crea un notevole *mismatch* verticale rispetto alle competenze acquisite durante il percorso scolastico/formativo che non collimano con le effettive richieste del mercato. Nel 2018, ad esempio, il 39% degli occupati *under 35* è sovraistruito, e questo porta a percepire salari più bassi e a essere insoddisfatti della propria situazione. Esiste appunto una percentuale molto elevata di giovani scoraggiati che non sono occupati e non sono neppure in istruzione e formazione, i cosiddetti Neet (nella classe d'età 15-34 rappresentano il 24% dell'intero gruppo d'età), e se disaggreghiamo i dati secondo il titolo di studio le cifre rimangono significative anche tra i più istruiti (18% per quelli in possesso di laurea/titolo *post laurea*). Questo significa che si dovrà creare sì occupazione, ma cercando di recuperare anche questi giovani istruiti e scontenti. Altro problema è quello della precarietà lavorativa dei giovani: nel 2018, i lavoratori sotto i 35 anni di età sono per il 37% dei casi inquadrati con un contratto a tempo determinato, e questo rende più difficile la continuità contributiva; inoltre lavora in *part-time* involontario il 77% dei giovani.

Le donne: l'incremento dell'occupazione femminile può contribuire all'aumento del numero di contribuenti ma è necessario mettere in atto, innanzitut-

(11) United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Dynamics, 2020.

to, serie politiche di conciliazione vita-lavoro, visto che nella coppia è soprattutto la donna che si occupa del lavoro familiare, come conferma l'indice di asimmetria del lavoro familiare che è pari al 67% (12).

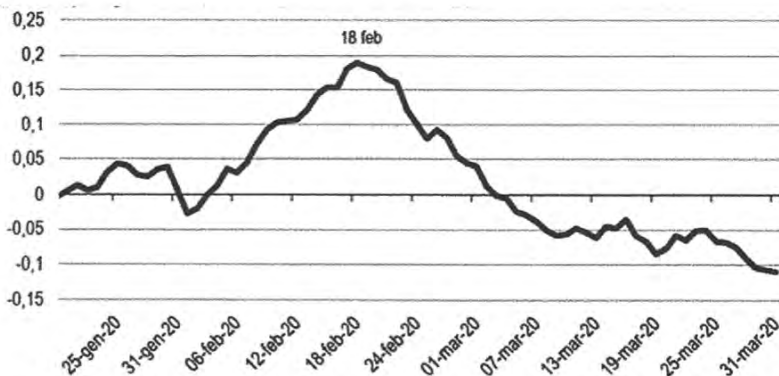
Gli *over 55*: sono di fatto già stati interessati da un aumento dell'occupazione derivante dallo spostamento in avanti dell'età pensionabile, ma per aumentare il loro tasso di attività dovrebbe essere garantita loro almeno la formazione continua per evitare l'obsolescenza delle competenze che va di pari passo con il progresso tecnologico.

Poche righe con qualche idea ma indubbiamente questa parte di popolazione attiva inutilizzata potrà contribuire solo se ci saranno delle riforme veramente incisive nell'ambito dell'istruzione e della formazione nonché delle politiche attive del lavoro e delle pari opportunità che garantiscano un serio orientamento e un efficace accompagnamento al collocamento e al ricollocamento in caso di disoccupazione.

E adesso con la pandemia da Covid-19?

Trovandoci in estrema difficoltà a fare qualsiasi tipo di previsione su come andrà la situazione economica e sociale del nostro paese nei prossimi mesi, e oserai dire anche anni, terminiamo proponendo la percezione che le persone hanno dell'evoluzione dell'economia ottenuta utilizzando i *big data* (cfr. Figura 3.1). La serie, opportunamente trattata, mostra un'elevata interazione con la diffusione del Covid-19: dall'inizio del 2020 l'indice raggiunge il massimo il 18 febbraio e poi subisce una netta flessione (31 marzo, ultimo dato rilevato), e tutti sappiamo come lo scoraggiamento possa bloccare qualsiasi progetto per il futuro.

Figura 3.1. Social Mood on Economy Index (dati giornalieri riferiti al ciclo della serie).



Fonte: Istat 2020c.

(12) Istat 2019.

Nell'affrontare gli anni a venire dovremo quindi impegnarci tutti su più fronti: innanzitutto rimanere positivi e non farci spaventare dalle prospettive negative dell'economia; ricordarci che le implicazioni di questa difficile situazione, che ora colpisce soprattutto le classi più anziane, andranno comunque a pesare molto seriamente sui nostri giovani, che sono la forza nevralgica per la vita demografica ed economica; chiedere alla classe politica un comportamento etico e responsabile che produca provvedimenti di ampio respiro e non i soliti ripieghi temporanei che tamponano ma non risolvono situazioni molto gravi che si protraggono da troppo tempo.

Vivere questa incredibile situazione può fornire la spinta per grandi cambiamenti, può far scaturire una maggior consapevolezza di ciò che veramente conta nella vita e può stimolare l'identificazione di nuovi paradigmi per la nostra futura esistenza personale, sociale ed economica.

Riferimenti bibliografici

- Cazzola G. (2019), *Pensioni e demografia: basterebbe fare 2+2*, in *Bollettino Adapt*, n. 43.
- Cislaghi C. et al. (2016), *Una strage o solo un dato statistico? Il surplus di decessi nel 2015*, in *Epidemiologia & Prevenzione*, vol. 40, n. 1, gennaio-febbraio, 9 ss.
- Istat (2019), *Rapporto Bes 2019: Il benessere equo e sostenibile in Italia*, in <https://www.istat.it/it/archivio/236714>.
- Istat (2020a), *Condizioni di vita dei pensionati. Anni 2017-2018*, in *Statistiche Report*, in www.istat.it.
- Istat (2020b), *Previsioni di popolazione base 2018*, in <https://www.istat.it/it/popolazione-e-famiglie?dati>.
- Istat (2020c), *Nota mensile sull'andamento dell'economia italiana*, n. 3, marzo.
- Jessoula M., Raitano M. (2015), *La riforma Dini vent'anni dopo: Promesse, miti, prospettive di policy. Un'introduzione*, in *Politiche Sociali*, n. 3, settembre-dicembre, 365 ss.
- McLuhan H.M. (1967), *Gli strumenti del comunicare*, Il Saggiatore, Milano.
- Monducci R. (2020), *Il Sistema previdenziale italiano*, Audizione dell'Istituto nazionale di statistica, Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro Roma.
- Oecd (2019), *Pensions at a Glance 2019: Oecd and G20 Indicators*, Oecd Publishing, Paris.
- United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Dynamics (2020), *World Population Prospects 2019*, in <https://population.un.org/wpp/DefinitionOfProjectionVariants>.

ABSTRACT

Nell'articolo viene valutata la sostenibilità del sistema pensionistico italiano sulla base delle caratteristiche demografiche odierne e future. Gli indicatori demografici utilizzati sono la speranza di vita a 65 anni d'età e l'indice di dipendenza degli anziani.

Le fasce d'età utilizzate per calcolare l'indice di dipendenza degli anziani sono, abitualmente, 15-64 e 65 e oltre. Tuttavia, per avere una stima migliore dei percettori e dei contribuenti, sulla base di specifiche rilevazioni dell'Istat, si propone di modificare queste classi d'età.

La speranza di vita a 65 anni d'età viene analizzata a partire dal 1980 fino al 2065, basandosi, per il periodo futuro, sulle recenti Previsioni di popolazione dell'Istat con anno base 2018. Questo indicatore porterebbe al 2055 l'età di accesso alla pensione di vecchiaia a 70 anni – età che potrebbe spaventare –, e a riguardo si fanno delle considerazioni legate alla mortalità differenziale.

La difficile sostenibilità del sistema pensionistico nel prossimo futuro viene evidenziata anche grazie al confronto tra le classi d'età 35-44 e 70-79 della popolazione che sono state prese come esempio dei percettori e dei contribuenti effettivi, ma nelle conclusioni si sottolinea come sia, in questo preciso momento di pandemia da Covid-19, impossibile fare qualsiasi tipo di stima sugli aspetti economici futuri del nostro paese e di conseguenza anche sulla futura sostenibilità della spesa pensionistica.

THE SUSTAINABILITY OF THE PENSION SYSTEM
IN AN UNSUSTAINABLE DEMOGRAPHIC REALITY

In this article, the sustainability of the Italian pension system is evaluated on the basis of the present and future demographic conditions. Life expectancy at 65 and elderly dependency index are used in the present analysis.

The age groups used to calculate the elderly dependency index are 15-64 and above 65. However, to better evaluate the number of who pay pensions and of retirees, the age groups should be modified in light of the information reported by Istat.

The life expectancy at 65 index is evaluated in the years 1980-2065. The Istat Population Previsions (based on the year 2018) were used to evaluate the index between 2020 and 2065. This index shifts the retiring age to 70 in the year 2055, and some evaluations on the differential mortality are drawn on this regard.

The difficult sustainability of the Italian pension system in the close future is also highlighted by the comparison between the age groups 35-44 and 70-79, which were selected as representatives of who pay pensions and of retirees.

Nonetheless, the uncertainties brought in by Covid-19 make it difficult to estimate the future Italian socio-economic condition and, therefore, the sustainability of the Italian pension system.

Antonella Occhino (*)

LE PENSIONI ANTICIPATE (AMMORTIZZATORI SOCIALI VS INVECCHIAMENTO ATTIVO)

SOMMARIO: 1. Prospettive demografiche e politiche di *welfare*. — 2. L'integrazione delle politiche del lavoro e di sicurezza sociale. — 3. Istituti di previdenza anticipata. — 4. L'Ape sociale e altri istituti di scivolo pensionistico di tipo assistenziale. — 5. Logica del pensionamento anticipato e principio di eguaglianza.

1. — *Prospettive demografiche e politiche di welfare* — I dati sintetizzati nel 2019 dall'Istat mostrano una situazione in netta tendenza verso la riduzione demografica e l'invecchiamento della popolazione, con un orientamento temporale ai prossimi trent'anni. Nella tendenza confluiscono il calo delle nascite, la perdita di residenti e appunto l'invecchiamento della popolazione, come dato implicito nella struttura anagrafica attuale, in cui la generazione degli anni sessanta si avvicina già alla cd. terza età in una situazione di costante allungamento delle aspettative di vita. Nel 2018 gli ultrasessantacinquenni rappresentavano già il 23% della popolazione e potrebbero diventarne nel 2050 tra il 32 e il 37%, in parallelo con una riduzione della popolazione in età 15-64 circa dal 64 al 54% (1).

Strategie di anticipazione devono mirare anche a politiche che incidano sulla gestione delle risorse umane nei contesti produttivi e sulla espansione dei settori dell'economia che fronteggiano una domanda di beni e servizi ordinata ai nuovi bisogni della popolazione, e in particolare di quella anziana, la quale, fino a 67 anni, a oggi, è considerata attiva dal sistema previdenziale, per cui le politiche di *active ageing* finiscono per appartenere al sistema in misura sostanzialmente necessaria (2).

Reciprocamente alla tenuta del sistema concorre una politica che risolva la «disparità di trattamento» fra generazioni che il sistema anche pensionistico ha

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore.

(1) Istat 2019, pp. 6-7.

(2) Treu 2007, 55 ss.; Ferrante 2011, 1190 ss.

contribuito a determinare (3), e che si situa nell'attuale fase storica entro un mercato del lavoro già difficile e reso ancora più fermo dall'allungamento dei tempi di pensionamento, tanto è vero che la spesa pubblica utile agli anticipi pensionistici si giustifica come elemento di una strategia di *favor* per il *turn over* e quindi per maggiori aperture nel mercato del lavoro.

Spesa pensionistica, sanitaria e socio-assistenziale saranno inevitabilmente destinatarie di aggiustamenti di equilibrio di bilancio (4), anche tenuto conto degli effetti dirompenti sul sistema dettati dalla emergenza sanitaria che ha travolto il paese – e non solo – nella primavera 2020, e che ha generato una dialettica sulla sostenibilità economica della crisi indotta che coinvolge almeno – e comunque per quanto riguarda da vicino l'Italia – l'intera Ue (5) e che rende quanto mai attuali preziose riflessioni sulla razionalità del diritto del lavoro in tempo di crisi (6).

In quest'ottica incentivi agli investimenti e distribuzione delle risorse, fino al dettaglio dei criteri di individuazione delle prestazioni di politica del lavoro e di *welfare*, dovranno continuare a far leva su di un *mix* di interventi e misure dove attori e strumenti pubblici e privati confluiscono in un sistema integrato di prestazioni, regolato dalla confluenza delle disposizioni normative di legge che via via si susseguono e del fondamentale apporto della contrattazione collettiva e del contributo da tempo affidato della bilateralità alla sostenibilità del sistema (7).

L'idea rimane quella che per la fascia di età dei sessantenni occorra operare con l'obiettivo di flessibilizzare almeno in parte la fase del pensionamento accompagnando le persone attive all'accesso alla pensione secondo schemi fermi nell'età di vecchiaia, fissa al momento a 67 anni, ma calibrati su fattispecie di uscita anticipata per coloro che, per diverse ragioni, non si trovano nelle condizioni di completare il percorso attivo fino alla età di vecchiaia (8).

Le politiche rivolte all'*active ageing* corrispondono logicamente alla ricostruzione del sistema (9) e dei suoi sotto (o *micro*) sistemi (10), come schemi fondamentali per proporre riflessioni su singoli aspetti della disciplina previdenziale e anche assistenziale. Per altro verso le politiche del lavoro, sia attive sia passive di sostegno al reddito in costanza di lavoro e in caso di disoccupazione, si

(3) Pessi 2014, 205 ss.

(4) Giubboni, Cinelli 2014.

(5) Bifulco, Roselli (a cura di) 2013; D'Onghia 2013.

(6) Sciarra 2016, 5 ss.

(7) Avio 2008; Corti 2013, 383 ss.; Guaglianone 2015, 321 ss.

(8) Eurofound 2014.

(9) Pessi 1997, 65 ss.; Prosperetti 2017, 173 ss.

(10) Ales 2001, 981 ss.; Bozzao 2017, 73 ss.

prestano a una lettura coerente che individui le possibilità di accompagnare le persone che perdono il lavoro prima della maturazione dei requisiti pensionistici anche facendo ricorso agli ammortizzatori sociali; mentre rimane a valle il punto del pensionamento «forzato» indotto dalle riforme sui limiti di età al lavoro, che pure si lega alle politiche di *active ageing* ma coinvolgendo aspetti normativi e giurisprudenziali di diritto antidiscriminatorio per età che esulano dal collegamento tra invecchiamento attivo, ammortizzatori sociali e pensionamento (11).

Infine per la fase finale dell'età attiva, in costanza di rapporto di lavoro, saranno le politiche del personale che si misureranno sugli obiettivi di valorizzazione delle conoscenze ed esperienze tipiche dei lavoratori e delle lavoratrici in età prepensionistica sia per favorire nella quantità orari compatibili con l'innalzamento dell'età di vecchiaia a 67 anni operata dal sistema nel 2012, sia per cogliere nella qualità del loro lavoro l'opportunità irrinunciabile di permettere politiche di *turn over* intelligenti, che si traducono in una trasmissione di conoscenze e di esperienze a vantaggio della formazione implicita dei giovani (12).

Politiche di invecchiamento attivo in questi casi possono riuscire anche a compensare, da un lato, l'invecchiamento delle *skills* – anche a fronte dell'incremento di significato delle tecnologie applicabili nella situazione di emergenza sanitaria che ha travolto il mondo, e il mondo del lavoro, nel 2020 – e, d'altro lato, le perdite di professionalità legate al *turn over*, per i benefici indotti dalla contaminazione di esperienze (dei meno giovani) e di competenze nuove (dei più giovani), e collocarsi a pieno titolo nel doveroso ambito delle politiche formative, coperto dall'art. 35 Cost. e cuore del «processo evolutivo del diritto del lavoro» (13).

Le *policies* che sono e saranno attivate a livello generale, come le loro implementazioni di risorse umane nelle singole imprese, saranno misurate nelle tecniche adottate e nei risultati raggiunti in base alla verifica di rispondenza al quadro fondamentale dettato dalla Costituzione. Questo aspetto di legittimità, che interessa tutto il corso del sistema di previdenza e assistenza sociale, non va colto come limite o misura di controllo *a posteriori*, ma deve rappresentare un punto di riferimento per le diverse misure.

È importante ripartire dal collegamento stretto tra il principio di solidarietà dell'art. 2 Cost. applicato al diritto al lavoro dell'art. 4 (inclusa la fase pensionistica) e il principio di adeguatezza dell'art. 38 Cost., per concludere che tutti gli istituti di pensionamento anticipato sono da valutare come elementi di con-

(11) Izzi 2014, 585 ss.

(12) Bavaro, De Cristofaro 2000, 471 ss.

(13) Napoli 1997, 263 ss., spec. 264.

fine rispetto al miglior equilibrio realisticamente possibile tra l'insieme delle istanze costituzionali di natura fondamentale (tutela della salute e del lavoro e cura della formazione professionale, *ex* artt. 32 e 35) e il cuore delle linee di politica previdenziale dettate dall'art. 38, comma 2, Cost., dove la previdenza per il rischio e bisogno della vecchiaia è vincolata a un metodo assicurativo che risponda al criterio di adeguatezza delle prestazioni alle esigenze di vita delle persone (14); metodo che rimane saldamente legato alla disciplina della pensione di vecchiaia (15).

Il faro dell'adeguatezza solidaristica imposta dall'insieme delle indicazioni forti degli artt. 2 e 38 Cost. può anche giustificare interventi normativi che per garantire l'anticipo pensionistico attingano a risorse pubbliche non solo previdenziali, acquisite mediante la tecnica assicurativa, ma anche – in via sostitutiva e/o integrativa – di tipo assistenziale, cioè facendo leva sul prelievo generale (16).

2. — *L'integrazione delle politiche del lavoro e di sicurezza sociale* — Previdenza e assistenza sociale, in una il diritto della sicurezza sociale, fanno fronte da anni all'allungamento delle aspettative di vita, e insieme alla decrescita dei tassi di natalità, con istituti che si inseriscono a scacchiera nel quadro delle politiche del lavoro, attive e passive.

Gli istituti storici di copertura assicurativa delle difficoltà occupazionali nella fase che precede il pensionamento di vecchiaia, ovvero i cd. prepensionamenti, che agivano in coerenza con interventi della Cassa integrazione guadagni anche in deroga, non potevano essere né sufficienti, né adeguati all'evoluzione del contesto socio-economico, né sostenibili come tali (17).

Essi sono il frutto di politiche di sostegno al reddito anche in costanza di rapporto e di sostegno al ricollocamento, basate come erano – e in parte sono – sul principio assicurativo per il metodo di calcolo e quindi sulla tecnica previdenziale come meccanismo di finanziamento, che sconta uno squilibrio storico a favore delle politiche passive rispetto all'attivazione dell'impiego, tipico della nostra storia repubblicana meno recente.

La riforma delle politiche del lavoro realizzata con i diversi interventi del *Jobs Act* ha permesso un riassetto delle misure di sostegno al reddito e

(14) Sandulli 2015, 687 ss.; Cinelli 2016, 595 ss.; Persiani 2013, 641 ss.; *Id.* 2016, 552 ss.; Pessi 2016a, 513 ss.

(15) Casillo 2016.

(16) Mengoni 1997, 3 ss.; *Id.* 1998, 1 ss.; Romagnoli 2005, 521 ss.; Loy 2009, 197 ss.; Nogler 2009, 427 ss.

(17) Sandulli 2017, 384 ss.

all'occupazione in linea con l'obiettivo di razionalizzare sia gli interventi passivi, dalla Cassa integrazione guadagni all'indennità di disoccupazione (Naspi), sia gli interventi attivi, tenuti insieme dal principio di condizionalità del sostegno reddituale alla effettiva attivazione dei disoccupati e anche tendenzialmente dei soggetti in Cassa integrazione guadagni (18).

I limiti dell'intervento previdenziale, sia per destinatari sia per campo di applicazione, hanno portato il legislatore a intervenire più volte con misure pensionistiche che, nel rispetto delle linee dettate fin dalla riforma contributiva del 1995 (l. n. 335), permettessero a fasce selezionate di popolazione attiva di raggiungere il pensionamento prima dell'età di vecchiaia.

Negli anni, sono notevoli le discipline sulla cd. opzione donna, sulla pensione di vecchiaia anticipata, e sulla cd. quota 100. A queste misure, in parte strettamente previdenziali, con un maggior peso assegnato al metodo contributivo di calcolo della pensione, in parte del tutto assistenziali, come nel caso dell'anticipo pensionistico sociale (Ape sociale), va ricondotta l'unitarietà di un disegno che dal 1995 ha voluto aprire la strada del pensionamento anche prima dell'età di vecchiaia, comunque su base volontaria.

Si tratta di ricercare una coerenza di fondo che permetta di cogliere, nella episodicità apparente o reale di taluni interventi, come la Repubblica anche in materia di pensionamenti anticipati realizzi allo stato l'indicazione fondamentale dell'art. 38 della Costituzione, che racchiude i principi ai quali, nelle stagioni, ogni legislatore non può che tendere *in progress*.

Se il carattere di per sé progressivo e contestualizzato, quindi storico in senso stretto, è il nucleo centrale della logica di funzionamento dei diritti sociali, e se la vecchiaia rappresenta uno dei fattori di rischio e bisogno più sensibili, la composizione del quadro normativo sui pensionamenti anticipati insieme alle politiche di gestione del personale cd. di *active ageing* risulta di grande interesse per comprendere distintamente almeno due aspetti. Si tratta di ricostruire in primo luogo come l'ordinamento si ponga attualmente rispetto alle attuali variabili di contesto, come l'allungamento delle aspettative di vita e l'emersione di nuovi bisogni in età avanzata, e, in secondo luogo, come una comune logica di apertura all'anticipo dell'accesso al trattamento di pensione, che i diversi istituti condividono, risponda a esigenze di flessibilità tipiche di una legislazione pensionistica altrimenti severa, con l'età di vecchiaia a 67 anni.

3. — *Istituti di previdenza anticipata* — Veri e propri istituti previdenziali che permettono l'accesso al trattamento pensionistico anticipato rispetto alla

(18) Renga 2015, 77 ss.; Taschini 2019.

pensione di vecchiaia sono la cd. opzione donna, la pensione di vecchiaia anticipata e la cd. quota 100. Rispondono a requisiti di accesso differenziati sia per la *ratio* che li ha ispirati, sia perché frutto di decisioni politiche maturate in tempi diversi.

«Opzione donna» fu prevista in via sperimentale dall'art. 1, c. 9, l. n. 243/2004, e consiste nella possibilità di conseguire il diritto all'accesso al trattamento pensionistico di anzianità con un'anzianità contributiva pari o superiore a 35 anni e un'età anagrafica pari o superiore a 57 anni se dipendenti e 58 se autonome; requisiti valevoli fino al 31 dicembre 2015 – in base all'estensione operata dal d.l. n. 210/2011, convertito con modifiche dalla l. n. 214/2011 – comunque optando per una liquidazione del trattamento secondo le regole del calcolo contributivo.

Con l'art. 16, d.l. n. 4/2019, convertito con modifiche dalla l. n. 26/2019, si è prevista l'estensione dell'accesso alle lavoratrici che maturino i requisiti entro il 31 dicembre 2019, seppur il requisito anagrafico sia stato elevato di un anno, ovvero 58 anni per le dipendenti e 59 anni per le autonome: età non adeguabili agli incrementi alla speranza di vita (c. 1). La decorrenza del trattamento è fissata come finestra ai 12 mesi successivi alla maturazione del requisito per le lavoratrici dipendenti e 18 mesi per le autonome (c. 2), ma con effetti dall'inizio dell'anno scolastico o accademico per le lavoratrici del settore, previa domanda in scadenza al febbraio precedente (c. 3).

La legge di bilancio del 2020 ha prorogato l'istituto per chi abbia maturato i requisiti entro il 31 dicembre 2019 (*ex* art. 1, c. 476, l. n. 160/2019, dove «31 dicembre 2018» è sostituito da «31 dicembre 2019» e – quanto alla scadenza particolare nel settore scolastico e universitario – «28 febbraio 2019» da «29 febbraio 2020»).

La pensione di vecchiaia anticipata rimane nel sistema per come istituita dal d.l. n. 201/2011, convertito con modifiche dalla l. n. 214/2011 (riforma Fornero).

Dal 1° gennaio 2012 i soggetti con anzianità contributiva già al 31 dicembre 1995 (riforma Dini-Treu, l. n. 335/1995) possono conseguire il diritto alla pensione (che eredita la pensione di anzianità nel nuovo sistema), se in possesso di requisiti contributivi di oltre 42 anni per gli uomini e oltre 41 per le donne (a partire da un mese aggiuntivo nel 2012 fino a 42 anni e 10 mesi per gli uomini e 41 anni e 10 mesi per le donne dal 1° gennaio 2019: requisito da adeguare alle speranze di vita). Rimane fermo il requisito contributivo di 35 anni di contribuzione utile per il diritto alla pensione di anzianità disciplinata dalla normativa previgente.

Se l'accesso avviene a una età anagrafica inferiore ai 62 anni, sulla quota relativa all'anzianità contributiva maturata al 31 dicembre 2011 è prevista una ri-

duzione di un punto percentuale per ogni anno di anticipo della pensione rispetto all'età di 62 anni. Questo vale per i soggetti che abbiano maturato 18 anni di contribuzione al 31 dicembre 1995 e quindi assoggettati al solo calcolo retributivo della pensione di vecchiaia.

Diversamente, ma in coerenza, per i soggetti che abbiano maturato meno di 18 anni di contribuzione al 31 dicembre 1995, poiché il calcolo della pensione di vecchiaia non segue interamente il calcolo retributivo, la riduzione si applica sulla quota di pensione relativa all'anzianità contributiva maturata al 31 dicembre 1995.

Per i soggetti con primo accredito contributivo successivo al 1° gennaio 1996, la cui pensione è interamente affidata al calcolo contributivo, i requisiti di accesso sono i medesimi, ma non opera la riduzione del trattamento in caso di età anagrafica inferiore a 62 anni e la contribuzione vale a qualsiasi titolo sia stata accreditata (esclusa solo quella derivante da contribuzione volontaria), con il beneficio della moltiplicazione per 1,5 di quella accreditata per i periodi di lavoro precedenti il 18° anno di età.

Sempre per i soggetti con primo accredito contributivo successivo al 1° gennaio 1996, la pensione anticipata può essere concessa ai 63 anni di età anagrafica (da adeguare agli incrementi della speranza di vita e quindi via via in aumento), se risultino accreditati almeno 20 anni di contributi effettivi e il rateo mensile iniziale non sia inferiore a 2,8 volte l'assegno sociale.

Rimane infine l'istituto della «quota 100», che è stato introdotto per il triennio 2019-2021 in base al requisito minimo anagrafico di 62 anni e contributivo di 38, e che rappresenta una pensione anticipata senza altre penalizzazioni se non quelle implicite nel consolidamento del primo rateo al momento dell'accesso al trattamento. È in corso attualmente anche la valutazione delle conseguenze derivanti dalla cessazione dell'istituto alla fine del 2021 se non venisse riproposto con le medesime caratteristiche attuali o eventualmente modificate.

Si tratta di un istituto che risponde alla logica di agevolare il *turn over* nell'asssecondare la volontà di chi preferisce anticipare il pensionamento, vuoi per concludere il periodo della propria vita attiva, vuoi per dedicarsi ad altra attività anche lavorativa, come è consentito. E sotto l'egida dell'art. 38, comma 2, Cost., nel quale rientra anche ogni forma di anticipo pensionistico (interpretando l'inoccupazione alla stregua della disoccupazione), il *surplus* finanziario necessario a far fronte alla spesa finisce per giustificarsi anche alla luce degli effetti di mobilità intergenerazionale indotti dall'anticipo, sostanzialmente, dello stesso *turn over* (19).

(19) Sandulli 2020, 439 ss.

4. — *L'Ape sociale e altri istituti di scivolo pensionistico di tipo assistenziale* — È facendo leva sul prelievo generale che è stato conservato l'istituto dell'anticipo pensionistico, in versione limitata alla declinazione sociale (Ape sociale), e non nelle altre due versioni sperimentate in passato – volontaria e aziendale –, per le quali era stata estesa la possibilità di un sostegno al reddito sotto forma di rendita integrativa temporanea anticipata (di cui all'art. 1, cc. 168-169, l. n. 205/2017; di seguito, Rita).

Tale rendita è fruibile a distanza di cinque anni dall'età pensionabile di vecchiaia (ma dieci per gli inoccupati da oltre 24 mesi, *ex art.* 11, c. 4-*bis*, d.lgs. n. 252/2005), con almeno 20 anni di requisito contributivo, e consiste in una erogazione monetaria fissa a valere sul fondo di previdenza integrativa come «erogazione frazionata di un capitale, per il periodo considerato, pari al montante accumulato richiesto» (*ex art.* 11, c. 4, d.lgs. n. 252/2005); tuttavia la sua disapplicazione ai casi di Ape volontaria e aziendale è legata al venir meno di queste due forme di anticipo pensionistico.

Rimane anche la possibilità del cd. esodo incentivato, che permette di ricevere dall'Inps una «isopensione» di fatto a carico esclusivo del datore di lavoro, inclusa la contribuzione figurativa, in vista della pensione di vecchiaia o anticipata, per i lavoratori che si trovino a non oltre 4 anni dal pensionamento, ma per il periodo 2018-2020 elevato a 7 anni (art. 1, c. 160, l. n. 205/2017, che ha novellato sul punto l'art. 4, l. n. 92/2012): istituto naturalmente volontario, e senza oneri per la finanza pubblica, che è previsto per i datori di lavoro con almeno 15 dipendenti in base a un accordo aziendale e all'adesione volontaria individuale all'esodo da parte del singolo lavoratore.

Vanno anche ricordati il regime del *part-time* agevolato, previsto dall'art. 1, c. 284, l. n. 208/2015, e quello del contratto di espansione, di cui all'art. 41, d.lgs. n. 148/2015, novellato dal d.l. n. 34/2019, convertito con modifiche dalla l. n. 58/2019.

In primo luogo, si tratta del *part-time* agevolato, che si è relativamente diffuso, è stato previsto per i lavoratori del settore privato a tempo pieno e indeterminato con almeno 20 anni di requisito contributivo che maturassero entro il 31 dicembre 2018 il diritto alla pensione di vecchiaia, in caso di riduzione dell'orario concordata tra le parti e in misura tra il 40 e il 60% dell'orario, a fronte di una erogazione mensile da parte e a carico del datore di lavoro corrispondente alla contribuzione previdenziale a fini pensionistici corrispondente all'orario non effettuato.

In secondo luogo, va considerato il contratto di espansione, che ha ereditato struttura e funzione del contratto di solidarietà espansiva di cui alla l. n. 863/1984, ma che ne rappresenta un aggiornamento con premesse diverse: il contratto di solidarietà espansiva è stato ridisciplinato dall'art. 41, d.lgs. n. 148/2015, mentre nel 2019 (con il d.l. n. 34/2019, convertito con modifiche

dalla l. n. 58/2019, cd. decreto Crescita) è stato sostituito dal contratto di espansione, avendo cura di prevedere che i contratti di solidarietà espansiva sottoscritti ai sensi dell'art. 41 previgente – e le relative agevolazioni – continuassero a produrre effetti fino alla loro naturale scadenza.

Il contratto di espansione è stato così introdotto in via sperimentale per gli anni 2019-2020 «nell'ambito dei processi di reindustrializzazione e riorganizzazione delle imprese con un organico superiore a 1.000 unità lavorative», in caso di modifica strutturale dei processi aziendali finalizzati al progresso e allo sviluppo tecnologico dell'attività «nonché la conseguente esigenza di modificare le competenze professionali in organico mediante un loro più razionale impiego e, in ogni caso, prevedendo l'assunzione di nuove professionalità».

Occorre avviare una procedura di consultazione e stipulare un contratto in sede governativa di tipo gestionale. «Per i lavoratori che si trovino a non più di 60 mesi dal conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia, che abbiano maturato il requisito minimo contributivo, o anticipata [...], nell'ambito di accordi di non opposizione e previo esplicito consenso in forma scritta dei lavoratori interessati, il datore di lavoro riconosce per tutto il periodo e fino al raggiungimento del primo diritto a pensione, a fronte della risoluzione del rapporto di lavoro, un'indennità mensile, ove spettante comprensiva dell'indennità Naspi, commisurata al trattamento pensionistico lordo maturato dal lavoratore al momento della cessazione del rapporto di lavoro», e inoltre la contribuzione figurativa in caso di pensione anticipata.

Sono questi, in sintesi – l'Ape nelle diverse forme sperimentate e ora solo l'Ape sociale, la Rita, la «isopensione», il *part-time* agevolato e il contratto di espansione –, gli istituti centrali relativi al tema della combinazione tra invecchiamento attivo e accesso alla pensione, non qui anticipata in senso proprio, ma in qualche modo agevolata e legata all'idea di uno scivolo pensionistico: meccanismi ideati negli anni e via via rivisti dal legislatore per permettere il sostegno al reddito di lavoratori che accettino la riduzione *pro futuro* del proprio orario e salario o direttamente la cessazione del rapporto di lavoro, in vista di un pensionamento prossimo venturo.

Un approfondimento merita l'attuale disciplina dell'Ape sociale che fuoriesce dalla legge di bilancio del 2020 (art. 1, c. 473, l. n. 160/2019), la quale è intervenuta a modifica di quella istitutiva dell'Ape (art. 1, cc. 179-186, l. n. 232/2016, già modificato dall'art. 1, cc. 162-167, l. n. 205/2017) per dire che le parole del c. 179 «31 dicembre 2019» sono sostituite da «31 dicembre 2020», in modo che l'istituto, avendo un campo di applicazione temporale limitato – anche perché introdotto «in via sperimentale» –, riguardi anche coloro che maturino i requisiti fino a tutto il 2020, con stanziamenti previsionali di bilancio fino al 2025.

Le risorse destinate sono stanziare a valere sulla fiscalità generale conservando all'istituto la struttura e funzione di tipo assistenziale, e per questo limitata al soddisfacimento di requisiti di fattispecie tipicamente fondati sullo stato di bisogno: occorre il compimento del requisito anagrafico di 63 anni e trovarsi in una delle situazioni previste, a partire dallo stato di disoccupazione.

Si tratta in particolare dei disoccupati per ragioni economiche (escluse le dimissioni non per giusta causa e la risoluzione consensuale fuori dalla procedura di conciliazione *ex art. 7, l. n. 604/1966*; inclusa la scadenza di contratto a termine se nei 18 dei 36 mesi precedenti risultino periodi di lavoro dipendente), non titolari da almeno 3 mesi del trattamento per disoccupazione (*art. 1, c. 179, l. n. 232/2016*, nella versione attuale, lett. *a*), ovvero di soggetti che assistono da almeno 6 mesi il coniuge o un parente di I grado convivente con handicap grave o un parente o affine di II grado convivente se i genitori o il coniuge abbiano compiuto i 70 anni o siano affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (lett. *b*), o di soggetti con ridotta capacità lavorativa dal 74% (lett. *c*).

Nei predetti casi *sub a, b, c* occorre essere in possesso di un'anzianità contributiva di almeno 30 anni, mentre ne occorrono 36 nel caso della lett. *d*, ovvero per i soggetti impegnati negli ultimi 7 di 10 anni o 6 negli ultimi 7 nelle «attività lavorative per le quali è richiesto un impegno tale da rendere particolarmente difficoltoso e rischioso il loro svolgimento in modo continuativo» (cd. attività gravose).

Tutti i requisiti sono ridotti per le donne di 12 mesi per ogni figlio, nel limite massimo di due anni (*c. 179-bis*). La concessione dell'indennità spetta solo in caso di cessazione dell'attività lavorativa e non spetta a chi sia già titolare di un trattamento pensionistico diretto (*c. 180*). Infine l'indennità è erogata mensilmente su 12 mensilità annue ed è pari all'importo della rata mensile della pensione calcolata al momento dell'accesso alla prestazione, salvo il limite mensile di 1.500 euro, e non è soggetta a rivalutazione (*c. 181*), né è compatibile con trattamenti di sostegno al reddito connessi allo stato di disoccupazione involontaria (*c. 182*).

Essa è prevista fino al compimento dell'età anagrafica prevista per l'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia in base alla riforma del 2011 (d.l. n. 201/2011, convertito con modifiche dalla l. n. 214/2011) (*c. 179*) e decade una volta raggiunti i requisiti per il pensionamento anticipato (*c. 183*). È però compatibile con redditi di lavoro dipendente o parasubordinato nel limite di 8.000 euro annui e nel limite di 4.800 euro se derivanti da attività di lavoro autonomo (*c. 183*).

5. — *Logica del pensionamento anticipato e principio di eguaglianza* — Per tracciare una linea di sintesi rispetto al dettaglio dei diversi istituti analizzati oc-

corre muovere da quelle loro caratteristiche che anche possono rappresentarne il comune denominatore di un insieme virtualmente ordinato di misure che secondo ragionevolezza permettano alle singole persone di raggiungere il pensionamento a una età anagrafica inferiore a quella normale di 67 anni.

Da un lato, si prospetta a tendere il mantenimento dell'età di 67 anni nella legislazione per l'accesso al pensionamento di vecchiaia in Italia, che non sembra al momento in questione pur sembrando particolarmente elevata. D'altro lato, nel rispetto della esigenza di sostenibilità economica del sistema previdenziale, il legislatore apre a istituti di pensionamento anticipato su base volontaristica e facendo leva sul calcolo contributivo, che garantisce prestazioni tendenzialmente minori rispetto all'eredità del calcolo retributivo (per chi ne beneficerebbe in tutto o in parte) e quindi compone i sacrifici secondo l'equità del singolo istituto in modo che comunque ai singoli siano aperte strade flessibili di pensionamento in base alle scelte e possibilità di ciascuno.

Né va sottovalutato che nell'età più vicina alla vecchiaia per ragioni personali, di salute, stile di vita, inclinazioni, ciascuno possa accettare l'idea di una riduzione di quote virtuali di ratei pensionistici in base a un calcolo meno vantaggioso rispetto alla necessità di attendere l'età di vecchiaia per la pensione, e in questa logica non sembra irragionevole, tutt'altro, che in condizioni di sostenibilità di bilancio il sistema previdenziale pubblico consenta l'accesso anticipato alla pensione base (20).

Su queste basi l'anticipo pensionistico (Ape sociale) in un certo senso impone la riduzione del trattamento, e l'applicazione integrale del metodo contributivo del calcolo gli è coerente rispetto alle posizioni che vanno a maturazione in età di vecchiaia, se non altro perché rispetto ai classici 67 anni esso di fatto è preceduto da un numero inferiore di anni di contribuzione e seguito da un numero idealmente superiore di anni di prestazione.

L'equità – massima espressione della giustizia in campo di diritti sociali, e rispetto alla materia pensionistica criterio ordinatore di sintesi tra l'equità economica e quella generazionale – è in grado di ispirare il legislatore sul presupposto che proprio in materia sociale l'ordinamento va sempre considerato a un dato stato di avanzamento ideale rispetto alle indicazioni costituzionali, ma nella consapevolezza che i diritti sociali per natura sono esposti a una realizzazione

(20) Pessi 2016b, cap. XII, par. 4, *Dalla pensione di anzianità alla pensione di vecchiaia anticipata*, 415 ss.; Persiani, D'Onghia 2018, par. 100, *I trattamenti pensionistici anticipati*, 225 ss.; Ferrante, Tranquillo 2019, cap. 3, parte I, par. 8, *La pensione anticipata*, 90 ss., e par. 9, «Quota 100» e le ulteriori ipotesi di uscita anticipata, 92 ss.; Cinelli 2020, cap. XIII, sez. I, par. 11, *Dalla pensione di anzianità alla pensione anticipata, alla pensione «a quota 100»*, 574 ss.

parziale e prospettica a seconda del singolo momento storico, legati tra l'altro al rispetto dei vincoli economici imposti ai diversi legislatori che via via ne danno attuazione (21).

La solidarietà giustifica l'intervento delle risorse generali, perché l'adeguatezza non sia rimessa alla sola disponibilità di quelle acquisite secondo il principio assicurativo: molti istituti di previdenza sociale ne beneficiano quando i conti dell'ente responsabile riportano un saldo negativo. Ma la solidarietà giustifica anche l'introduzione nel sistema di istituti completamente affidati alla sostenibilità tramite risorse pubbliche provenienti dal prelievo fiscale, se le condizioni di accesso, come nel caso dell'Ape sociale, tengono conto più del bisogno che del rischio assicurato. E poi la solidarietà intride comunque la legislazione pensionistica di correttivi al puro calcolo, sia esso retributivo o contributivo, con istituti tradizionali come l'integrazione al minimo.

Ancora una volta l'art. 2 Cost., là dove assume la solidarietà a criterio ordinatore della società civile, non solo dimostra di aver trasferito al piano giuridico un principio che ha certamente origine nella sfera etica, ma anche permette l'interpretazione razionale di altre indicazioni fondamentali provenienti dalla Costituzione in misura coerente con il dovere di tutti e di ciascuno di contribuire in proporzione alle proprie possibilità al bene comune (22).

I corsi e ricorsi storici della redistribuzione delle risorse, calati nella materia pensionistica, anche grazie alle preziose interpretazioni sul ruolo degli interventi di base e di quelli complementari, sulla particolare questione dei pensionamenti anticipati offrono uno spaccato socio-giuridico notevole per comprendere come l'ordinamento esattamente risponda alle istanze costituzionali (23).

Questo dipende dal se e dalla misura in cui il sistema nel suo insieme controlla le maglie economiche al servizio della garanzia dei trattamenti, in misura anche diversificata, non solo in base al regime pensionistico cui si ha diritto per via delle discipline transitorie degli ultimi anni, ma anche in base alle scelte di vita e di lavoro personali di chi – spesso in base alle proprie condizioni di salute e di famiglia – si avvicina al passaggio conclusivo della propria esperienza lavorativa.

In questo senso la posizione severa di un legislatore che non riduce – ma non eleva – il termine di età di vecchiaia ai fini pensionistici, ma che al contempo apre spazi di scelta personale per l'uscita anticipata dal lavoro offrendo l'accesso a prestazioni previdenziali ridotte ma immediatamente disponibili, sembra coerente alle indicazioni costituzionali nel loro insieme.

(21) Mengoni 1998, 1 ss.

(22) *Id.* 1997, 3 ss.

(23) Occhino 2004.

Le discipline dettate con precisi limiti temporali come quelle qui analizzate rispondono anche al controllo di razionalità temporale, non nel senso che il principio di eguaglianza trovi applicazione nel tempo, per confrontare situazioni e trattamenti che si verificano e maturano in vari momenti, ma per comprendere di ciascuno la razionalità della corrispondenza tra la fattispecie di apertura anticipata alla pensione e il *quantum* della prestazione garantita.

Alla fine il lavoro interpretativo del giurista torna a questo e su questo è misurato nella sua razionalità pratica ispirata ai valori costituzionali, e così di diritto, seppur implicitamente, anche nella sua utilità normativa.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2001), *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un «sistema integrato di microsistemi»*, in *ADL*, 981 ss.
- Avio A. (2008), *Vecchiaia e lavoro*, Ediesse, Roma.
- Bavaro V., De Cristofaro M.L. (2000), voce *Lavoro part-time*, in *DDPComm.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 471 ss.
- Bifulco R., Roselli O. (a cura di) (2013), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione economica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Giappichelli, Torino.
- Bozzao P. (2017), *Anzianità e uscita del lavoro: connessioni previdenziali, tra interferenze e resistenze del sistema multilivello*, in *VTDL*, 73 ss.
- Casillo R. (2016), *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Esi, Napoli.
- Cinelli M. (2016), *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in *RDSS*, 595 ss.
- Cinelli M. (2020), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Corti M. (2013), *Active ageing e autonomia collettiva: «Non è un paese per vecchi» ma dovrà diventarlo presto*, in *LD*, 383 ss.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- Dell'Aringa C. (2011), *La flexicurity in Italia: problemi e opportunità*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Jovene, Napoli, 145 ss.
- Eurofound (2014), *Lavoro sostenibile e invecchiamento della forza lavoro*, in https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2012/661/it/1/EF12661IT.pdf.
- Ferrante V. (2011), *Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa*, in *Aa.Vv., Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 1190 ss.
- Ferrante V., Tranquillo T. (2019), *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Wolters Kluwer – Cedam, Vicenza.
- Giubboni S., Cinelli M. (2014), *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Giappichelli, Torino.
- Guaglianone L. (2015), *Parti sociali e politiche di ageing. Una sfida tutta da giocare*, in *q. Riv.*, I, 321 ss.

- Istat (2019), *Rapporto annuale. La situazione del paese. Sintesi*, in <https://www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2019/Sintesi2019.pdf>, pp. 6-7.
- Izzi D. (2014), *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, in *RIDL*, I, 585 ss.
- Loy G. (2009), *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in *DLRI*, 197 ss.
- Mengoni L. (1997), *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 3 ss.
- Mengoni L. (1998), *I diritti sociali*, in *ADL*, 1 ss.
- Napoli M. (1997), *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *q. Riv.*, I, 263 ss.
- Nogler L. (2009), *Cosa significa che l'Italia è una repubblica «fondata sul lavoro»?* , in *LD*, 427 ss.
- Ochino A. (2004), *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino.
- Persiani M. (2013), *Crisi economica e welfare State*, in *DLRI*, 641 ss.
- Persiani M. (2016), *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *ADL*, 552 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2018), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (1997), *Il «sistema» giuridico della previdenza sociale*, in *ADL*, 65 ss.
- Pessi R. (2014), *Ripensare il mercato del lavoro*, in *q. Riv.*, I, 205 ss.
- Pessi R. (2016a), *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *RDSS*, 513 ss.
- Pessi R. (2016b), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Wolters Kluwer-Cedam.
- Prosperetti G. (2017), *Categorie giuridiche, lavoro, welfare: l'evoluzione degli istituti giuridici*, in *ADL*, 301 ss., ora in *Id.* (2019), *Ripensiamo lo Stato sociale*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 173 ss.
- Renga S. (2015), *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *LD*, 77 ss.
- Romagnoli U. (2005), *I diritti sociali nella Costituzione*, in *DLM*, 521 ss.
- Sandulli P. (2015), *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economiche*, in *RDSS*, 687 ss.
- Sandulli P. (2017), *Part-time e prepensionamento*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani, Roma, 384 ss.
- Sandulli P. (2020), *Le nuove problematiche della previdenza italiana: riflessione sulle pensioni*, in *RDSS*, 439 ss.
- Sciarra S. (2016), *Prove di razionalità per il diritto del lavoro della crisi*, in *ADL*, 5 ss.
- Taschini L. (2019), *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, Torino.
- Treu T. (2007), *Le politiche attive di active ageing*, in M. Madia (a cura di), *Un welfare anziano. Invecchiamento della popolazione o ringiovanimento della società?*, Arel, Roma, 55 ss.

ABSTRACT

L'Autrice esamina il tema del pensionamento anticipato collocandolo nel contesto della crisi demografica, delle politiche di invecchiamento attivo e delle misure volte a salvaguardare l'equilibrio del sistema pensionistico. Gli istituti di pensionamento anticipato, cangianti e sovente temporaneamente delimitati, si innestano al crocevia tra il principio solidaristico dell'art. 2 Cost. e il principio di adeguatezza del trattamento pensionistico dell'art. 38 Cost.: tra previdenza e assistenza. La fissazione dell'età per il pensionamento di vecchiaia a un livello elevato (67 anni) e tendenzialmente crescente al progredire dell'aspettativa di vita impone la previsione di meccanismi di pensionamento anticipato che richiedono il ricorso alla solidarietà generale, onde tener conto di istanze sociali anche di rango costituzionale. È, tuttavia, fondamentale che nell'opera delicata e complessa della loro predisposizione il legislatore ispiri sempre la propria azione al principio di uguaglianza.

THE PRE-TERM PENSIONS (UNEMPLOYMENT BENEFITS VS ACTIVE AGEING)

The Author deals with the subject of anticipated pensions by placing it in the context of demographic crisis, active aging policies and measures aimed at preserving the balance of the pension system. Institutes of anticipated retirement, which are changeable and often temporary limited, lie at the crossroads between the solidarity principle of art. 2 and the principle of pensions adequacy of art. 38 of the Italian Constitution: between social insurance and social assistance. The setting of the pension age at a level (67 years) which is quite high, and even growing in line with life expectancy, imposes measures of anticipated retirement drawing on the general solidarity: this is necessary to take duly into account different social needs, also constitutionally protected. However, it is fundamental that in this fine and complex work the legislator always sticks to the equality principle.

Olivia Bonardi (*)

PENSIONI E LAVORO MARGINALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Lavoro marginale e pensioni: il ruolo dell'Unione europea. — 3. La previdenza come specchio della carriera lavorativa: lavoro marginale e contribuzione in Italia. — 4. Gli ostacoli propri del sistema pensionistico. — 5. Quali riforme?

1. — *Introduzione* — Che l'accesso alla pensione e l'adeguatezza della stessa per i lavoratori precari, per coloro che hanno carriere spezzate, che svolgono lavori cd. marginali, mal retribuiti e a orario ridotto saranno in futuro obiettivi difficilmente raggiungibili è cosa ormai nota a tutti (1). Ciò che è meno noto è che il problema non si pone solo in una prospettiva futura, ma presenta già oggi un significativo rilievo. Altrettanto poco noto è inoltre il fatto che all'origine della questione di cui stiamo trattando sta una serie importante di cause di vario tipo. Alla ormai scontata osservazione per cui la riduzione (in termini sia di numero, sia di entità) delle pensioni dipende dal fatto che queste sono lo specchio della carriera lavorativa, si devono infatti aggiungere altre considerazioni che riguardano sia la struttura del sistema previdenziale, sia questioni di genere.

2. — *Lavoro marginale e pensioni: il ruolo dell'Unione europea* — La legislazione europea sulle forme di lavoro non standard si caratterizza per la mancanza di tutele previdenziali. La Direttiva n. 97/81/Ce relativa al lavoro a tempo parziale si applica infatti solo alle condizioni di lavoro, e si limita a riconoscere nel preambolo la necessità di sviluppare «sistemi di protezione sociale capaci di adattarsi ai nuovi modelli di lavoro e di offrire una tutela sociale appropriata alle persone assunte nel quadro di queste nuove forme di lavoro». Parimenti si applica alle sole condizioni di lavoro la Direttiva n. 99/70/Ce relativa al lavoro a termine, ove si ribadisce «il parere espresso nell'Accordo del 1997 sul lavoro

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano «La Statale».

(1) Vd., da ultimo: *The 2018 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU Volume I Joint Report prepared by the Social Protection Committee (SpC) and the European Commission (DG EMPL)*, spec. 15, e, sul tema, Guardiancich, Natali 2018, 438.

a tempo parziale» sulla necessità di sistemi di protezione sociale adeguati. La Direttiva n. 2008/104 sul lavoro interinale tramite agenzia offre ancora meno protezione, contenendo un elenco specifico di quali condizioni di lavoro siano oggetto di tutela, tra le quali non compare alcuna misura di sicurezza sociale.

Più di recente, il Pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato solennemente il 17 novembre 2017 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, prevede al 12° principio che «indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori e, a condizioni comparabili, i lavoratori autonomi hanno diritto a un'adeguata protezione sociale». E al 15° che «i lavoratori dipendenti e i lavoratori autonomi in pensione hanno diritto a una pensione commisurata ai loro contributi e che garantisca un reddito adeguato». Il Documento di lavoro che accompagna il Pilastro sociale europeo (2) precisa che l'intento è chiaramente quello di garantire una protezione sociale «a tutti i lavoratori, indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro e, a condizioni comparabili, ai lavoratori autonomi, nell'intento di coprire l'intera gamma di contratti atipici per le prestazioni professionali, sempre più diffusi nel mercato del lavoro odierno» (3). Il compito è fondamentalmente affidato agli Stati membri e l'azione della Commissione si è limitata alla messa in campo della Raccomandazione dell'8 novembre 2019 sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi (4). Si tratta di una misura debole rispetto alla sfida che le trasformazioni del lavoro pongono ai sistemi di protezione sociale e che risente anche dei limiti posti dall'articolo 153, paragrafo 4, alle competenze dell'Unione europea, che non devono compromettere «la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso». Forse anche con un atteggiamento più realista del re, al Considerando 35, la Raccomandazione afferma che la competenza «esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda l'organizzazione dei rispettivi sistemi di

(2) *Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni «Istituzione di un Pilastro europeo dei diritti sociali»* (Swd/2017/0201 Final).

(3) Per una lettura critica, vd. i diversi contributi nel volume curato da Bronzini (a cura di) 2018.

(4) *Raccomandazione del Consiglio dell'8 novembre 2019, sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi* (2019/C-387/01). Nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, del 14 gennaio 2020 si prevede come misura solo l'attuazione da parte degli Stati membri della citata raccomandazione.

protezione sociale comprende, fra l'altro, le decisioni relative all'istituzione, al finanziamento e alla gestione di detti sistemi e delle relative istituzioni, nonché al livello, al contenuto e all'erogazione delle prestazioni, al livello dei contributi e alle condizioni di accesso». Probabilmente anche per tale ragione, si prevede che la copertura previdenziale dei lavoratori autonomi possa avvenire anche esclusivamente su base volontaria. Nonostante i limiti impliciti nella scelta dell'utilizzo dello strumento della raccomandazione, da un lato, e la timidezza dell'approccio volontaristico, dall'altro, l'intervento europeo si apprezza laddove individua e riconosce alcuni rilevanti ostacoli nell'accesso alla protezione sociale e in particolare quelli connessi alle soglie di reddito e temporali, quali sono i requisiti di contribuzione minima (Considerando 19); ostacoli che, come vedremo, nel nostro paese limitano considerevolmente l'accesso alle prestazioni pensionistiche da parte di coloro che svolgono lavori marginali. Per le stesse ragioni, merita apprezzamento la richiesta di impedire che le norme relative ai periodi contributivi e lavorativi minimi e i criteri di calcolo e di durata ostacolino la possibilità di maturare o esercitare i diritti alle prestazioni a causa del tipo di rapporto di lavoro o della condizione lavorativa; nonché di garantire che i diritti a prestazioni possano essere preservati, accumulati e/o trasferiti in tutti i tipi di lavoro subordinato e autonomo e in tutti i settori economici, nel corso dell'intera vita lavorativa di una persona o durante un determinato periodo di riferimento e da un sistema all'altro all'interno di un determinato settore di protezione sociale. Si tratta di una disposizione che, ove recepita, inciderebbe particolarmente sui regimi italiani di ricongiunzione, totalizzazione e cumulo, che costituiscono tuttora un ostacolo all'accesso alle prestazioni pensionistiche da parte di chi ha svolto lavori marginali.

Un contributo più rilevante alla tutela previdenziale dei lavoratori marginali è stato dato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha nel corso del tempo mutato significativamente il proprio orientamento. Inizialmente i giudici europei hanno ritenuto legittima l'esclusione del cd. lavoro minore dalla tutela previdenziale nazionale, contestata in quanto discriminazione indiretta di genere, in ragione, da un lato, dell'esigenza di incentivare l'occupazione e, dall'altro, di salvaguardare gli equilibri finanziari degli enti previdenziali (5). La statuizione del principio di parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale e dei lavoratori a termine con le direttive di fine anni novanta, nonostante l'esclusione del campo previdenziale, altera sensibilmente il quadro anche sotto questo profilo: i contributi dei datori di lavoro ai regimi pensionistici di carattere professionale sono ricondotti dai giudici europei al concetto di

(5) C. Giust. 14.12.1995, C-317/93, *Nolte*, e C. Giust. 14.12.1995, C-444/94, *Megner e Scheffel*.

retribuzione, e quindi di condizioni di lavoro, rientranti nell'ambito di applicazione del principio di parità di trattamento a favore dei lavoratori non standard. È così che la Corte di Giustizia ha riconosciuto il diritto a pensione dei lavoratori con *part-time* verticale ciclico iscritti al Fondo volo gestito dall'Inps, affermando che il principio del *pro rata temporis* può applicarsi alle modalità di calcolo della prestazione, che può essere rapportata alla quantità di lavoro, ma non ai fini del calcolo dell'anzianità contributiva, che deve corrispondere alla durata del rapporto, e non riproporzionata (6). Si è trattato chiaramente di una forzatura, essendo sino a quel momento pacifico che il Fondo in questione non ha carattere professionale ma fa parte del regime di sicurezza sociale pubblico; molto discutibilmente quindi esso può essere ricondotto nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 97/81/Ce (7). D'altra parte, con tale decisione la Corte di Giustizia aveva ormai aperto il vaso di Pandora: i ricorsi successivi sono stati considerevoli, a partire soprattutto da quelli promossi dalle lavoratrici spagnole impiegate a tempo parziale, e il principio della non riproporzionabilità della durata del rapporto di lavoro nel caso del lavoratore tempo parziale è ormai affermato. Così, nella giurisprudenza successiva, se la Corte ha, da un lato, ricondotto il regime generale pensionistico spagnolo nell'ambito della disciplina relativa alla sicurezza sociale e non a quella professionale, e ha quindi escluso l'applicabilità della direttiva in materia di lavoro a tempo parziale, dall'altro lato, essa ha riconosciuto che l'applicazione di criteri differenziati di calcolo dell'anzianità di contribuzione ai lavoratori a tempo parziale costituisce una discriminazione indiretta di genere non consentita a norma della Direttiva n. 79/7/Cee in materia di parità di trattamento tra uomini e donne nei regimi di sicurezza sociale (8).

Restano invece escluse dalla tutela, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, le forme di lavoro a chiamata, in quanto i lavoratori titolari di contratti di questo tipo non sono comparabili a quelli assunti a tempo pieno indeterminato (9).

3. — *La previdenza come specchio della carriera lavorativa: lavoro marginale e contribuzione in Italia* — L'orientamento del legislatore nazionale si è caratterizzato anzitutto per l'attivazione di un processo di estensione delle tutele previdenziali a tutte le forme di lavoro non subordinato, che ha avuto nell'istituzione del-

(6) C. Giust. 10.6.2010, C-395/08 e C-396/07, *Inps*.

(7) Alessi 2013, 479; Bozzao 2016, 262.

(8) Vd.: C. Giust. 22.11.2012, C-385/11, *Elbal Moreno*; C. Giust. 4.4.2015, C-527/13, *Calchadora Fernandez*; C. Giust. 8.5.2019, C-161/18, *Villar Láziz*.

(9) C. Giust. 12.10.2004, C-313/02, *Wippel*.

la cd. Gestione separata a opera della l. n. 335/1995 la sua massima espressione. Per quanto riguarda invece le forme di lavoro subordinato e la congerie di rapporti a esso assimilabili (vd. *infra*) però il legislatore nazionale sembra avere seguito un percorso inverso. Dal principio generale di obbligatorietà del rapporto contributivo (art. 2114 c.c.), con conseguente piena assoggettabilità ad assicurazione e contribuzione di tutte le prestazioni di lavoro subordinato e con applicazione dei minimali contributivi giornalieri a tutti i tipi di prestazione, si è passati nel corso del tempo all'introduzione di meccanismi che hanno reso e tuttora rendono molto più difficile l'acquisizione dei diritti pensionistici.

Per vero, il legislatore del 1995 aveva considerato la necessità di tenere conto in qualche modo delle carriere lavorative spezzate e del lavoro marginale. Per questa ragione aveva previsto che si potesse accedere alla pensione con solo cinque anni di contribuzione. Si introduceva così una riduzione considerevole rispetto ai 20 anni di contribuzione previsti dalla riforma Amato del 1992, peraltro applicabile solo a chi fosse andato in pensione con il regime contributivo puro e, dopo la riforma Fornero, solo al raggiungimento dei 70 anni di età. Questa previsione, tuttavia, non rispondeva solo all'esigenza di favorire l'accesso al sistema pensionistico anche da parte di chi avesse avuto un ruolo marginale nel mercato del lavoro, ma anche all'obiettivo di separare radicalmente la previdenza e l'assistenza. Era necessario infatti evitare che le contribuzioni, in particolare dei lavoratori dipendenti, venissero utilizzate per finanziare sia le prestazioni di carattere assistenziale garantite ai cittadini non lavoratori (quali la pensione sociale) sia le pensioni previdenziali che non raggiungevano livelli minimi, soprattutto nel settore del lavoro autonomo. La separazione avveniva quindi attraverso l'espulsione dal sistema previdenziale del più grande meccanismo di solidarietà e redistribuzione sino ad allora conosciuto: l'istituto dell'integrazione al minimo della pensione. Alla garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori le cui pensioni risultino insufficienti si provvede nel nuovo sistema contributivo mediante il meccanismo del cumulo parziale tra la prestazione pensionistica e l'assegno sociale finanziato mediante la fiscalità generale. Questa previsione è passata sostanzialmente indenne da tutte le riforme che si sono susseguite negli anni successivi, benché essa ponga non irrilevanti questioni. In primo luogo, il regime del cumulo delle due prestazioni è soggetto all'applicazione di limiti reddituali più stringenti rispetto a quelli previsti per l'integrazione al minimo, non risolvendo di conseguenza il problema della povertà. In secondo luogo, il meccanismo ha sostanzialmente rotto il patto di genere che sino ad allora aveva permesso alle donne di raggiungere una prestazione pensionistica minima con una ridotta anzianità contributiva facendosi al contempo carico delle esigenze di cura della famiglia, e consentendo così agli uomini di mantenere orari e ritmi di lavoro che altrimenti sarebbero stati difficilmente accettabili.

La riforma del 1995 rispondeva, tra le altre, alle esigenze di garantire la sostenibilità finanziaria del sistema pensionistico nel lungo periodo e di ridurre le sperequazioni che garantivano alle carriere più fortunate pensioni proporzionalmente più ricche. Pertanto, si è introdotto un sistema di calcolo uniforme per tutte le categorie di lavoratori, che garantisce a ciascuno una prestazione esattamente proporzionale all'entità dei contributi versati, con una rivalutazione del montante contributivo, coefficienti di trasformazione e adeguamenti alle speranze di vita uguali per tutti. Il meccanismo così delineato, però, risulta privo di elementi redistributivi, siano essi tra generazioni, tra generi o tra categorie di lavoratori: la prestazione dipende sostanzialmente unicamente «da quanto si contribuisce, quindi dal successo della carriera lavorativa, dalla sua continuità e durata, dal livello salariale e dall'appartenenza a categorie che pagano una maggiore aliquota» (10). Così si è trasferito completamente il rischio connesso agli eventi che possono determinare un'interruzione della carriera lavorativa – invalidità, malattia, infortunio disoccupazione involontaria, per dirla con le parole dell'art. 38, c. 2, Cost. – sul lavoratore stesso, cioè sul destinatario della protezione sociale che si realizza con la pensione di vecchiaia (11).

Ciò che il legislatore del 1995 non aveva affatto previsto (ma avrebbe potuto farlo quello del 2011) sono i grandi mutamenti sociali ed economici che hanno attraversato il paese soprattutto dopo la grande crisi innescatasi a partire dal 2008. Il meccanismo attuariale neutro prefigurato nel 1995 e gelosamente preservato negli anni successivi non mette al riparo dai grandi *shock* economici e, sebbene riesca a mettere al riparo dall'invecchiamento della popolazione, non riesce tuttavia a proteggersi dalla costante riduzione della popolazione attiva. Le forti emigrazioni di giovani che si sono registrate negli ultimi anni, da un lato, e le trasformazioni del lavoro indotte dalle nuove tecnologie, dall'altro, costituiscono ora una sfida notevole, soprattutto al principio di adeguatezza delle prestazioni pensionistiche costituzionalmente sancito.

Se, come detto sopra, in una certa misura il legislatore del 1995 aveva tenuto conto della necessità di garantire una protezione anche al lavoro marginale mediante la drastica riduzione del requisito di assicurazione e contribuzione, egli invece non aveva previsto la successiva diffusione del lavoro non standard, che incide, frazionandole, sulle carriere lavorative in modo ben superiore a quanto immaginabile all'epoca dell'introduzione del metodo contributivo (12).

È bene sottolineare come la precarietà del lavoro incida sul trattamento pensionistico non solo riducendo il tempo di assicurazione e contribuzione in re-

(10) Jessoula, Raitano 2015, 370.

(11) Bonardi 2012, 14; Jessoula, Raitano 2015, 370.

(12) Treu 2015, 429.

lazione alle frequenti interruzioni di carriera, ma anche in vari altri modi. Lo specchio previdenziale riflette infatti una carriera lavorativa caratterizzata dalla persistente sussistenza di discriminazioni a danno dei lavoratori precari, che si vedono tuttora riconosciuti trattamenti economici inferiori rispetto a quelli dei lavoratori a tempo pieno indeterminato. Il percorso che ha portato in Europa e in Italia alla statuizione del principio di parità di trattamento, o meglio, della garanzia di un trattamento non inferiore dei lavoratori non standard rispetto a quelli assunti a tempo pieno e indeterminato continua infatti a scontare una serie non irrilevante di deroghe ed eccezioni e, soprattutto, un altissimo grado di ineffettività. Il computo dell'anzianità di lavoro in caso di successione di contratti a termine e ancor più in caso di ricorso alla somministrazione di lavoro è tuttora oggetto di contenzioso giudiziario (13) e presenta significative difficoltà di implementazione. Inoltre, il legislatore nazionale, prevedendo nelle più recenti riforme che la garanzia di parità di trattamento sia realizzata «complessivamente», trascura di considerare l'elementare principio per cui il raffronto tra i trattamenti deve essere effettuato voce per voce e non globalmente (14). Parimenti difficoltoso è l'accesso a gratifiche concesse su base annuale, ai premi di risultato e al *welfare* aziendale. Secondo la migliore dottrina, l'essere parte di rapporti di lavoro non standard può essere considerato un nuovo fattore di discriminazione che, come tale, meriterebbe di essere protetto con l'attivazione di tutti i rimedi previsti dal diritto antidiscriminatorio (15). Chi scrive ritiene che il riferimento contenuto nell'articolo 3 Cost. alle condizioni personali e sociali militi a favore di tale lettura e che consenta, quindi, di andare a sindacare le differenze di trattamento tuttora ammesse dall'ordinamento anche in campo previdenziale (16).

Né si può dimenticare come lo specchio pensionistico rifletta le discriminazioni esistenti nel mondo del lavoro a danno di determinati gruppi: le donne in primo luogo e i giovani, che sono i principali interessati dalle forme di lavoro non standard. Alla ormai classica osservazione per cui le donne sono prevalentemente impiegate in lavori a tempo parziale si deve aggiungere il fatto che sebbene i divari di genere nel ricorso al lavoro a termine siano contenuti, essi ritornano a crescere quando si valuta la possibilità di vedere stabilizzata la propria posizione lavorativa (17). A rinforzare la classica intersezione tra il fattore di-

(13) Si vd. l'ampia rassegna in Alessi, Borelli 2019, 300 ss.

(14) Per un'analisi di questi aspetti si rinvia ad Alessi, Borelli 2019, 300 ss.

(15) In questo senso, vd. Alessi, Borelli 2019, 278.

(16) Per l'estensione dei fattori di discriminazione, vd. Lassandari 2017, 200, e, con più cautela, Barbera 2017, 28.

(17) Tonarelli, Vallauri 2019, 180.

scriminatorio di genere e la precarietà in cui le donne restano intrappolate fa poi da collante un divario salariale che resta notevole (18).

Per quanto riguarda i giovani, esclusi da riconoscimento ai fini pensionistici sono i periodi svolti dai giovani in attività di tirocinio, curriculare o extracurriculare, compresi quelli derivanti dall'attivazione della garanzia giovani, spesso utilizzati illegittimamente, per reiterate esperienze formative presso lo stesso soggetto ospitante per identici obiettivi formativi, per lo svolgimento di compiti elementari che non richiedono alcuna formazione, per la sostituzione di lavoratori assenti o per coprire picchi di attività (19).

Dopo la riforma del 1995, il quadro è mutato anche a seguito della legittimazione del lavoro a chiamata – per il quale l'indennità di disponibilità non è sempre dovuta; quando lo è non è soggetta al minimale contributivo, e comunque non spetta in caso di malattia del lavoratore (cfr. art. 16, d.lgs. n. 81/2015) – nonché della diffusione del lavoro tramite piattaforma digitale, raramente qualificato come subordinato e in ogni caso caratterizzato da prestazioni di breve e brevissima durata, le cui caratteristiche paiono difficilmente conciliabili non tanto con l'adempimento dell'obbligo contributivo in sé considerato, quanto con tutta la serie di obblighi accessori a esso connesso (dalla comunicazione di inizio attività alle variazioni e cessazioni dei rapporti, alla tenuta del Libro unico del lavoro). Come è stato opportunamente sottolineato (20), al netto delle mistificazioni, il termine *gig economy* rappresenta adeguatamente il fenomeno in atto dell'impoverimento del lavoro, sia sul piano economico sia su quello giuridico. Sul piano pensionistico, lo sviluppo del lavoro mediante piattaforme digitali pone sia le sfide della qualificazione del rapporto come subordinato o autonomo e dell'individuazione della relativa tutela previdenziale, sia quella della stessa osservanza degli obblighi di assicurazione connessi allo svolgimento del lavoro autonomo, difficilmente applicabili nell'ambito del lavoro svolto per piattaforme che operano su scala transnazionale (21).

Se si adotta una nozione di lavoro marginale aderente al dato giuridico e si fa quindi riferimento al lavoro «ritenuto» dal legislatore marginale e quindi non meritevole di tutela pensionistica, lo spettro delle attività da considerare si allarga notevolmente. La dottrina più attenta alle questioni di genere ha già da tempo sottolineato come gli equilibri economici e sociali del paese si fondino sull'ampio lavoro di cura e di assistenza svolto in ambito familiare e come tale

(18) Vd. i dati riportati dall'European Institute for Gender Equality, in <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2019/IT>.

(19) Per questi aspetti vedi Donà 2019, 137.

(20) Bano 2019, 130.

(21) Voza 2017, 78.

attività sia meritevole di considerazione da parte dell'ordinamento. Si è così più volte sottolineata, anche nella giurisprudenza costituzionale (22), l'esigenza di garantire adeguata protezione a chi si fa carico di tali attività, ben oltre i limiti attualmente previsti dall'ordinamento, che garantisce una protezione solo a coloro che siano già titolari di rapporti di lavoro subordinato, ma non a coloro che abbiano dovuto lasciare il lavoro per prendersi cura dei propri cari.

Ma il catalogo delle attività utili e prive di riconoscimento pensionistico è molto più ampio, e in costante allargamento. Senza poter qui fornire un'analisi completa e dettagliata, si ricorda come non riceva alcun riconoscimento pensionistico il lavoro dei volontari, siano essi impegnati nel terzo settore, nella protezione civile o nei ben più impegnativi e rischiosi compiti del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco o del Soccorso alpino. Un riconoscimento limitato ai soli fini dell'acquisizione dei requisiti assicurativi è inoltre previsto per i soggetti impegnati nei lavori socialmente utili e nei lavori di pubblica utilità, mentre il legislatore tace sui lavori di utilità collettiva previsti per i percettori del reddito di cittadinanza. Soltanto riscattabile è inoltre il servizio civile universale.

Lo specchio pensionistico delle carriere lavorative è altresì condizionato dal processo di riduzione notevole dei trattamenti di disoccupazione. A partire dall'introduzione della miniAspi nel 2012 e poi con l'introduzione della Naspi nel 2015, i trattamenti di disoccupazione, pur essendo più facilmente accessibili perché è stato ridotto il requisito di anzianità assicurativa e contributiva, hanno una minore durata, in quanto concessi per un periodo pari alla metà delle settimane contributive accreditate e non più alla loro interezza. La conseguenza si riflette anche sul profilo pensionistico, in quanto a una minore durata del periodo di disoccupazione corrisponde minor accredito della contribuzione figurativa.

4. — *Gli ostacoli propri del sistema pensionistico* — Diversi elementi propri del sistema previdenziale rendono difficile il raggiungimento del diritto a pensione per coloro che hanno avuto più esperienze di lavoro marginale. Essi incidono sia sul piano del raggiungimento dei requisiti di assicurazione e contribuzione, sia su quello dell'accesso alla prestazione.

Sul primo profilo, la questione principale è quella relativa ai minimali contributivi. Si è già accennato nel par. 2 alla vicenda che ha portato la Corte di Giustizia prima e la Cassazione in seguito a riconoscere ai lavoratori con rapporto di lavoro *part-time* verticale ciclico l'anzianità assicurativa corrispondente alla durata del rapporto. Sulla questione si deve ora tornare perché in realtà quella vicenda rappresenta solo la punta di un iceberg. La regola del

(22) C. cost. 19.1.1995, n. 28.

riproporzionamento censurata infatti costituisce l'applicazione del più ampio principio contenuto nell'art. 7, c. 1, secondo periodo, del d.l. n. 463/1983, convertito dalla l. n. 638/1983 (come modificato dall'art. 1, c. 2, del d.l. n. 338/1989, convertito dalla l. n. 389/1989), in base al quale, perché venga accreditata una settimana di contribuzione, occorre che la retribuzione percepita non sia inferiore al 40% del trattamento minimo mensile di pensione del Fondo pensioni lavoratori dipendenti (di seguito, Fpld). Il mancato raggiungimento di quella soglia determina il riproporzionamento delle settimane di contribuzione, secondo un calcolo che avviene «a ritroso nel tempo» a partire dall'ultima settimana lavorativa compresa nell'anno di riferimento. Tale disposizione fu formulata nella piena vigenza del sistema retributivo e aveva lo scopo di riproporzionare l'entità della prestazione alla quantità del lavoro svolto. Nel sistema contributivo la funzione di tale norma muta radicalmente, perché l'ammontare della prestazione è comunque calcolato sull'importo dei contributi versati. Ne consegue che essa incide solo sul calcolo degli anni di contribuzione necessari per la maturazione del diritto a pensione, rendendo oltremodo difficoltoso il raggiungimento dei requisiti non solo per i lavoratori *part-time*, ma per tutti i rapporti di lavoro povero. Si è già detto che, quanto meno con riferimento ai lavoratori a tempo parziale, il mancato riconoscimento dell'intera durata del rapporto di lavoro ai fini assicurativi costituisce una discriminazione indiretta di genere accertata dalla Corte di Giustizia con riferimento al personale iscritto al Fondo volo; non vi è ragione tuttavia per non ritenere che alla medesima conclusione si debba giungere per tutti i rapporti di lavoro a tempo parziale, anche orizzontale (23). Ciò sembrerebbe trovare conferma nella giurisprudenza di Cassazione che, adeguandosi alla sentenza della Corte di Giustizia, ha in più occasioni riconosciuto il pieno calcolo dell'anzianità contributiva in caso di *part-time* verticale (24). Secondo i giudici, la nuova disposizione di cui all'art. 11, c. 4, d.lgs. n. 81/2015 – per il quale in caso di passaggio dal tempo pieno a quello parziale «ai fini della determinazione dell'ammontare della pensione si computa per intero l'anzianità relativa ai periodi di lavoro a tempo pieno e in proporzione all'orario effettivamente svolto l'anzianità inerente ai periodi di lavoro a tempo parziale» –, confermerebbe l'adeguamento dell'ordinamento interno a quello europeo. Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una lettura forzata, ma correttamente orientata al rispetto del principio di eguaglianza, di una norma che re-

(23) Per un'analisi approfondita della questione, vd. Bonardi 2012, 133.

(24) Cass. 24.11.2015, n. 23948; Cass. 2.12.2015, n. 24532; Cass. 22.12.2016, n. 21376; Cass. 19.10.2016, n. 21207; Cass. 6.7.2017, n. 16677; Cass. 3.5.2018, n. 10526, tutte riguardanti esclusivamente il Fondo Volo, tutte in *DeJure*.

sta ambigua e che comunque pare idonea a incidere solo sul lavoro a tempo parziale, mentre il problema riguarda la previsione di ben più ampia portata di cui all'art. 7, d.l. n. 463/1983, che interessa sostanzialmente tutto il mondo dei cd. «lavoretti» e la cui vigenza viene sostanzialmente confermata dal c. 1 del medesimo art. 11, d.lgs. n. 81/2015.

Analoghe difficoltà di maturazione dei requisiti di contribuzione e assicurazione si pongono per i rapporti di lavoro assicurati presso la Gestione separata, ancorché la questione si ponga in termini parzialmente diversi, essendo qui i contributi rapportati al reddito e calcolati sulla base di un minimale annuale. Qualora questo non sia raggiunto, i mesi di assicurazione sono proporzionalmente ridotti e attribuiti temporalmente dall'inizio dell'anno solare (art. 2, c. 29, l. n. 335/1995). Ulteriori problemi derivano poi dalle difficoltà di ricongiunzione, totalizzazione e cumulo dei periodi di contribuzione maturati nelle diverse gestioni pensionistiche, che ancora oggi, e nonostante le diverse modifiche legislative, non consente di calcolare tutti i contributi versati. Il discorso vale soprattutto per chi svolge più lavori marginali aventi diverso inquadramento previdenziale nel medesimo arco di tempo, poiché gli istituti sopra citati presuppongono che i periodi da considerare non siano coincidenti. Inoltre, l'esistenza di due sistemi di calcolo diversi, a ritroso dall'ultima prestazione per il Fpld e dall'inizio dell'anno solare per la Gestione separata, produce effetti paradossalmente opposti a seconda che il lavoratore nello stesso anno abbia svolto prima il lavoro subordinato e poi quello autonomo o viceversa.

Il secondo modo con cui si limita l'accesso a pensione di chi ha svolto lavori marginali deriva dalla previsione delle soglie economiche. La prima fu introdotta con la riforma del 1995 solo al fine di accedere al pensionamento prima dei 65 anni di età, condizionando il diritto alla circostanza che l'importo della prestazione non risultasse inferiore di 1,2 volte l'assegno sociale. Con la riforma del 2011 le soglie economiche diventano due: 1,5 volte l'assegno sociale per il pensionamento all'età di 67 anni e 2,8 volte l'assegno sociale per quello all'età di 64 anni, in entrambi i casi con 20 anni di contribuzione. Si tratta della previsione del sistema forse più criticata in assoluto. Anzitutto perché costituisce un fuor d'opera rispetto al sistema contributivo, nel quale l'entità della prestazione è parametrata, mediante i coefficienti di trasformazione adeguati, alle aspettative di vita, alla presunta durata del pensionamento, e dunque presuppone la scelta da parte del fruitore della prestazione dell'età di ritiro dal lavoro, pagandone il prezzo mediante, appunto, l'applicazione di un coefficiente di trasformazione più basso (25). In secondo luogo perché la previsione costituisce una

(25) Jessoula 2016, 505.

discriminazione indiretta di genere, in quanto pone in una situazione di particolare svantaggio in assenza di adeguate giustificazioni le donne, che difficilmente riescono a maturare pensioni superiori alle soglie indicate (26). La pensione di vecchiaia media liquidata alle donne è infatti in calo, attestandosi, nel 2018 a 646 euro mensili (27).

In generale, l'idea che la pensione non sia riconosciuta se non raggiunge un certo importo rappresenta la massima espressione del misconoscimento di quelle carriere lavorative frazionate che il legislatore ha però in vario modo ha nel corso del tempo incentivato. Si afferma così un disvalore paternalistico che giunge al punto di negare la solidarietà collettiva (ammesso che tale espressione possa ancora essere riferita a un sistema pensionistico ormai depurato di ogni elemento redistributivo) a chi, pur avendo raggiunto l'età prevista per la pensione di vecchiaia, non abbia guadagnato abbastanza nel corso della vita (28). Nel contesto delle trasformazioni attuali del lavoro ciò equivale a trasformare la condizione dei cd. *working poors* in una condanna alla povertà a vita. Si aggiunga qui che, oltre a essere estranea al sistema contributivo e discriminatoria, la soglia non si giustifica sul piano della razionalità finanziaria, perché produce l'effetto paradossale di pagare prima e per più tempo le pensioni più alte. Al momento, per quanto riguarda il lavoro dipendente, il problema delle soglie ha una consistenza quantitativa minima, in quanto le pensioni erogate con il metodo contributivo puro sono solo il 4,1%; nondimeno esso costituisce una bomba a orologeria innescata sulle future pensioni. Inoltre, il danno qualitativo, per coloro che sono investiti già ora dalla regola in questione non è affatto irrilevante, ponendo seri dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo del rispetto degli artt. 3, 35 e 38 Cost., oltre che di legittimità rispetto alla Direttiva n. 79/7/Cee in materia di parità tra uomini e donne nei regimi di sicurezza sociale. Se si va a guardare al lavoro discontinuo e precario e si prende ad esempio la situazione degli iscritti alla Gestione separata, gli unici ai quali si applica integralmente il sistema contributivo puro, ci si rende conto di quanto potenzialmente le soglie economiche possano rivelarsi un ostacolo insormontabile nell'accesso alla pensione. Il numero delle pensioni liquidate con il sistema contributivo è infatti paradossalmente in calo, mentre è in aumento l'età di pensionamento che arriva per le donne a 68 anni e 4 mesi e per gli uomini a 67 anni; effetti questi che l'Inps collega direttamente all'applicazione delle soglie econo-

(26) Per un'analisi approfondita della questione, vd. Bonardi 2012 e *Id.* 2017.

(27) Rendiconto sociale Inps 2018, 53.

(28) Avio (2013, 407), per il quale «chi poteva permettersi di cessare dal lavoro pur non avendo una prestazione adeguata si riteneva non avesse necessità della solidarietà dei consociati e la prestazione era differita».

miche (29). Anche tenendo conto che per i primi anni di vigenza la Gestione separata era finanziata con aliquote contributive decisamente basse, il dato è illuminante. Del resto, benché non si possa predire il futuro, non sono pochi gli studiosi (30) che osservano che nel 2050 il pensionamento avverrà mediamente oltre i 70 anni, con prestazioni al di sotto della soglia di povertà. Le proiezioni più attendibili segnalano il progressivo declino anche del tasso di sostituzione, con effetti molto più rilevanti per i lavoratori autonomi rispetto ai dipendenti: mentre nel 2010 il tasso di sostituzione di un lavoratore autonomo che si fosse ritirato a 65 anni e 7 mesi con 38 anni di contributi era del 77,2%, nel 2040 con un pensionamento a 69 anni e 2 mesi e gli stessi anni di contribuzione il tasso calerebbe al 47,3%. Si tratta tra l'altro di dati riferiti alle carriere più lunghe e non certo a quelle frazionate che caratterizzano l'attuale mercato del lavoro dei giovani (31).

Il quadro pensionistico al femminile, con pensioni medie di 771 euro, che scendono a 646 se si considerano solo quelle di vecchiaia e una media di 26 anni di contribuzione (32), si caratterizza per una netta riduzione del numero e degli importi delle pensioni di vecchiaia liquidate e per un deciso prolungamento della carriera lavorativa. La rincorsa a tappe forzate delle donne verso la parificazione dell'età pensionabile insomma non ha sortito né l'effetto di incrementare il tasso di occupazione femminile, né, ciò che è più grave, di incrementare le pensioni delle donne, come invece ci si sarebbe dovuti aspettare del prolungamento del lavoro. Il differenziale rispetto agli uomini risulta tuttora ben più alto rispetto al *gap* salariale, arrivando al 36,8%, oltretutto in crescita rispetto ai dati del 2012 (33). Da questo punto di vista, a distanza di quasi 10 anni si può affermare che le iniquità che hanno costretto il legislatore a intervenire negli anni successivi con diverse deroghe (34) non sembrano aver portato alcun sostanziale giovamento.

Gli interventi legislativi più recenti, volti a correggere gli effetti troppo rigorosi delle riforme del 1995 e del 2011, non sembrano influire in alcun modo sulla condizione pensionistica dei lavoratori impegnati in attività marginali. Che si tratti dell'Ape sociale o della nuova «pensione quota 100» introdotta con il d.l. n. 4/2019, i requisiti di contribuzione e assicurazione risultano ancora troppo alti per chi ha carriere lavorative povere e frazionate. Ancora una volta,

(29) Rendiconto sociale Inps del 2018, 52.

(30) Jessoula 2014, 68, Treu 2015, 437.

(31) *The 2018 Pension Adequacy Report*, cit.

(32) È il calcolo riportato in *The 2018 Pension Adequacy Report*, cit.

(33) *Ivi*.

(34) Per una puntuale analisi, vd. Bonardi 2017.

l'analisi di genere risulta particolarmente significativa: per quanto riguarda l'Ape sociale, le domande accolte delle donne sono state il 29,3% nel 2017 e il 35,8% nel 2018. Ancora peggiore da questo punto di vista è la *performance* della «pensione quota 100»: tra le domande accolte al 30 giugno 2019 quelle delle donne sono state il 21,4% (35).

5. — *Quali riforme?* — Siamo ormai ampiamente consapevoli della difficile sostenibilità sociale del sistema pensionistico delineato dalla riforma del 2011, che ha costretto il legislatore a intervenire a più riprese, per temperarne gli effetti negativi. Il risultato è stato l'introduzione di una serie di deroghe ed eccezioni, cominciata con l'emblematica vicenda dei cd. esodati, proseguita con la possibilità di pensionamento delle donne della classe 1952 (36) e giunta negli anni più recenti all'introduzione di meccanismi più generalizzati, come l'Ape, sociale e volontaria, e la «pensione quota 100». Si tratta di temperamenti che hanno però portato a quella che non a torto è stata definita un'alterazione fisiognomica del sistema previdenziale, potenzialmente in grado di comprometterne la vocazione universalistica, frammentando il sistema e favorendo così il disgregamento dei legami solidaristici (37) e comunque non all'altezza rispetto alle sfide che i mutamenti del lavoro e dell'occupazione pongono oggi. Correttivi marginali, come quelli che abbiamo visto negli ultimi anni, volti a introdurre deroghe e proroghe non paiono sufficienti a realizzare l'obiettivo di un sistema pensionistico adeguato per tutti. Si è visto del resto che gli interventi finora adottati hanno riguardato una platea ristretta di soggetti, costituita in netta prevalenza da lavoratori di genere maschile. Le riforme si sono cioè rivolte al «margine» alto degli assicurati, non incidendo in alcun modo sulle problematiche relative a quanti sono impiegati in lavori marginali.

Riforme più strutturali sono quindi necessarie e il dibattito risulta tuttora aperto. Si può osservare che una linea che accomuna gli studiosi sia costituita dalla necessità di reintrodurre nel sistema di *welfare* meccanismi solidaristici e redistributivi. Si è proposta in questo senso una riforma radicale, mediante il passaggio a un sistema nettamente beveridgeano, con l'istituzione di una pensione di base universale per tutti (38). Un'altra linea di intervento, non necessariamente alternativa a quella appena indicata, consiste nell'introduzione di meccanismi solidaristici correttivi del sistema contributivo. Si osserva in questo

(35) Vd. Inps, Allegato al Rendiconto sociale 2018.

(36) Per i vari regimi di deroga previsti per il pensionamento delle donne vd. Bonardi 2017, 125.

(37) Cinelli 2020, 3.

(38) Treu 2015, 438.

senso che «le finalità redistributive, o di coesione sociale, di un sistema pensionistico non si limitano [...] alle componenti assistenziali indirizzate alla fascia di popolazione in estrema povertà, ma richiedono anche forme più articolate di intervento per i redditi che si collocano nella fascia bassa» (39).

Chi scrive ritiene che sia necessario agire secondo due linee di intervento convergenti verso un sistema effettivamente solidaristico. Da un lato, pare necessario espellere dal sistema quei meccanismi – estranei anche alla logica del sistema contributivo – che tuttora impediscono la maturazione dei requisiti e l'accesso alla pensione. Il riferimento è in primo luogo al sistema del riproporzionamento dell'anzianità contributiva, oltre che all'abolizione delle soglie economiche. Anche in considerazione della raccomandazione europea (vd. par. 2) i tempi sembrano ormai più che maturi anche per una ulteriore revisione dei regimi di ricongiunzione, totalizzazione e cumulo, in modo da poter considerare utili tutti i periodi di contribuzione, quale che sia il fondo a cui sono versati e soprattutto indipendentemente dalla non coincidenza dei periodi assicurativi.

Dall'altro lato, occorre reintrodurre nel sistema elementi di solidarietà. Vi è anzitutto un generale consenso sull'adozione di una misura di garanzia minima della prestazione pensionistica, richiesta da più parti e presente anche in alcune proposte di legge (40). Si è inoltre sottolineata la necessità di riconoscere contributi figurativi a sostegno delle carriere discontinue (41). In questo senso si dirigerebbe anche l'idea qui avanzata di estendere la copertura assicurativa a tutte quelle forme di lavoro e quelle attività che concorrono al benessere collettivo che sinora ne sono prive (vd. par. 3).

La proposta più interessante, però, è quella di chi ritiene indispensabile restituire al sistema pensionistico il suo carattere solidaristico attraverso l'introduzione di meccanismi di calcolo del montante contributivo progressivi, favorendo i redditi più bassi (42). In una logica non dissimile è stata altresì sostenuta la necessità di superare il massimale contributivo, introdotto con la l. n. 335/1995, e di sostituirlo con il massimale pensionistico. Quest'ultima proposta, oltre che rispondere alle finalità solidaristiche, apporterebbe benefici finanziari ben più rilevanti di quelli che si ottengono con l'introduzione di contributi di solidarietà sulle pensioni più alte, peraltro sempre saltuari o comunque di modesta entità (43).

(39) Artoni 2015, 392.

(40) Vd., ad es., il d.d.l. n. 1010 del 23 gennaio 2019, d'iniziativa dei senatori Nannicini e al., «Misure urgenti per la flessibilità e l'equità intergenerazionale del sistema previdenziale. Delega al Governo per l'introduzione della pensione di garanzia». Treu 2018, 647.

(41) Treu 2018, 647, e già *Id.* 2015, 437.

(42) Artoni 2015, 392; Jessoula, Raitano 2015, 380.

(43) Bonardi 2012, 206.

In una logica di riequilibrio e di equità del sistema, sarebbe altresì necessaria una riconsiderazione dei coefficienti di trasformazione, posto che l'applicazione dello stesso criterio di calcolo delle aspettative di vita non tiene conto delle effettive differenze sussistenti tra le varie classi di lavoratori, risolvendosi in un elemento che favorisce i lavoratori più benestanti a scapito dei più poveri. Si propone quindi di calibrare gli interventi in modo da tutelare in via prioritaria quegli individui maggiormente svantaggiati, rispetto sia alle condizioni di lavoro e di salute sia all'aspettativa di vita dopo il pensionamento (44).

Nel chiudere questo contributo, non si può del tutto obliterare il tema del reperimento delle risorse per dare attuazione alle numerose proposte avanzate. La questione meriterebbe una trattazione *ad hoc*, non possibile in questa sede, ma si osservi anzitutto che buona parte delle proposte si colloca all'interno del funzionamento del sistema contributivo, onde non dovrebbe portare a costi assistenziali ulteriori, quanto a una correzione degli elementi regressivi in esso presenti. Altre misure sono invece effettivamente costose e pongono inevitabilmente il quesito se il sistema di finanziamento, basato tuttora su contributi connessi alla quantità di lavoro prestato dal singolo, in un contesto in cui la base occupazionale si restringe e il lavoro diminuisce progressivamente anche per effetto delle nuove tecnologie, sia ancora adeguato o se non si debba piuttosto pensare ad altre forme di finanziamento, magari basate sulle ricchezze prodotte da quella stessa innovazione tecnologica che riduce il lavoro (45).

Riferimenti bibliografici

- Alessi C. (2013), *Part-time minimo e accesso alla pensione di vecchiaia*, in *q. Riv.*, II, 479 ss.
Alessi C., Borelli S. (2019), *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 271 ss.
Artoni R. (2015), *Note sintetiche su stato e prospettive del sistema pensionistico italiano*, in *La rivista italiana delle politiche sociali*, 383 ss.
Avio A. (2013), *La vecchiaia della pensione?*, in *LD*, 403 ss.
Bano F. (2019), *Il lavoro povero nell'economia digitale*, in *LD*, 129 ss.
Barbera M. (2017), *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. Bonardi, *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 17 ss.
Bonardi O. (2012), *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino.

(44) Avio 2013; Jessoula 2019, 157.

(45) Vd., sul punto, anche Prosperetti 2019, 513.

- Bonardi O. (2017), *Povere vecchie. L'età pensionabile nella prospettiva di genere*, in VTDL, 113 ss.
- Bozzao P. (2016), *Pensioni e part-time: regimi previdenziali e prospettive antidiscriminatorie nella giurisprudenza multilivello*, in q. Riv., II, 262 ss.
- Bronzini G. (a cura di) (2018), *Verso un pilastro sociale europeo*, Fondazione Basso, Roma.
- Canavesi G. (2017), *L'età pensionabile nella prospettiva previdenziale*, in VTDL, 11 ss.
- Cinelli M. (2020), *La previdenza che cambia: appunti su relatività e variazioni fisiognomiche dei diritti sociali*, in RDSS, 1 ss.
- Donà S. (2019), *Garantire l'attivazione di tirocini di qualità: gli obiettivi delle ultime riforme legislative in materia*, in RIDL, I, 137 ss.
- Guardiancich I., Natali D. (2018), *Le pensioni in Italia: nuove sfide e vecchi problemi*, in *La rivista italiana delle politiche sociali*, 437 ss.
- Jessoula M. (2014), *L'equilibrio imperfetto. Le pensioni italiane tra sostenibilità, adeguatezza, equità*, in *Italianieuropei*, n. 3, 63 ss.
- Jessoula M. (2019), *Pensioni gialloverdi: eque e sostenibili?*, in *La rivista italiana delle politiche sociali*, 153 ss.
- Jessoula M., Raitano M. (2015), *La riforma Dini vent'anni dopo: promesse, miti, prospettive di policy. Un'introduzione*, in *La rivista italiana delle politiche sociali*, 365 ss.
- Lassandari A. (2017), *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in O. Bonardi, *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 189 ss.
- Leombruni R. et al. (2015), *Non tutti uguali al pensionamento: variazione nell'aspettativa di vita e implicazioni per le politiche previdenziali*, in *La rivista italiana delle politiche sociali*, 461 ss.
- Prosperetti G. (2019), *Gli istituti di welfare e la loro necessaria revisione nella nuova realtà sociale*, in RDSS, 507 ss.
- Tonarelli A., Vallauri M.L. (2019), *Povertà femminile e diritto delle donne al lavoro*, in LD, 180 ss.
- Treu T. (2015), *Rilevanza e limiti della riforma pensionistica del 1995: oltre il welfare assicurativo*, in *La rivista italiana delle politiche sociali*, 429 ss.
- Treu T. (2018), *Sustainable social security. Past and future challenges in social security*, in RDSS, 621 ss.
- Voza R. (2017), *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, in QRGL, n. 2, 71 ss.

ABSTRACT

In questo saggio, l'Autrice tratta delle difficoltà di accesso alla tutela pensionistica dei lavoratori marginali. Dopo un'analisi critica delle politiche europee e delle previsioni del nuovo Pilastro sociale europeo in materia, l'Autrice esamina il quadro normativo nazionale, ponendo in evidenza i limiti della tutela, dipendenti dalla struttura del mercato del lavoro, da un lato, e dalla disciplina giuridica dei regimi pensionistici, dall'altro. Infine l'Autrice discute alcune delle più rilevanti proposte di riforma che sono state avanzate in materia.

CASUAL WORK AND PENSION SCHEMES

In this essay, the Author analyses the difficulties that casual and non standard workers face in the access to pension schemes. After a critical review of the EU policy and of the European social pillar provisions on this subject, the Author focuses on the national legal framework, highlighting both the limits stemming from the labour market conditions and those coming from the pension schemes structures. In the end, the Author discusses some of the most relevant reform proposals.

Riccardo Vianello (*)

L'ADEGUATEZZA COME UNITÀ DI MISURA ETICO-SOCIALE ED ECONOMICA DELLA PRESTAZIONE PREVIDENZIALE

SOMMARIO: 1. La definizione del concetto di adeguatezza: tra autonomia ed eteronomia. — 2. L'adeguatezza «statica»: minimale e massimale di contribuzione e di retribuzione pensionabile, minimi e massimi di pensione. — 3. La indiretta determinazione, per via legislativa, della nozione di «mezzi adeguati alle esigenze di vita» e la sua marcata connotazione in senso soggettivo nel processo esecutivo: i limiti alla pignorabilità delle pensioni e il concetto di «minimo vitale». — 4. L'adeguatezza «dinamica»: la perequazione automatica delle pensioni e il contributo di solidarietà. — 5. Adeguatezza e sistema contributivo: la proposta di una pensione di garanzia. — 6. Conclusioni: il montante contributivo individuale come strumento di individuazione del concetto di adeguatezza e di resistenza alla discrezionalità regressiva del legislatore.

1. — *La definizione del concetto di adeguatezza: tra autonomia ed eteronomia*
— Preliminare a ogni riflessione in punto di adeguatezza *ex art. 38, c. 2, Cost.*, è la constatazione che i lavori in sede costituente, pur tenuto conto della difformità (e a volte dell'atecnicismo) del linguaggio, evidenziano due profili: sul piano soggettivo, la volontà di mantenere comunque distinte le figure del lavoratore e del non lavoratore (che poi verrà qualificato come «cittadino»); sul piano oggettivo, l'espunzione del concetto di adeguatezza dall'ambito delle tutele da riconoscere a chi non è in grado di lavorare, e l'affermazione che in tal caso la protezione deve essere volta a consentire di far fronte alle «minime esigenze della vita» (come previsto dal comma 1 dello stesso articolo).

Il che dovrebbe indurre a ritenere che, se l'obiettivo delle prestazioni (omettiamo volutamente di dire se «assistenziali» e/o «previdenziali») consiste nel perseguimento dell'interesse pubblico alla liberazione dal bisogno come condizione per l'effettivo esercizio dei diritti civili e politici di cui all'art. 3, c. 2, Cost., allora esso non può che essere raggiungibile già attraverso le tutele assistenziali di cui all'art. 38, c. 1, Cost. (cioè deve essere a disposizione di ogni cittadino), mentre il parametro dell'adeguatezza, cui va commisurata una prestazione previdenziale *ex art. 38, c. 2*, deve contenere un *quid pluris* connesso al «merito»

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Padova.

acquisito (nel periodo di vita attiva) dal soggetto da proteggere» (1), misurato tramite la retribuzione e la contribuzione.

In effetti, risulta dal dibattito sviluppatosi in seno all'Assemblea Costituente che all'emersione lessicale del concetto di «mezzi adeguati» si è accompagnata l'enunciazione, in chiave teleologica, di una molteplicità di obiettivi che a quel concetto dovrebbero dare corpo; e, d'altro lato, ancor prima si è iniziato a teorizzare la necessità di distinguere l'assistenza e la previdenza perché «il diritto nei riguardi della previdenza è di natura diversa da quello che si riferisce all'assistenza», e «chi lavora e paga i contributi alla previdenza ha un diritto a questa forma assicurativa» (2).

Questa nettezza di opinioni, piuttosto diffusa nel dibattito sfociato nell'approvazione dell'art. 38 Cost., non ha, però, mai aiutato a individuare in maniera compiuta (men che meno sul piano temporale) il significato del concetto di «mezzi adeguati» (3): e ciò non tanto per una supposta difficoltà di definizione *ex ante* della nozione di adeguatezza (4) (ché, anzi, a sfogliare un qualunque dizionario, essa è abbastanza agevolmente riconducibile all'idea di proporzionalità, convenienza, giustezza, congruità, conformità), o per la sua controversa qualificazione in termini quali-quantitativi (5), quanto perché si tratta di nozione che, specie nella forma aggettivale, necessita, a pena di astrattezza e genericità (6), di un riferimento comparativo che la completi (7). Talché appare evidente che (come dimostrato anche dal dibattito sviluppatosi in altri ambiti in cui quella locuzione è utilizzata) (8) quella difficoltà di definizione è, per così dire, riflessa, esogena: deriva, cioè, dalla difficoltà di individuazione delle «esigenze

(1) Così, condivisibilmente e molto efficacemente, Cinelli 2017, 351-352, e *Id.* 2016, 27, nonché Pessi R. 2016a, 598, cui *adde* Occhino 2017, 16, e, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 21.5.2015, n. 10455, S.U., in *FI*, 2015, I, 2762 ss. Critico, invece, Sandulli 2015, 697.

(2) Così l'on. Noce: vd. Assemblea Costituente - Commissione per la Costituzione - Terza Sottocommissione, 4. *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 11 settembre 1946*, 22.

(3) Persiani (2017, 289) osserva che «la giurisprudenza costituzionale non ha ancora fornito una soluzione al problema» anche per la «scarsità di apporti della dottrina».

(4) Anche se approfondita dottrina ne afferma la possibilità di definizione solo in via empirica: D'Onghia 2013, 34.

(5) Ludovico 2013, 927 (negli stessi termini, in precedenza, Renga 2005, 65, e ancor prima Dell'Olio 1971, 2019 ss.). *Contra*, invece, Casillo 2014, 385.

(6) Cinelli 2019, 2; Ales 2016, 256.

(7) Conf. Casillo 2016, 168 ss.

(8) Si pensi agli artt. 342-ter, c. 2, c.c. e 282-bis, c. 3, c.p.p., e soprattutto all'art. 5, c. 6, l. n. 898/1970, come sostituito dall'art. 10, c. 1, l. n. 74/1987, riguardante l'assegno di vorzile da concedersi al coniuge privo di «mezzi adeguati».

di vita» che dovrebbero essere assicurate, e dunque, in ultima analisi, dal livello cui dovrebbe collocarsi la tutela previdenziale.

Ebbene, in proposito rappresentano tuttora un importante punto di riferimento le sentenze della Corte costituzionale n. 31 del 3.2.1986 e n. 173 del 7.7.1986 (9).

La prima, argomentando intorno ai commi 1 e 2 dell'art. 38 Cost., differenza in maniera netta i livelli di tutela che devono essere assicurati rispettivamente ai cittadini (c. 1) e ai lavoratori (c. 2), e distingue tra «i mezzi necessari per vivere» (garantiti ai cittadini, e identificati con il «minimo vitale, alimentare») e «i mezzi adeguati alle esigenze di vita» [che comprendono «anche il soddisfacimento di ulteriori esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori»; concetto che compare, in tempi ben più recenti, nella giurisprudenza di legittimità (10) e nel *Libro bianco*, ove, pur sotto la «sorveglianza» del criterio della sostenibilità, è impiegato, insieme all'«indipendenza economica», per definire l'«adeguatezza»] (11).

Quanto alla sentenza n. 173/1986, essa individua come «mezzi adeguati alle esigenze di vita da assicurare» non solo «quelli che soddisfano i bisogni elementari e vitali, ma anche quelli che siano idonei a realizzare le esigenze relative al tenore di vita conseguito dallo stesso lavoratore in rapporto al reddito e alla posizione sociale raggiunta in seno alla categoria di appartenenza per effetto dell'attività lavorativa svolta» (12).

La sponda eteronoma, offerta dal reddito del lavoratore e, in particolare, dai canoni di cui all'art. 36 Cost., appare, dunque, in tutta la sua rilevanza anche sistematica, sebbene la determinazione del concetto di «mezzi adeguati alle esigenze di vita» tramite il riferimento all'art. 36 Cost. rappresenti solo uno strumento interpretativo e operativo nelle mani del legislatore, il quale, trattandosi di scelte di politica sociale ed economica, lo può governare con ampia discrezionalità, soggetta al solo limite della non irragionevolezza (13).

(9) La sentenza è ampiamente citata nel più recente contributo sulla giurisprudenza costituzionale in tema di adeguatezza: vd. Ales 2019, 540 ss. (a tale saggio si rinvia anche per l'ampia nota bibliografica a p. 522). Per l'analisi degli orientamenti del giudice delle leggi, vd. diffusamente D'Onghia 2013.

(10) Cass. 21.5.2015, n. 10455, S.U., cit.

(11) Vd. Commissione europea, *Libro bianco. Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili*, Bruxelles 16.2.2012, Com(2012)55 def., 9.

(12) Di tutt'altro avviso, com'è noto, Persiani 1979, 243 (*Id.* 2016a, 555; *Id.* 2017, 291).

(13) C. cost. 20.11.1998, n. 372 (e in motivazione ulteriori richiami giurisprudenziali), in *Corriere giuridico*, 1999, 11.

2. — *L'adeguatezza «statica»: minimale e massimale di contribuzione e di retribuzione pensionabile, minimi e massimi di pensione* — Il concetto costituzionale di adeguatezza rapportato alle esigenze di vita viene concretizzato dal legislatore ordinario attraverso una serie di istituti che servono a determinare, direttamente o indirettamente, l'ammontare della prestazione pensionistica, individuandone i due poli estremi con una sorta di *actio finium regundorum*, cosicché in tal modo può dirsi che le esigenze di vita costituzionalmente meritevoli di protezione siano quelle che vengono soddisfatte tramite l'erogazione di un *quantum* di tutela che si colloca entro certi limiti.

Vi è naturalmente la consapevolezza che, così argomentando, risulta accentuata la discrezionalità del legislatore. Nel contempo non ritengo, però, che debba, per ciò stesso, considerarsi minata l'idea che sia possibile una teleologia della previdenza sociale, cioè una funzionalizzazione della stessa al perseguimento di fini costituzionalmente ritenuti meritevoli di tutela, che traspaiono dai lavori in sede costituente.

L'unica avvertenza è che vi sono istituti, rilevanti in materia, che sono indifferenti alle modalità di calcolo (retributivo o contributivo) delle prestazioni previdenziali, e altri che sono, invece, tarati sulle specificità dei diversi metodi, così da indurre a ritenere che, lungi dall'essere meri e asettici meccanismi di computo dei trattamenti, essi divengano strettamente partecipi della finalità che il legislatore si è prefisso.

Prendendo le mosse dagli istituti che incidono indirettamente sulla prestazione pensionistica, si considerino innanzitutto la regola del minimale contributivo (retribuzione minima imponibile ai fini contributivi o minimo contrattuale), che è l'importo minimo che deve essere rispettato per permettere l'accredito della contribuzione dei lavoratori dipendenti (art. 1, c. 1, d.l. n. 338/1989), nonché la regola del minimale di retribuzione giornaliera inderogabile (una sorta di «minimo dei minimi») al di sotto del quale nemmeno il minimale contrattuale può scendere (art. 7, c. 1, secondo periodo, d.l. n. 463/1983, convertito nella l. n. 638/1983).

All'estremo opposto acquista rilievo il concetto di massimale annuo della base contributiva (o massimale di retribuzione imponibile: art. 2, c. 18, secondo periodo, l. n. 335/1995): un tetto massimo di retribuzione (rivalutato annualmente), superato il quale viene meno l'obbligo contributivo.

Pure nell'ambito del regime retributivo, peraltro, esistono alcune soglie (una sorta di massimali di retribuzione pensionabile) (14), al superamento delle quali l'aliquota di rendimento che viene utilizzata per il calcolo delle quote di pen-

(14) Si rammenti che, in origine, la pensione retributiva era soggetta a un massimale in misura fissa, superato, poi, dall'art. 21, c. 6, l. n. 67/1988, che ha consentito di mettere

sione (per ogni anno di lavoro entro un massimo di 40 anni) viene applicata in misura decrescente.

A fianco degli istituti che condizionano indirettamente la misura della prestazione previdenziale (delimitando la base di computo imponibile e pensionabile) vi sono, poi, quelli che hanno un'incidenza diretta sul *quantum* perché contribuiscono ad alterare, in senso migliorativo o peggiorativo, l'entità della prestazione stessa, che risulterà di importo maggiore o minore rispetto a quello derivante dall'applicazione delle regole ordinarie di computo.

A tale proposito rileva innanzitutto la pensione minima – istituto introdotto negli anni cinquanta (artt. 9-10, l. n. 218/1952), e poi periodicamente aggiornato (artt. 1 e 9, l. n. 160/1975; art. 6, d.l. n. 463/1983, convertito in l. n. 638/1983; artt. 1 e 3, l. n. 140/1985; artt. 1 e 3, l. n. 544/1988; art. 4, d.lgs. n. 503/1992; art. 2, c. 14, l. n. 335/1995) –: in questo modo il legislatore stabilisce il livello al di sotto del quale la pensione non può scendere, evidentemente sul presupposto che a esso dovrebbe corrispondere la soglia di adeguatezza della tutela previdenziale, tale da garantire il soddisfacimento delle «esigenze di vita» di cui all'art. 38, c. 2, Cost.

Peraltro, per evitare l'erogazione di prestazioni eccessivamente modeste, magari inferiori al minimo alimentare riconosciuto ai cittadini inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere ai sensi dell'art. 38, c. 1, Cost., al soggetto che non superi determinati limiti reddituali (differenziati a seconda che si tratti di pensionato solo o coniugato), abbia raggiunto l'età pensionabile e maturato i requisiti di contribuzione, conseguendo il diritto a una prestazione di ammontare inferiore alla suddetta soglia, viene concessa un'integrazione in modo tale che la pensione (calcolata con il sistema retributivo) non possa essere inferiore a un determinato importo (15): si parla, perciò, di integrazione al trattamento minimo o integrazione al minimo, che è una quota aggiuntiva svincolata dai versamenti contributivi e subordinata al mancato superamento di determinati livelli di reddito, la quale concorre al raggiungimento dell'obiettivo dell'adeguatezza di cui all'art. 38, c. 2, Cost. (16), perché, a differenza della

a frutto anche le quote di retribuzione imponibile oltre il massimale pensionistico, anche se con tassi di rendimento decrescenti.

(15) A decorrere dal 1° gennaio 2020 l'importo della pensione minima è di 515,07 euro al mese (circolare Inps n. 147 dell'11.12.2019, Allegato 2, Tabella B, 7). L'aumento annuo viene determinato in base alla variazione dell'indice dei prezzi al consumo Istat (aumento dell'inflazione), che per il 2020 è stato calcolato provvisoriamente nella misura dello 0,4%.

(16) Per interessanti considerazioni sul concetto di adeguatezza minima (e relativi tentativi di quantificazione) vd. Casillo 2016, 215 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale.

pensione (oggi: assegno) sociale, non soddisfa unicamente i bisogni minimi, alimentari (17). L'ammontare della pensione minima «retributiva» risulta, perciò, raggiunto sommando l'importo conseguito sulla base dei requisiti assicurativi e contributivi, la quota erogata dalla Gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali, e, nel regime generale, l'integrazione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti.

Nell'ottica dell'adeguatezza deve, poi, essere ricordato l'istituto della maggiorazione sociale, consistente in un incremento delle prestazioni dapprima previdenziali (ma poi anche assistenziali) a beneficio di soggetti economicamente svantaggiati (cioè percettori di redditi inferiori a determinate soglie) che abbiano compiuto almeno 60 anni (18).

Al concetto di minimo non corrisponde un massimo di pensione, che è ricavabile solo in via indiretta dall'applicazione dei massimali di retribuzione imponibile e pensionabile.

3. — *La indiretta determinazione, per via legislativa, della nozione di «mezzi adeguati alle esigenze di vita» e la sua marcata connotazione in senso soggettivo nel processo esecutivo: i limiti alla pignorabilità delle pensioni e il concetto di «minimo vitale»* — La meccanica equivalenza, in termini monetari, tra il concetto di «mezzi adeguati alle esigenze di vita» e l'importo della pensione minima (sia pure maggiorato) richiede, però, un'ulteriore riflessione, indotta dalla disciplina del pignoramento delle pensioni di cui all'art. 545, c. 7, c.p.c.: infatti, questa norma, al fine di stabilire il limite alla pignorabilità, individua quale parametro di riferimento non il trattamento minimo, ma l'assegno sociale aumentato della metà, stabilendo che la parte eccedente tale ammontare è pignorabile nei limiti previsti dai commi 3, 4 e 5 nonché dalle speciali disposizioni di legge (dunque, nella misura autorizzata in sede giudiziaria per crediti alimentari, e nella misura di un quinto per i tributi e per ogni altro credito) (19).

La norma processuale è stata di recente integrata in questi termini (20),

(17) Così espressamente C. cost. n. 31/1986, in *GI*, 1987, n. 1, I, 2 ss., e in q. *Riv.*, 1986, III, 113 ss.

(18) Vd. l'art. 1, l. n. 544/1988, integrato dall'art. 70, c. 6, l. n. 388/2000, e poi dall'art. 38, l. n. 448/2001, con cui il legislatore ha previsto un particolare incremento delle maggiorazioni (il cd. «incremento al milione» delle vecchie lire) in favore degli *ultra* 70enni.

(19) L'importo dell'assegno sociale è fissato per il 2020 nel valore di euro 459,83: perciò, il valore del «minimo vitale» è di 689,74 (459,83 + 229,91, cioè l'importo dell'assegno sociale aumentato della sua metà).

(20) I commi 7, 8 e 9 dell'art. 545 sono stati aggiunti dal d.l. n. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 132/2015.

mentre in precedenza, a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 128, r.d. n. 1827/1935 (21), la determinazione della misura del «minimo vitale» era rimasta affidata – nel silenzio della legge – alla valutazione in fatto del giudice dell'esecuzione (22).

Nella giurisprudenza di legittimità e di merito si era, dunque, affermato l'utilizzo di quell'espressione di sintesi («minimo vitale») che veniva riferita al concetto di adeguatezza di cui all'art. 38, c. 2, Cost. (23) (e che è transitata sino a oggi), ma che era evidentemente portatrice di un'intrinseca criticità, posto che il concetto di «mezzi adeguati» – come si è visto – si presta naturalmente a una duplice interpretazione (oggettiva e soggettiva), mentre quello di «minimo vitale», seppur muova da un presupposto oggettivo (l'importo dell'assegno sociale, aumentato della metà), riverbera poi i suoi effetti sul piano soggettivo, posto che, rimanendo fermo e generalizzato il limite al pignoramento dell'eccedenza (un quinto), lascia nella disponibilità dell'esecutato una somma che è tanto maggiore quanto più elevato è l'importo della prestazione previdenziale in godimento.

L'identificazione operata dalla giurisprudenza tra i concetti di «minimo vitale» e di «mezzi adeguati alle esigenze di vita», per monetizzare il precetto di cui all'art. 38, c. 2, Cost., ha così indotto il legislatore ad avvalersi di un parametro offerto non da una prestazione previdenziale (ad esempio, la pensione minima), ma da una prestazione assistenziale (l'assegno sociale), sia pure adattata al rialzo.

La normativa in tema di pignoramenti avalla così la natura ambivalente del concetto di adeguatezza perché ne dà contemporaneamente una lettura oggettiva nel momento in cui fissa una soglia incompressibile e intangibile, che deve rimanere nel patrimonio del pensionato, e soggettiva allorché mantiene un uni-

(21) C. cost. 4.12.2002, n. 506, in *FI*, 2003, I, 255 ss., peraltro, rileva che rientra nel potere discrezionale del legislatore «individuare in concreto l'ammontare della (parte di) pensione idoneo ad assicurare “mezzi adeguati alle esigenze di vita” del pensionato, come tale legittimamente assoggettabile al regime di assoluta impignorabilità», e ritiene che non possa essere adottato nemmeno il criterio del triplo della pensione sociale, quale reddito presunto ai fini del risarcimento del danno provocato alla persona dalla circolazione stradale. Discorso parzialmente diverso potrebbe farsi per il parametro rappresentato dall'importo corrispondente al trattamento massimo di integrazione salariale, mentre scenari di ben altra portata dischiuderebbe l'allargamento dello sguardo ai «livelli essenziali delle prestazioni» di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m*, Cost.

(22) A testimonianza della ritrosia a identificare meccanicamente il concetto di «minimo vitale» con quello di pensione minima vd. Cass. 26.8.2014, n. 18225, in *D&G*, 2004, 4 settembre.

(23) Vd., ad esempio, Cass. 18.11.2014, n. 24536, in *NGL*, 2015, 196 ss., e Cass. 7.8.2013, n. 1875, in *D&G*, 2013, 28 gennaio.

co e generalizzato limite al pignoramento sulla quota di pensione eccedente il «minimo vitale» (un quinto), qualunque sia l'ammontare del trattamento previdenziale. In tal modo vengono resi non aggredibili esecutivamente i quattro quinti eccedenti quel «minimo» e si consente all'esecutato di continuare a disporre di una porzione di trattamento previdenziale ragguagliata a esigenze di vita che possono essere anche ben superiori a quelle medie, nel caso in cui egli sia titolare di prestazioni particolarmente elevate.

4. — *L'adeguatezza «dinamica»: la perequazione automatica delle pensioni e il contributo di solidarietà* — Come giustamente ricordato di recente, il concetto di perequazione automatica delle pensioni è ambivalente perché comprende «sia l'adeguamento della pensione agli aumenti retributivi previsti per il personale in servizio (fenomeno per qualche tempo tipico del pubblico impiego) sia la rivalutazione delle prestazioni pensionistiche in presenza di dinamiche inflattive» (24).

L'istituto, nato a metà degli anni sessanta, e impostato (nei termini in cui è oggi conosciuto) dall'art. 19, l. n. 153/1969, al fine di far fronte alla reale diminuzione del potere d'acquisto delle pensioni conseguente all'aumento del costo della vita, è stato più volte oggetto di interventi legislativi. A decorrere dal 1° gennaio 1998 si è stabilito che l'adeguamento delle prestazioni pensionistiche debba essere eseguito sulla base del solo adeguamento al costo della vita, con cadenza annuale ed effetto dal 1° novembre di ogni anno, calcolato applicando all'importo della pensione spettante alla fine di ciascun periodo la percentuale di variazione data dal rapporto tra il valore medio dell'indice Istat dei prezzi al consumo per famiglie relativo all'anno precedente il mese di decorrenza dell'aumento e l'analogo valore medio relativo all'anno precedente (art. 11, d.lgs. n. 503/1992) (25).

Sebbene da tempo sia maturata nella giurisprudenza costituzionale l'idea che «la proporzionalità e l'adeguatezza devono sussistere non solo al momento del collocamento a riposo ma vanno costantemente assicurate anche nel prosieguo, in relazione al mutamento del potere di acquisto della moneta» (26), la

(24) Ales 2019, 547, cui si rinvia anche per l'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia. Per una dettagliata ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale vd. Garofalo 2015, 681 ss., e Casillo 2016, 235 ss.

(25) Ulteriori aumenti possono essere stabiliti con legge finanziaria in relazione all'andamento dell'economia e tenuto conto degli obiettivi rispetto al Pil indicati nell'art. 3, c. 1, n. 421/1992, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale (art. 11, c. 2, d.lgs. n. 503/1992).

(26) Cfr., ad esempio, le sentenze 7.5.1993, n. 226, in *GCost.*, 1993, 1670 ss.; 7.7.1986, n. 173, in *MGL*, 1986, 313 ss.; 17.12.1985, n. 349, in *q. Riv.*, 1986, III, 12 ss.; 27.4.1988, n. 497, in *DL*, 1989, II, 175 ss.; 11.5.1988, n. 501, in *FI*, 1989, I, 639 ss.

progressiva razionalizzazione dei meccanismi perequativi in funzione di un temperamento dell'aumento automatico delle pensioni e di un condizionamento degli stessi alle dinamiche della spesa pubblica, attuata dal legislatore specie a partire dalla seconda metà degli anni ottanta, ha suscitato un dialogo (ora sintonico, ora conflittuale) tra legislatore e Corte costituzionale, dal quale emergono, non senza salti, le linee di tendenza interpretative adottate dal giudice delle leggi in presenza di provvedimenti volti a contenere, per ragioni di bilancio, la spesa pensionistica correlata alla rivalutazione automatica delle pensioni (27), e di cui la nota sentenza n. 70 del 30.4.2015 costituisce una tappa particolarmente significativa.

Al di là della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 24, c. 25, d.l. n. 201/2011, la decisione n. 70/2015 rappresenta comunque, per certi versi, un *unicum* nel panorama della giurisprudenza costituzionale soprattutto per il carattere assertivo con cui definisce il parametro dell'adequazione, collegandolo ai principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale di cui agli artt. 2, e 3, c. 2, Cost.

Può essere fatto rientrare nel concetto di adeguatezza «dinamica» anche il «contributo di perequazione», cioè quella particolare ritenuta che da alcuni anni il legislatore ha applicato, in genere con aliquota crescente, sui trattamenti pensionistici corrisposti da enti gestori di forme di previdenza obbligatorie che superino determinati importi (nella *vulgata* corrente, «pensioni d'oro»), e che è stata oggetto di decisioni del giudice delle leggi oscillanti tra la declaratoria di incostituzionalità (28) e di infondatezza (29).

In particolare, nella sentenza 13.7.2016, n. 173, la Corte, premessa la necessità «di uno scrutinio “stretto” di costituzionalità, che impone un grado di ragionevolezza complessiva ben più elevato di quello che, di norma, è affidato alla mancanza di arbitrarietà», ha elaborato un elenco di condizioni «atte a configurare l'intervento ablativo come sicuramente ragionevole, non imprevedibile e sostenibile», giungendo ad affermare, in sostanza, che «il contributo di solidarietà, per superare lo scrutinio “stretto” di costituzionalità, e palesarsi dunque come misura improntata effettivamente alla solidarietà previdenziale (artt. 2 e 38 Cost.), deve: operare all'interno del complessivo sistema della previdenza

(27) Sui provvedimenti cd. di «blocco» vd. in passato Giubboni 2008, 663.

(28) C. cost. 5.6.2013, n. 116, in *FI*, 2014, I, 3069 ss.

(29) C. cost. 13.7.2016, n. 173, in *FI*, 2017, I, 3205 ss., ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 486, l. n. 147/2013, istitutivo di un «contributo di solidarietà» triennale (2014-2016) sulle pensioni superiori da 14 a oltre 30 volte il trattamento minimo Inps, determinato in misura percentuale progressivamente più elevata e destinato a favore delle gestioni previdenziali obbligatorie, anche al fine di concorrere al finanziamento degli interventi a tutela dei lavoratori cosiddetti «esodati».

(secondo una logica di solidarietà endoprevidenziale); essere imposto dalla crisi contingente e grave del predetto sistema; incidere sulle pensioni più elevate (in rapporto alle pensioni minime); presentarsi come prelievo sostenibile; rispettare il principio di proporzionalità; essere comunque utilizzato come misura *una tantum*».

Se, dunque, questo è l'angusto varco attraverso il quale il giudice delle leggi ha ritenuto di ammettere la costituzionalità del «contributo di solidarietà» di cui all'art. 1, c. 486, l. n. 147/2013, era ipotizzabile che non altrettanto sarebbe dovuto avvenire per la decurtazione percentuale (dal 15% al 40%), per il quinquennio 2019-2023, delle pensioni i cui importi complessivamente considerati superino 100.000 euro lordi su base annua, introdotta dall'art. 1, cc. 261-268, l. n. 145/2018. Infatti, se è vero che il legislatore ha inteso far confluire le somme prelevate (definite «risparmi») all'interno del sistema previdenziale (ove quelle somme restano accantonate), è altrettanto vero che non viene indicato alcun vincolo di destinazione tale da far emergere la specifica finalità solidaristica che l'intervento ablativo (*rectius*: riduttivo) mirerebbe a soddisfare. Peraltro, la recente sentenza della Corte costituzionale n. 234 del 9.11.2020 ha valutato come incostituzionale la sola eccessiva durata (quinquennale, anziché triennale) della riduzione dei trattamenti pensionistici disposta dalla predetta norma: e, in effetti, la significativa durata del periodo di riduzione (5 anni) contraddiceva la condizione dell'eccezionalità dell'intervento, e contribuiva all'aggravamento del requisito della non ripetitività.

A diverse conclusioni rispetto allo schema elaborato dal giudice delle leggi porterebbe la condivisione di una nozione di adeguatezza appiattita sul livello della prestazione previdenziale di cui all'art. 38, c. 1 (30), o sul concetto di pensione minima (31) (dunque, di poco superiore all'assegno sociale e, comunque, inferiore al «minimo vitale» impignorabile), cioè di una soglia non aggredibile dal contributo di solidarietà, radicata sull'art. 38 e «agganciata anche all'art. 36 Cost., ma non in modo indefettibile e strettamente proporzionale» (come si legge in un sintetico passaggio di C. cost. n. 173/2016), a dire il vero non propriamente in linea con l'insistita lettura combinata delle due norme costituzionali che la stessa Corte definisce «principi strettamente interconnessi, proprio in ragione delle finalità che perseguono», nella appena precedente sentenza n. 70/2015 e nella di poco successiva sentenza n. 259/2017.

(30) *Contra*, con argomenti condivisibili, Cinelli 2019, 6.

(31) Ad esempio, Persiani (2016a, 557) collega il problema dell'adeguatezza ai trattamenti pensionistici di minore importo, affermando, però, che «assai raramente quel problema è stato posto a ragione della consapevolezza della invalicabilità dei limiti derivanti dalla scarsità delle risorse finanziarie».

Quest'ultima, infatti, nel riannodare il rapporto tra le due norme costituzionali (perché, «nella commisurazione del trattamento di quiescenza ai redditi percepiti in costanza del rapporto di lavoro, l'art. 38 Cost. prescrive di salvaguardare la proporzione fra trattamento previdenziale e quantità e qualità del lavoro svolto e la sufficienza del trattamento ad assicurare le esigenze di vita del lavoratore pensionato»), afferma che «l'art. 36 Cost., applicabile alle prestazioni previdenziali per il tramite e nella misura tracciata dall'art. 38 Cost., costituisce parametro di tali esigenze di vita, determinate secondo valutazioni generali e oggettive, che tutelino non solo i bisogni elementari e vitali, ma anche le esigenze relative al tenore di vita conseguito dallo stesso lavoratore in rapporto al reddito e alla posizione sociale raggiunta in seno alla categoria di appartenenza per effetto dell'attività lavorativa svolta». Nozione che, peraltro, richiederebbe di affrontare questioni di sistema e di sciogliere molteplici nodi interpretativi che gli interventi normativi degli ultimi 25 anni hanno contribuito a ingarbugliare.

Ma il nodo gordiano più difficile da tagliare, proprio nell'ottica dell'adeguatezza, è quello riguardante la definizione di «privilegio»; concetto che ormai compare non più solo in una certa pubblicistica, spesso urlata, e in una certa politica alla ricerca di facili consensi elettorali, ma anche nella più autorevole manualistica (32): è «privilegio» la prestazione che ha una funzione diversa dalla garanzia dei «mezzi adeguati alle esigenze di vita», da intendersi quali «*standards* medi di bisogno sociale» (33)? E, in caso affermativo, quando la prestazione è «privilegiata», cioè «più che adeguata» o addirittura «tirannica» (34)? Quando oltrepassa (di quanto, poi?) il «nucleo essenziale» di protezione previdenziale assicurata dalla Costituzione, ossia la «pensione minima» (per usare le parole di C. cost. n. 173/2016), o quando supera un multiplo del trattamento minimo (ad esempio, equivalente all'ammontare sino al quale si applica l'adeguamento pieno all'inflazione, cioè in misura pari al 100%) (35) o, ancora, quando eccede il «minimo vitale» impignorabile o, infine, semplicemente quando è di «importo elevato» (36)? E, in quest'ultimo caso, quando una pensione può dirsi «elevata» in valori assoluti o relativi? Quando garantisce un determinato tasso di sostituzione? E quale, tenuto conto che, applicando il metodo retributivo in

(32) Persiani, D'Onghia 2019, 208.

(33) Persiani 2016a, 556; *Id.* 2017, 292.

(34) Persiani 2019, 1 ss.

(35) Secondo l'art. 1, c. 260, l. n. 145/2018, la rivalutazione automatica è riconosciuta nella misura del 100% per i trattamenti pensionistici complessivamente pari o inferiori a tre volte il trattamento minimo Inps.

(36) Persiani 2014, 162.

ipotesi di anzianità contributiva massima (40 anni), a una retribuzione lorda di 100.000 euro consegue, come noto, una pensione che ha un tasso di sostituzione di poco superiore al 53%, dunque tale da consentire un tenore di vita ben al di sotto di quello assicurato dall'ultima retribuzione? Oppure è «privilegio» la prestazione che provoca un *deficit* contributivo sul piano attuariale, cioè che, quando è calcolata con il metodo retributivo, comporta un «rendimento implicito» (ma si potrebbe anche dire «occulto»), da intendersi (nella terminologia di alcuni economisti) (37) quale differenza in eccesso rispetto all'ammontare che il pensionato riceverebbe se il trattamento fosse ricalcolato con il metodo contributivo (38)?

5. — *Adeguatezza e sistema contributivo: la proposta di una pensione di garanzia* — Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di adeguatezza si sono sviluppati a proposito delle prestazioni calcolate con il sistema retributivo.

Un diverso discorso necessitano, invece, le pensioni liquidate esclusivamente con il sistema contributivo, cui – com'è noto – non si applicano le disposizioni sull'integrazione al minimo (art. 1, c. 16, l. n. 335/1995): discorso tanto più necessario ove si consideri che nella sentenza n. 173/2016 la Corte costituzionale definisce la «pensione minima» come «“nucleo essenziale” di protezione previdenziale assicurata dalla Costituzione», a dire il vero anche retrocedendo rispetto alla configurazione data alla stessa nella sentenza n. 31/1986, ove l'istituto era stato volutamente distinto dalla pensione sociale e, in virtù del supe-

(37) Boeri, Nannicini 2013a; Id. 2013b; Id. 2013c; Id. 2013d; Boeri *et al.* 2014. Scettici circa la possibilità di determinare la differenza tra una pensione calcolata con il metodo contributivo e una pensione pagata con il metodo retributivo sono Brambilla 2020 e Cinelli 2019, 18: si consideri, però, che un meccanismo di calcolo convenzionale è già previsto dall'art. 2, d.lgs. n. 180/1997, che disciplina la modalità di determinazione del montante individuale dei contributi anche per i periodi contributivi maturati fino al 31 dicembre 1995 nel caso di opzione per la liquidazione del trattamento pensionistico esclusivamente con le regole del sistema contributivo *ex* art. 1, c. 24, l. n. 335/1995 (ai sensi dell'art. 4, c. 2, d.lgs. n. 42/2006, e dell'art. 16, d.l. n. 4/2019, lo stesso metodo si applica rispettivamente per determinare la pensione in caso di totalizzazione e di esercizio dell'«opzione donna»).

(38) Per un interessante confronto tra «la somma complessiva di quanto una persona versa al sistema pensionistico quando è attiva, sotto forma di contribuzione obbligatoria, con la somma complessiva di quanto riceve indietro durante gli anni di pensionamento», vd. la tabella riassuntiva riportata da Mazzaferro 2020a, nonché *Id.* 2020b. Per il ricalcolo con il metodo contributivo delle pensioni vd. i dati riportati nella sezione «Porte aperte» del sito dell'Inps (fortemente critico contro queste «liste di proscrizione» è Cazzola 2015a, e *Id.* 2015c).

riore importo, finalizzato alla realizzazione dell'obiettivo dell'adeguatezza di cui all'art. 38, c. 2, Cost. (39).

Ebbene, a questo proposito, proprio al fine di fronteggiare le «forti incertezze circa l'adeguatezza delle future pensioni, soprattutto per lavoratori giovani con carriere discontinue e redditi bassi», un recente disegno di legge (40) ha previsto l'introduzione della pensione di garanzia per i lavoratori con primo accredito contributivo successivo al 1° gennaio 1996, per i quali la pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria è integralmente liquidata secondo il sistema contributivo (41).

L'istituzione di una pensione di garanzia è al centro anche del recente confronto tra Governo e sindacati, avviato nell'ambito dei tavoli sulla riforma del sistema previdenziale e sfociato nella proposta unitaria di istituire una pensione contributiva di garanzia, avente lo scopo di porre rimedio alle situazioni di discontinuità contributiva e di crisi del mercato del lavoro, e il cui ammontare minimo non dovrebbe essere inferiore all'importo della pensione di cittadinanza (42) (attualmente 780 euro nell'ipotesi di pensionato solo con casa in affitto): di quella prestazione, cioè, che, a seguito non di una mera rilettura, ma di una vera e propria «riscrittura "onesta e trasparente" dell'art. 38 Cost.» (43), potrebbe costituire la soglia (ribassata) dell'adeguatezza.

La mancata previsione dell'integrazione al minimo per le prestazioni liquidate con il metodo contributivo era stata giustificata da ragioni di limitazione della spesa previdenziale e dalla possibilità di conseguire comunque la pensione di vecchiaia all'età di 57 anni e con soli 5 anni di contribuzione effettiva. Ora, l'esigenza di bilancio era già in origine meno solida di quanto potesse apparire (perché contraddetta dal corrispondente aumento della spesa assistenziale, necessario per far fronte all'erogazione dell'assegno sociale a quanti non avessero ricevuto la pensione per mancato raggiungimento dell'importo soglia), mentre per il conseguimento della pensione di vecchiaia il requisito contributivo è stato da tempo innalzato a 20 anni (44): cosicché può dirsi che le ragioni che aveva-

(39) Sul tema vd. Casillo 2016, 208 ss.

(40) Vd. l'art. 2 del d.d.l. d'iniziativa dei senatori Nannicini e altri, comunicato alla Presidenza il 23 gennaio 2019 (*Atti parlamentari - Senato della Repubblica* – n. 1010, XVIII Legislatura – Disegni di legge e relazioni - Documenti).

(41) Vd. già la proposta di Raitano 2011, 108 ss.

(42) Vd. l'art. 1, c. 2, d.l. n. 4/2019.

(43) Pessi R. 2015, 406. Sulle proposte di modifica dell'art. 38 Cost. vd. D'Onghia 2019, 299 ss.

(44) La possibilità di accedere a questa prestazione con un'anzianità contributiva minima effettiva di 5 anni è ora riservata a chi è in possesso di un'età anagrafica pari a 70 anni, dal 2019 elevata a 71: art. 1, c. 7, d.l. n. 201/2011.

no indotto a escludere l'integrazione al minimo nel regime contributivo siano in buona parte venute meno.

Naturalmente l'introduzione di una pensione di garanzia (cioè di un ammontare minimo anche per le prestazioni liquidate con il sistema contributivo) dovrebbe comportare il superamento della regola dell'importo soglia di cui all'art. 1, c. 20, l. n. 335/1995 (45), ripresa e, anzi, incrementata dall'art. 1, cc. 7 e 11, d.l. n. 201/2011 (e che, salvo espressi interventi del futuro legislatore, dovrebbe considerarsi abrogata tacitamente).

6. — *Conclusioni: il montante contributivo individuale come strumento di individuazione del concetto di adeguatezza e di resistenza alla discrezionalità regressiva del legislatore* — La più recente dottrina che si è ampiamente occupata del concetto di «adeguatezza» conclude la sua approfondita analisi della giurisprudenza costituzionale con due acuti interrogativi: «quante delle affermazioni della Corte, relative al “diritto” ai mezzi adeguati reggerebbero (reggeranno) al confronto con il sistema contributivo, sia pure assistito dalla salvaguardia dei minimi (46)? Quanto del riferimento all'art. 36 potrebbe (potrà) essere confermato in un modello che non può prendere la retribuzione (in sé) a riferimento quantitativo della prestazione pensionistica?» (47). E a tali quesiti risponde facendo proprie le parole di C. cost. n. 23/2017, che attribuisce centralità al coefficiente di trasformazione, il quale «riveste [...] un ruolo cruciale nella determinazione della pensione che spetta a ciascun assicurato e nell'attuazione della garanzia costituzionale dell'adeguatezza dei trattamenti pensionistici, in un quadro di compatibilità con le risorse finanziarie disponibili e con le grandezze macroeconomiche rilevanti (andamento demografico, dinamiche del Pil di lungo periodo)».

Al riguardo, è noto che, a seguito degli importanti interventi di riforma attuati nel 1995 (vd. in particolare, l'art. 1, cc. 6, 8 e 9, della legge n. 335), l'im-

(45) Si consideri che la previsione di un importo soglia viene da alcuni considerata espressione del principio di adeguatezza: così Renga 2005, 66, cui aderisce Battisti 2008, 319.

(46) «Nessuna», risponderebbe Pessi R. (2016a, 608), convinto della necessità non di una «rilettura», ma di una «riscrittura» dell'art. 38 Cost.

(47) Ales 2019, 553-554. Peraltro Sandulli (2015, 691) osserva che «al di là delle, anche profondamente diverse, tecniche succedutesi secondo una linea parabolica dal 1969 in poi per determinare, all'atto del pensionamento, l'entità della pensione, si può constatare che pur sempre viene rispettato, sebbene con significative e a volte profonde differenze [...], il criterio di parametrizzazione della prestazione rispetto alla retribuzione». Anche Casillo (2016, 215) individua nella contiguità tra gli artt. 36 e 38 Cost. «l'unica manifestazione “oggettiva” dell'adeguatezza minima».

porto della pensione annua nell'assicurazione generale obbligatoria e nelle forme sostitutive ed esclusive della stessa è determinato secondo il sistema contributivo, moltiplicando il montante individuale dei contributi per un coefficiente di trasformazione, che cresce all'aumentare dell'età di pensionamento e, a decorrere dal 2019, è sottoposto a un processo di revisione periodica, a cadenza biennale (art. 24, c. 16, d.l. n. 201/2011). La contribuzione ottenuta applicando alla base imponibile l'aliquota di computo forma il montante contributivo individuale, che viene rivalutato su base composta al 31 dicembre di ciascun anno, con esclusione della contribuzione dello stesso anno, al tasso di capitalizzazione, che è dato dalla variazione media quinquennale del Pil nominale, appositamente calcolata dall'Istat, con riferimento al quinquennio precedente l'anno da rivalutare (48). Il sistema che ne scaturisce, dunque, premia la storia contributiva del lavoratore e il differimento del pensionamento, e lega la redditività del montante all'andamento economico del paese, seppur creando una sfasatura temporale rispetto al momento dell'erogazione delle prestazioni (49).

Ora, pur con tutte le cautele derivanti dalla consapevolezza del mantenimento del sistema di finanziamento a ripartizione (che induce a ritenere il montante «una pura *funzione contabile*: un “parametro” valido ai fini del calcolo della pensione, ma al quale non corrisponde un effettivo *accumulo* di fondi riservati personalmente all'assicurato») (50), della non configurabilità dei contributi come «riserva tecnica» (51) e del superamento della «concezione più tradizionale della tutela previdenziale» (52) secondo la quale la pensione è il mero

(48) Come stabilito dall'ultimo periodo dell'art. 1, c. 9, l. n. 335/1995, aggiunto dall'art. 5, d.l. n. 65/2015, il coefficiente di rivalutazione del montante contributivo come determinato adottando il tasso annuo di capitalizzazione di cui al primo periodo del medesimo comma non può essere inferiore a 1, salvo recupero da effettuare sulle rivalutazioni successive.

(49) Vd. Ludovico (2013, 919), che parla, perciò, di «meccanismo a capitalizzazione simulata che svuota completamente di significato il sottostante criterio a ripartizione».

(50) Cinelli 2018, 552. Vd. anche Persiani 2014, 152, nonché, didatticamente, *Id.* 2016b, 345 ss.

(51) Sull'inesistenza di riserve matematiche attuariali nei sistemi a ripartizione vd. Casillo 2016, 196.

(52) Nonostante quanto si leggeva nel «Contratto per il Governo del cambiamento» siglato dal Movimento 5 Stelle e dalla Lega all'inizio della legislatura in corso: vd. il punto 26, ove si prevedeva un «intervento finalizzato al taglio delle cd. pensioni d'oro (superiori ai 5.000,00 euro netti mensili) non giustificate dai contributi versati». Da ciò si desume che, secondo quel programma di governo, non erano da considerarsi «d'oro» (e, quindi, oggetto dell'ipotizzato taglio) le pensioni inferiori ai 5.000 euro netti mensili anche se non giustificate dai contributi versati, e quelle superiori ai 5.000 euro netti mensili se giustificate dai contributi versati.

corrispettivo dei contributi versati dal lavoratore o per il lavoratore» (53), pare evidente che questa valorizzazione del dato contributivo debba necessariamente imporre un ripensamento circa l'opera di svalutazione del legame tra contribuzione e prestazione previdenziale.

Ebbene, proprio nella logica dell'adeguatezza («parametro [...] comprensivo della logica della corrispettività») (54), e alla luce della valorizzazione della «contribuzione versata nel corso dell'intera vita lavorativa» (per usare le parole di C. cost. n. 23/2017), mi pare allora che (a maggior ragione in un sistema che ormai, tramite la regola del massimale annuo della base contributiva e pensionabile, ha individuato indirettamente un tetto della pensione, così provocando un effetto di «schiacciamento» legittimato dalla Corte costituzionale) ben possa dirsi [rispondendo ai quesiti posti da Cinelli (55) e da D'Onghia (56)] che il montante contributivo (57) (rivalutato secondo il coefficiente di cui all'art. 1, c. 9, l. n. 335/1995, e, comunque, non inferiore a 1), se pure, in vigenza del metodo retributivo, non poteva giustificare l'erogazione di una pensione «nella misura corrispondente ai contributi versati» (ostandovi una giurisprudenza costituzionale almeno trentennale) (58), quanto meno poteva già allora, e a maggior ragione può oggi, essere impiegato per definire la soglia virtuale dell'adeguatezza (59), e

(53) Così C. cost. n. 173/1986, cit., nel contesto, peraltro, di argomentazioni equilibristiche.

La più autorevole dottrina che maggiormente ha sostenuto il venir meno di qualunque corrispettività dà atto, però, sia pure in via ipotetica, della possibilità di «continuare a presupporre l'esistenza di un qualche nesso tra contributi versati e ammontare della prestazione [...] al momento della liquidazione della pensione» (Persiani 2016a, 556). Secondo Pessi R. (2016b, 524), C. cost. n. 70/2015 «interpreta, con sensibilità nuova, il diffuso sentire sociale che configura il trattamento pensionistico come il diritto a un corrispettivo "guadagnato" negli anni di lavoro» e si pone come «rifondativa dell'istituto e del suo "essere" originario quale voluto dal Costituente».

(54) Sandulli 2012, 10, cui aderisce Ferrante 2015, 845.

(55) Cinelli 2019, 23.

(56) D'Onghia 2019, 278.

(57) Volgo a favore di quanto qui sostenuto il riferimento operato da Cinelli (2019, 20) al fatto che «le pensioni del settore privato sono alimentate in gran parte dalla finanza privata: la contribuzione corrente di imprenditori e lavoratori attivi».

(58) C. cost. n. 173/1986, cit.: è interessante, peraltro, notare come non manca chi (Ales 2019, 544) legge in qualche passaggio di questa sentenza (ad esempio, dove si auspica «una sollecita elaborazione di norme adeguate in materia di proporzione tra contributi, retribuzione e pensione») un «non più incondizionato sostegno della Corte al modello di sicurezza sociale» e «una non contrarietà di fondo del tipo "mutualistico" (capitalizzazione-contributivo) al dettato costituzionale».

(59) Nel senso che è adeguata la prestazione ricavata dalla conversione di quel montante tramite l'applicazione del relativo coefficiente di trasformazione, purché non inferior-

nel contempo soprattutto delineare il «possibile controlimite» (60) nei confronti di interventi riduttivi, cioè regressivi rispetto a trattamenti pensionistici già in essere (61), secondo un percorso interpretativo già seguito in una datata sentenza della Corte costituzionale (62). Quanto detto non significa che interventi di tal genere non vi possano essere (alle condizioni già delineate dalla giurisprudenza costituzionale), ma vuol dire che, ove previsti (e incidenti sulla prestazione attuarialmente ricavabile dal montante contributivo), dovrebbero essere compensati da meccanismi restitutori «alla rovescia» (cioè, in questo caso, indirizzati a beneficio dei pensionati colpiti dalla penalizzazione, magari agendo sulla leva fiscale, e) finalizzati alla reintegrazione del montante nei casi in cui la penalizzazione del trattamento pensionistico in essere equivallesse a un'erosione dello stesso, sulla falsariga di quanto previsto (a parti, appunto, invertite) dall'art. 5, d.l. n. 65/2015, allorché si è stabilita la salvaguardia di un tasso minimo annuo di capitalizzazione del montante, salvo recupero sulle rivalutazioni successive.

Naturalmente sono ben consapevole che l'identificazione del concetto di «mezzi adeguati» con quello di prestazioni conseguibili attuarialmente per effetto della conversione del montante contributivo individuale, sulla base del coefficiente di trasformazione applicabile al momento del pensionamento, è esposta a varie obiezioni.

In primo luogo, infatti, potrebbe dirsi che l'utilizzo del montante come limite soglia (cioè come indice «adeguato» dell'equivalenza non solo attuariale,

re al cd. «minimo vitale» impignorabile, o a quello della futura pensione di garanzia: una rapida identificazione tra «salvaguardia del montante contributivo» e «adeguatezza» è anche in Sandulli 2015, 692-693.

(60) Traggo l'espressione da Antonini (1996, 3721), oggi giudice costituzionale, il quale ricava le origini del principio dell'intangibilità e immodificabilità *in peius* del montante attuariale dei contributi versati durante la vita lavorativa da Brancasi, 1996, 360 (in particolare sulla necessaria corrispondenza tra il valore del servizio correlato a un'entrata commutativa e quanto corrisposto dal soggetto passivo), e da Bognetti 1994. Antonini, in ogni caso, precisa che l'equivalenza attuariale tra contributi versati e prestazioni pensionistiche dovrebbe «trovare ingresso nel sindacato di costituzionalità solo nella forma di "principio guida" della valutazione delle scelte normative, idoneo cioè a strutturarsi in verifiche effettuate in linea di massima, anziché secondo formule di razionalità "cartesiana"» (Antonini 1996, 3734).

(61) Critico, in generale, nei confronti delle decisioni del giudice delle leggi che censurano la rimodulazione (magari retroattiva) delle prestazioni è Ales (2016, 281), il quale ritiene che in questo modo alla politica legislativa si sostituisca una «politica costituzionale».

(62) Vd. C. cost. 22.12.1969, n. 155, in www.giurcost.org/decisioni/1969/0155s-69.html, la quale non ritiene «razionale che al pensionato venga tolta una parte di quello che gli sarebbe spettato in base ai contributi versati».

ma anche costituzionale fra contributi e prestazioni) è una soluzione che implica una connotazione soggettiva del concetto di adeguatezza, non più legato a una misura standard del bisogno ritenuto meritevole di tutela, ma reso mobile perché influenzato dall'entità della contribuzione versata e accreditata, e, quindi, in qualche misura modellato sulla situazione personale di ciascuno (63). Tuttavia, anche a non voler considerare che (al di fuori dell'ipotesi della pensione minima) può ritenersi che non sia «configurabile una misura minima di pensione rispondente a un minimo di adeguatezza valido in assoluto, *erga omnes*» (64), questa possibile obiezione non terrebbe conto che la regola del massimale contributivo contiene già in sé una caratterizzazione oggettiva che contribuisce a livellare le prestazioni e a temperare derive eccessivamente «soggettive».

In secondo luogo, all'idea prospettata potrebbe obiettarsi che, al di là del metodo di calcolo delle prestazioni utilizzato, comunque la tecnica di finanziamento del sistema nel suo complesso rimane quella della ripartizione (65), che impedisce di considerare il lavoratore «proprietario» del montante e di importare pedissequamente, nella materia previdenziale, principi e meccanismi tipici delle assicurazioni private, tenuto conto che la pensione «ha perso l'originario carattere di prestazione correlata inscindibilmente all'ammontare dei contributi versati» e «si inserisce in un sistema di solidarietà sociale, con concorso finanziario dello Stato, nel cui ambito i contributi servono per il conseguimento di finalità che trascendono gli interessi dei singoli» (66).

In proposito, peraltro, premesso che una certa proporzionalità tra prestazione e contribuzione (ma anche retribuzione) è costituzionalmente imposta quale parametro di necessaria commisurazione della tutela all'apporto reso da ciascun individuo al processo di produzione della ricchezza (67), ritengo che una riflessione circa questa insistita dissociazione tra contributi e prestazioni (specie se, e quando, fondata sul principio di ripartizione) si imponga. Da un lato, infatti, il ritorno del metodo contributivo e della tecnica dell'accreditamento dei contributi in conti individuali, per quanto virtuali, implica inesorabilmente un collegamento fra contributi versati e pensioni percepite; dall'altro, cogliendo spunti utili emersi nella giurisprudenza di legittimità, si potrebbe notare che, in caso

(63) Secondo Occhino (2017, 15), «tale “adeguatezza” supera il necessario per approdare al sufficiente, inteso però come *quantum* riferito alle esigenze di ciascuno, tenuto conto della sua situazione concreta (secondo la logica dell'*homme situé*), e quindi sia del tenore di vita contingente, sia delle prospettive di vita non attiva, data l'età raggiunta».

(64) Casillo 2016, 180.

(65) Persiani 2016b, 345.

(66) C. cost. 19.2.1976, n. 30, in www.giurcost.org/decisioni/1976/0030s-76.html.

(67) Cester 1996, 13-14; Casillo 2016, 183-184.

di omissione contributiva (la quale, per chi la subisce, è fonte di pregiudizio nell'*an*, nel *quando* e nel *quantum*), ormai da tempo si ammette che il lavoratore possa agire per chiedere la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi a favore dell'ente (68), agendo ovviamente *uti singulus*, non certo *uti civis*, cioè a tutela della propria posizione contributiva, e non a sostegno del finanziamento delle prestazioni in essere.

In terzo luogo, potrebbe dubitarsi che l'individuazione di una soglia di tutela incompressibile, legata al montante contributivo, sia poco rispettosa delle esigenze di solidarietà intergenerazionale, su cui insiste particolarmente autorevole dottrina (69). Peraltro, la proposta di interpretare in quel modo il concetto di adeguatezza sarebbe, da un lato, più incisiva e solidaristica per le future generazioni e, dall'altro lato, meno penalizzante per chi ha un montante che offre una copertura «piena», rispetto alle proposte di legge volte a immaginare tagli degli importi «retributivi» delle pensioni, a partire da soglie ritenute piuttosto elevate (70).

Non mi pare, infine, che l'idea di utilizzare il montante contributivo quale «controlimite finanziario» nei confronti di interventi normativi recessivi possa essere criticata né sul piano pratico, né su quello teorico. Quanto al primo, la ritenuta impraticabilità della ricostruzione della storia contributiva per periodi particolarmente risalenti nel tempo e l'impossibilità di applicare *a posteriori*, per tali periodi, il metodo contributivo (71) si scontrano con la già evidenziata applicabilità di meccanismi contabili di supporto quali quelli desumibili dall'art. 2, d.lgs. n. 180/1997. Quanto al secondo, soccorre la reiterata affermazione della giurisprudenza costituzionale circa l'assenza di «una diretta corrispondenza, in termini di corrispettività sinallagmatica, tra la contribuzione [...] e le prestazioni previdenziali (e anche assistenziali)»: assenza giustificata alla luce del «criterio solidaristico che assicura la corrispondenza al paradigma della tutela previdenziale garantita dall'art. 38, secondo comma, Cost.» (72).

(68) Cass. 8.5.1971, n. 1304; Cass. 10.5.1974, n. 1374; Cass. 9.7.1979, n. 3933, in *MGC*, 1979, fasc. 7.

(69) Persiani 2006, 1031 ss.; *Id.* 2014, 136 ss.

(70) Su tali proposte di legge, vd. D'Onghia 2019, 280.

(71) Secondo Antonini (1996, 3730), non sarebbe di ostacolo il «fatto che il sistema pensionistico [pubblico] sia stato finanziato, oltre che da entrate commutative, anche dalla solidarietà collettiva» perché in un sistema misto come quello previdenziale «sarebbe sufficiente, a predicare l'applicabilità del principio [di intangibilità del montante attuariale], scomporre la prestazione previdenziale nella parte finanziata con i contributi e ritenere operante solo in relazione a essa il vincolo costituzionale al rispetto dell'intangibilità del montante attuariale dei contributi versati».

(72) Così C. cost. 30.3.2018, n. 67, in tema di previdenza forense, in *FI*, 2018, I, 1872 ss.

Né, in ultima analisi, potrebbe dirsi che l'individuazione del concetto di «mezzi adeguati alle esigenze di vita» tramite l'aggancio alla prestazione risultante dalla conversione del montante contributivo implichi il mantenimento, attraverso la pensione, del tenore di vita anteriore (cioè il perseguimento di un interesse privato) o – per dirla in altri termini – un'acritica applicazione dei principi di sufficienza e proporzionalità alla materia previdenziale. Ciò sia perché per i trattamenti calcolati con il metodo contributivo opera il tetto derivante dall'applicazione del massimale, sia perché l'eccessiva mortificazione dei livelli di tutela rischia di far dimenticare che comunque «può riconoscersi un nucleo essenziale rispondente qualitativamente all'aspettativa personale» (73). Cosicché, in quest'ottica, potrebbe anche dirsi che l'adeguatezza incorpora in sé la sufficienza, ma non la proporzionalità (ove intesa come principio che consentirebbe di rendere la pensione l'esatto equivalente della retribuzione) (74), purché si rammenti che, quando si utilizzano massimali reddituali o si sterilizzano porzioni di contribuzione, il contenimento del *quantum* è già assicurato e l'effetto «fotocopia» è scongiurato.

Se, dunque, non mancano le obiezioni a una tesi apparentemente «provocatoria» (perché disomogenea rispetto al paradigma della ripartizione), non mancano nemmeno le possibili repliche, cui potrebbe aggiungersi un ulteriore argomento: che, cioè, l'ancoraggio del concetto di adeguatezza al montante contributivo presenta, se non altro, un margine di obiettività di gran lunga maggiore rispetto all'idea che i «mezzi adeguati» debbano essere valutati in relazione alla loro idoneità a realizzare finalità, per quanto nobili, di estrema vaghezza e soprattutto di incerta «misurabilità», quali quelle di cui agli artt. 2 e 3, c. 2, Cost.

Si consideri, poi, che l'utilizzo del montante ai fini dell'individuazione del concetto di adeguatezza della prestazione potrebbe servire, con gli opportuni adattamenti, anche per determinare la tendenziale soglia di incomprimibilità delle pensioni calcolate con il metodo retributivo o, meglio, per stabilire su quale quota di pensione potrebbero operare interventi riduttivi di «solidarietà»: operazione, questa, che (se condotta entro i limiti delineati dalla Corte costituzionale) sarebbe ben diversa dalla definitiva rideterminazione retroattiva, con il metodo contributivo, delle pensioni già liquidate con il metodo retributivo (75), oggetto di insistenti fascinazioni (tradotte pure in qualche disegno di legge), ma anche di argomentate critiche (76).

(73) Così Occhino 2017, 13 (in adesione a Cinelli 2015, 547).

(74) Giubboni 2015.

(75) Per questo, superando le perplessità di Cinelli (2017, 355), non mi pare che il «decalogo» di C. cost. n. 173/2016 renda inutilizzabile la soluzione proposta (se ben mirata e non orientata a generiche finalità di solidarietà generale) quando si tratta di interve-

Si aggiunga, inoltre, che in questa operazione interpretativa un ulteriore correttivo dovrebbe essere rappresentato dalla opportuna valorizzazione e protezione di quella parte di pensione che, seppur calcolata con il metodo retributivo, ha per presupposto anche il versamento di contributi effettivi, il cui costo è stato sopportato direttamente dall'interessato (si pensi ai contributi volontari e da riscatto, o ai casi di ricongiunzione): anche questa contribuzione, cioè, dovrebbe «rientrare» nel montante utilizzabile come «controlimite finanziario» dinanzi a interventi riduttivi.

Né la pregressa adozione del metodo retributivo determinerebbe, di per sé, una differenza «indebita» (uso l'espressione volutamente in senso atecnico) rispetto al ricalcolo della prestazione con il metodo contributivo (finalizzato – si ripete – a definire la soglia di adeguatezza), posto che l'assenza di un massimale e la modalità di costruzione della pensione (fondata su aliquote di rendimento decrescenti) potrebbero anche rivelare, al contrario, l'esistenza non di un *deficit*, ma di un *surplus* contributivo (77), cioè di un'eccedenza di contributi versati rispetto a quelli virtualmente necessari (o, meglio, utilizzati), sul piano attuariale, per determinare la pensione: e in tal caso si dovrebbe riflettere circa l'opportunità e la congruità di prelievi (comunque denominati) sulla prestazione previdenziale erogata a pensionati che hanno già assolto al loro dovere di solidarietà in pendenza di rapporto di lavoro per effetto della maggiore imposizione fiscale e contributiva cui sono stati soggetti (78).

Del resto, proprio la circostanza che le attuali pensioni siano in gran parte calcolate con il metodo retributivo consentirebbe di applicare in via pressoché generalizzata il contributo di solidarietà (ovviamente graduato percentualmente) sul cd. rendimento implicito (79), fermo restando il limite (già frutto di scelte legislative) rappresentato dalla maggior somma tra minimo vitale ed eventuale futura pensione di cittadinanza (da ritenersi incompressibile anche se, a seguito del ricalcolo con il metodo contributivo, il montante dovesse rivelarsi «insufficiente»), e fatte salve probabilmente le ipotesi di carriere lunghe e ben remunerate (dall'analisi dei cui montanti probabilmente potrebbe emerge-

nire «su trattamenti pensionistici che, in ipotesi, si accerti essere stati accordati con troppa generosità, o, peggio, non del tutto giustificatamente».

(76) Cazzola 2015d.

(77) Cazzola (2015b) ricorda che «un lavoratore ad alto reddito [...] è maggiormente penalizzato, sul piano del rendimento dei suoi contributi, dal calcolo retributivo che non da quello contributivo».

(78) Negli stessi termini Cinelli 2016, 31-32, e Pessi A. 2011, 880.

(79) Conf. Ichino 2013, poi ricredutosi (*Id.* 2015) per ragioni di opportunità politica, indotte dalla sfiducia ingenerata nei consumatori e dalla sensazione di instabilità del sistema che deriverebbe dall'applicazione del contributo.

re – come detto – che le relative pensioni sono inferiori a quelle che i percipienti avrebbero ottenuto in caso di utilizzo del metodo contributivo).

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2016), *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in Aidlass, *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello* (Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia, 28-30 maggio 2015), Giuffrè, Milano, 241 ss.
- Ales E. (2019), *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in RDSS, 521 ss.
- Antonini L. (1996), *Il ridimensionamento del sistema pensionistico, ovvero: fra «fatti ostinati» e argomenti «deboli»*, il principio del montante attuariale dei contributi come possibile controlimite (concorrente), in GCost., 3721 ss.
- Battisti A.M. (2008), *L'«adeguatezza» della prestazione tra Costituzione e riforme legislative*, in RDSS, 309 ss.
- Bognetti G. (1994), *Stato sociale tradito*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 luglio.
- Brambilla A. (2020), *Pensioni, la tentazione dei tagli. I no della Consulta e i conti sbagliati*, in www.corriere.it/economia/14_agosto_20/pensioni-tentazione-tagli-no-consulta-c0c8d91c-2836-11e4-abf5-0984ba3542bc.shtml.
- Boeri T., Nannicini T. (2013a), *Non per cassa, ma per equità*, in www.lavoce.info/archives/9704/non-per-cassa-ma-per-equita/, 30 maggio.
- Boeri T., Nannicini T. (2013b), *Pensioni: la trasparenza d'oro*, in www.lavoce.info/archives/12114/pensioni-la-trasparenza-doro-3, 21 agosto.
- Boeri T., Nannicini T. (2013c), *Quanto può restituire il pensionato d'oro?*, in www.lavoce.info/archives/13135/contributo-di-equita-pensioni-doro, 27 settembre.
- Boeri T., Nannicini T. (2013d), *Pensioni d'oro: il diavolo sta nei dettagli*, in www.lavoce.info/archives/15053/gettito-pensioni-doro-quanto-limitato, 26 novembre.
- Boeri T. et al. (2014), *Pensioni: l'equità possibile*, in www.lavoce.info/archives/16340/pensioni-equit-generazioni-contributi, 14 gennaio.
- Brancasi A. (1996), *Le modalità di finanziamento della spesa pubblica come limitazione al ridimensionamento dello Stato sociale*, in *Diritto pubblico*, 341 ss.
- Casillo R. (2014), *Benessere pensionistico e scarsità delle risorse dopo la l. 214/2011*, in DLM, 371 ss.
- Casillo R. (2016), *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Esi, Napoli.
- Cazzola G. (2015a), *Pensioni retributive e contributive. A caccia di farfalle sotto l'arco di Tito*, in www.bollettinoadapt.it, 8 giugno.
- Cazzola G. (2015b), *Pensioni: quando la demagogia indossa il doppiopetto*, in www.bollettinoadapt.it, 15 giugno.
- Cazzola G. (2015c), *Pensioni: i motivi veri dello squilibrio tra versamenti e prestazione*, in www.bollettinoadapt.it, 22 giugno.
- Cazzola G. (2015d), *Pensioni: la «sindrome cinese» del calcolo contributivo*, in www.bollettinoadapt.it, 28 settembre.

- Cester C. (1996), *Il quadro giuridico: principi generali e linee di tendenza*, in C. Cester (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Cinelli M. (2015), *Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015)*, in *DLM*, 543 ss.
- Cinelli M. (2016), *L'effettività delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *RDSS*, 21 ss.
- Cinelli M. (2017), *Dalla sentenza n. 70/2015 alla sentenza n. 7/2017: le pensioni e la Corte costituzionale*, in *RDSS*, 347 ss.
- Cinelli M. (2018), *Diritto della previdenza sociale*, XIV ed., Giappichelli, Torino.
- Cinelli M. (2019), *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, in *RDSS*, 1 ss.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- D'Onghia M. (2019), *Retroattività e diritti previdenziali fra (presunta) intangibilità dei cd. diritti quesiti e solidarietà intergenerazionale*, in *RDSS*, 275 ss.
- Dell'Olio M. (1971), *Previdenza sociale, capacità di guadagno e distinzione tra impiegati e operai*, in *GCost.*, 2019 ss.
- Ferrante V. (2015), *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *DRI*, 840 ss.
- Garofalo D. (2015), *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al d.l. n. 65 del 2015*, in *LG*, 680 ss.
- Giubboni S. (2008), *Il blocco temporaneo della perequazione automatica*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, e riforme correlate*, Utet, Torino, 663 ss.
- Giubboni S. (2015), *Le pensioni nello Stato costituzionale*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 23.
- Ichino P. (2013), *Le pensioni d'oro che vanno tostate (e come farlo)*, in www.pietroichino.it/?p=27842.
- Ichino P. (2015), *Perché Renzi dice no a Boeri*, in www.pietroichino.it/?p=37765.
- Ludovico G. (2013), *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *ADL*, 909 ss.
- Mazzaferro C. (2020a), *Quando la pensione è un affare*, in www.lavoce.info/archives/63349/quando-la-pensione-e-un-affare, 7 febbraio.
- Mazzaferro C. (2020b), *Pensioni: la flessibilità passa dal calcolo contributivo*, in www.lavoce.info/archives/63091/63091/, 21 gennaio.
- Occhino A. (2017), *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, 3 ss.
- Persiani M. (1979), *Commento all'art. 38 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione - Rapporti economici*, t. I, Art. 35-40, Zanichelli, Bologna-Roma, 232 ss.
- Persiani M. (2006), *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *ADL*, 1031 ss.
- Persiani M. (2014), *Crisi economica e crisi del welfare State*, in Aidlass, *La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro* (Atti delle giornate di studio nel cinquantenario della nascita dell'associazione, Bologna, 16-17 maggio 2013), Giuffrè, Milano, 133 ss.
- Persiani M. (2016a), *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *ADL*, 552 ss.
- Persiani M. (2016b), *Intervento*, in Aidlass, *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello* (Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia, 28-30 maggio 2015), Giuffrè, Milano, 345 ss.

- Persiani M. (2017), *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *DLRI*, 281 ss.
- Persiani M. (2019), *Diritti a pensione, diritti quesiti, diritti tiranni*, in *ADL*, 1 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2019), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, III ed., Giappichelli, Torino.
- Pessi A. (2011), *Perequazione automatica delle pensioni medio-alte e discrezionalità del legislatore: il difficile tema del bilanciamento tra istanze di solidarietà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *GI*, 877 ss.
- Pessi R. (2015), *Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *MGL*, 400 ss.
- Pessi R. (2016a), *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in *RDSS*, 595 ss.
- Pessi R. (2016b), *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *RDSS*, 513 ss.
- Raitano M. (2011), *Carriere fragili e pensioni attese: i possibili correttivi al sistema contributivo e la proposta di una pensione di garanzia*, in *La rivista delle politiche sociali*, 99 ss.
- Renga S. (2005), *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavoratori*, in *LD*, 53 ss.
- Sandulli P. (2012), *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *RDSS*, 6 ss.
- Sandulli P. (2015), *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, in *RDSS*, 687 ss.

ABSTRACT

Il concetto di adeguatezza, espresso dall'art. 38, c. 2, Cost., caratterizza il diritto previdenziale, ma tuttora ne sono incerti e controversi i confini e il contenuto, perché la determinazione dei livelli di tutela deve necessariamente essere temperata con il dato economico e conseguentemente con le disponibilità di bilancio. Il saggio, premessa una breve disamina dei profili «statici» e «dinamici» del concetto di adeguatezza, propone di utilizzare il montante contributivo individuale come strumento di individuazione di questo concetto e di resistenza alla discrezionalità regressiva del legislatore.

THE CONCEPT OF «ADEQUATE MEANS» AS AN ETHICAL-SOCIAL AND ECONOMIC UNIT OF MEASUREMENT OF THE SOCIAL SECURITY BENEFITS

The concept of «adequate means» (and, more broadly, of «adequacy»), required by Article 38, paragraph 2, of the Italian Constitution, characterizes social security law, but its boundaries and contents are to some extent still debated, especially because the different levels of workers' protection ultimately depend on the public budget availability. This essay, after a brief examination of the «static» and «dynamic» profiles of the concept of «adequate means», proposes to use the individual total contribution as an efficient tool in order to better identify this concept and to resist to the legislator's regressive discretion.

Valeria Filì (*)

GLI STRUMENTI DI SALVATAGGIO DEL DIRITTO A PENSIONE PER LE CARRIERE DISCONTINUE (**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La ricongiunzione. — 3. La totalizzazione. — 4. Il cumulo. — 5. La prosecuzione volontaria. — 6. Il riscatto. — 7. La rendita vitalizia nel caso di omessa e prescritta contribuzione. — 8. Alcune considerazioni conclusive e un auspicio.

1. — *Introduzione* — Le carriere lavorative discontinue, tipiche di un mondo del lavoro che è cambiato profondamente negli ultimi decenni, non incidono solo sulla fase della vita attiva dell'individuo, riflettendosi anche su quella inattiva, superata una certa età, in quanto determinano il frazionamento della contribuzione accantonata presso enti previdenziali diversi o presso le varie gestioni dell'Inps, nella maggior parte dei casi indebolendo la posizione assicurativa dei lavoratori.

Il nostro sistema previdenziale, infatti, è stato modellato nel corso del tempo essenzialmente sul prototipo del lavoratore subordinato a tempo indeterminato (di sesso maschile) esposto a minime transizioni lavorative nell'arco della propria carriera lavorativa (1).

Tale archetipo poco si adatta, inevitabilmente, a una dimensione lavorativa a geometria variabile, in cui il rapporto di lavoro è esposto a una serie di fattori che ne determinano la temporaneità, l'intermittenza, la riduzione di orario o la riconduzione a fattispecie diverse: si pensi alle esigenze di allevamento della prole e di accudimento delle persone non autosufficienti (2), alla cura delle malattie croniche e di quelle legate all'invecchiamento (3), ai cambiamenti in atto indotti da una serie di fenomeni quali le transizioni occupazionali, la frammentazione organizzativa, la digitalizzazione dei processi e l'applicazione, nelle or-

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Udine.

(**) Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca *Working poor needs: new equity, decent work and skills*, Cup G24I19002630001, finanziato dal programma Prin 2017.

(1) Gentile 2018, 28, 44.

(2) Tagliabue 2019; Ilo 2018.

(3) Fernández Martínez, Tiraboschi 2017; Filì 2020.

ganizzazioni produttive, della robotica e dell'intelligenza artificiale, l'esplosione della «gig» e della «platform economy» (4).

In altre parole, lentamente ma inesorabilmente, le modifiche verificatesi nell'economia, nel mercato del lavoro e nella società (*in primis* la bassa natalità e l'invecchiamento della popolazione) hanno messo a dura prova il sistema di *welfare* italiano, evidenziandone, ormai macroscopicamente, lacune, scoperture, disarmonie e disallineamenti, tanto che il legislatore, a partire dalla fine del millennio passato, si è affannato a rincorrere i cambiamenti cercando delle soluzioni di natura previdenziale che potessero far fronte ai nuovi bisogni espressi dai lavoratori e dalle lavoratrici.

La discontinuità che affligge la nostra società sconta le caratteristiche del sistema pensionistico fortemente diversificato per ragioni storiche in base: 1) al settore (pubblico o privato); 2) all'appartenenza a determinate categorie (pubblici contrattualizzati e non); 3) all'appartenenza a categorie di lavoratori con previdenza di settore (vd. regimi sostitutivi, integrativi, esonerativi dell'Ago, ad esempio trasporti, dazieri, elettrici, esattoriali, gas, bancari ecc.); 4) allo svolgimento di attività autonome (artigiani, commercianti, coltivatori diretti e da ultimo parasubordinati e assimilati); 5) allo svolgimento di attività libero professionali (Casse professionali) o nel settore del commercio (agenti e rappresentanti) (5).

A tale accentuata articolazione dei sistemi pensionistici si aggiunge la diversificazione di requisiti (anagrafici e contributivi), di peso specifico della contribuzione e di meccanismi di calcolo delle prestazioni.

Tale diversificazione è diventata una criticità nel momento in cui, per i fattori prima accennati, non esiste più la carriera unica ma quella frammentata emersa a partire dagli anni novanta, con il rischio, per i lavoratori, di non poter utilizzare i versamenti contributivi effettuati nel corso della propria carriera nelle varie gestioni previdenziali, non riuscendo a raggiungere i requisiti minimi di anzianità contributiva richiesti da ciascuna per maturare il diritto a pensione (6).

Si fa sempre più incalzante, inoltre, la preoccupazione che la sfiducia nel sistema previdenziale, e in particolare in quello pensionistico, crei come effetto l'aumento del lavoro nero venendo meno la prospettiva dell'utilità del versamento della contribuzione (7).

(4) Fili, Costantini 2019; Dagnino 2019; Lassandari 2019; Occhino 2019; Tonarelli, Vallauri 2019; Garofalo 2018a, 17-96 e 111-190; Garofalo 2018b; Basenghi 2018, 217-230; Casano 2017; Dagnino, Tiraboschi (a cura di) 2016; Schmid 2011.

(5) Persiani, D'Onghia 2019, 187 ss.; Cinelli 2018, 514 ss.

(6) Bozzao 2010; *Id.* 2007; *Id.* 2005.

(7) Un antidoto a questa sfiducia è contenuto nel meccanismo che lega la Naspi alla contribuzione: vd. d.lgs. n. 22/2015, artt. 3, 4, 5; Miscione 2018a.

Appare quindi sempre più importante e urgente (ri)mettere mano al sistema, nella logica della razionalizzazione e della corrispondenza con le esigenze effettive dei lavoratori, non solo quelli subordinati essendo ormai stata riconosciuta dallo stesso legislatore la necessità di maggiore protezione anche per la variegata galassia del lavoro autonomo (8).

Certo, nel corso del tempo, si è tentato di intraprendere alcune strade per la tutela della posizione assicurativa dei lavoratori «precari» o comunque fragili nel mercato del lavoro (9), ma si tratta, come vedremo, di interventi che spesso si accavallano tra loro, figli dell'emergenza o della necessità contingente, che spesso incidono sullo stesso bacino di potenziali destinatari, alimentando confusione e incertezze sullo strumento (più conveniente) da utilizzare.

Volendo individuarsi un criterio ordinatore dei vari interventi oggetto di analisi, emerge quello di una sempre maggiore facilitazione nell'utilizzo di quanto si è (comunque) versato, pur se, come si vedrà, ciò può garantire l'*an* ma non certo il *quantum* di prestazione, valendo comunque la nota regola di comune esperienza per cui «mangi come paghi».

2. — *La ricongiunzione* — Nel 1958, con l'articolo unico della legge n. 322, è stato introdotto l'istituto della «ricongiunzione delle posizioni previdenziali ai fini dell'accertamento del diritto e della determinazione del trattamento di previdenza e di quiescenza», antesignano degli strumenti oggetto di analisi, per consentire ai lavoratori iscritti a forme obbligatorie di previdenza sostitutive o esclusive dell'assicurazione generale per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti gestita dall'Inps di realizzare le condizioni richieste per il diritto a pensione. Sulla disciplina di tale istituto il legislatore è ritornato tre volte: dapprima nel 1979 con la legge n. 29, poi nel 1990 con la legge n. 45 e, infine, nel 2010 con il d.l. n. 78, convertito nella l. n. 122/2010 (10).

La *ratio* è quella di consentire ai lavoratori con carriere articolate ma continue di unire tutti i periodi di contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa «ai fini del diritto e della misura di una unica pensione» (art. 1, l. n. 29, cit.). Il meccanismo, infatti, prevede che i contributi sparsi nelle varie gestioni (sostitutive, esclusive o esonerative) (11) vengano convogliati in un unico «salvadanaio».

A partire dal 1° luglio 2010, la ricongiunzione nel Fondo pensioni lavoratori dipendenti (di seguito, Fpld) dei periodi di contribuzione maturati presso

(8) *Amplius*, vd. Garofalo (a cura di) 2018.

(9) Persiani, D'Onghia 2019, 190-193; Cinelli 2018, 201-209; Pessi 2016, 225-234.

(10) Circolare Inps 5 novembre 2010, n. 142.

(11) Ancora circolare Inps n. 142/2010.

forme di previdenza sostitutive, esclusive o esonerative dell'Ago Ivs (definite «alternative») è sempre onerosa, essendo stato eliminato (12) il *favor* previsto *ab origine* (13) per una confluenza dei contributi nel regime generale dell'Inps senza oneri per gli interessati, accollando i costi alla medesima gestione.

In generale, il pagamento dell'onere – i cui criteri di calcolo ricalcano quelli previsti per il riscatto dei corsi di studio universitari (vd. *infra*, par. 6) con un abbattimento finale del 50% (14) – può anche essere effettuato ratealmente, secondo un preciso piano di ammortamento e con la maggiorazione di un interesse annuo (15), con competenza in capo alla gestione di approdo (16).

Con la l. n. 45/1990 si è anche ammesso l'utilizzo dei contributi versati nelle casse di previdenza per i liberi professionisti, prendendosi atto dei mutamenti intervenuti nel mondo delle professioni, della mobilità da e verso le stesse e dei cambiamenti che hanno investito il «social-tipo» del professionista o – come ha scritto Maurizio Cinelli con riferimento all'«avvocato sacerdote» – dello stereotipo di colui che resta «tale per tutta la vita» (17). Certo che, per coloro che sono stati (anche per poco) professionisti, l'onere di ricongiunzione è decisamente cospicuo, in ragione della «leggerezza» della contribuzione versata alle Casse e non prevedendosi lo sconto previsto in tutti gli altri casi (18).

Da questo strumento restano, però, esclusi il Fondo clero e la Gestione separata dell'Inps, così penalizzando coloro che, per una parte della loro vita, sono stati lavoratori parasubordinati e autonomi non iscritti a un ordine professionale, nonostante il maggior peso della contribuzione versata alla Gestione separata (19). L'utilità indubbia di questa facoltà sconta quindi una forte criticità, evidenziando anche una disparità di trattamento, potendosi, viceversa, far valere la contribuzione versata nelle gestioni coltivatori diretti, arti-

(12) Vd. art. 12, c. 12-*septies*, d.l. n. 78/2010, conv. nella l. n. 122/2010; vd. circolare Inps 19 luglio 2017, n. 116.

(13) Vd. art. 1, l. n. 29/1979.

(14) Vd. art. 12, c. 12-*septies*, d.l. n. 78/2010, cit., che rinvia, per il calcolo, all'art. 2, cc. 3-5, l. n. 29/1979, e all'art. 2, cc. 3-5, d.lgs. n. 184/1997.

(15) Circolare Inps 21 febbraio 2020, n. 30.

(16) Vd. art. 5, l. n. 29/1979; circolare Inps n. 142/2010; sulla sospensione dei termini a causa dell'emergenza Covid-19, vd. circolare Inps 4 aprile 2020 n. 50.

(17) Cinelli 2000.

(18) Vd. art. 2, l. n. 45/1990.

(19) Anche se per quello che riguarda i liberi professionisti la Corte di Cassazione, con sentenza 15.10.2019, n. 26039, ha sancito che «l'art. 1, comma 2, l. n. 45/1990, va interpretato nel senso che per il libero professionista che intenda avvalersi dell'istituto della ricongiunzione nella Cassa professionale cui risulta iscritto, anche rispetto ai contributi precedentemente accantonati presso la Gestione separata dell'Inps, non vi sono limiti», vd. Pascasio 2020.

giani, commercianti e nelle casse dei liberi professionisti. Questo limite può pregiudicare un'ampia platea di soggetti, specie di donne, anche in ragione del fatto che il meccanismo di uscita anticipata denominato «opzione donna» dispone che il requisito contributivo possa essere perfezionato solo tramite tale strumento e non tramite totalizzazione o cumulo (20).

Grazie a questo istituto, gli spezzoni di vita contributiva sono utilizzati come se fossero sempre stati versati nella gestione in cui sono stati unificati: infatti, le norme per la determinazione del diritto e della misura della pensione unica derivante dalla ricongiunzione dei periodi assicurativi sono quelle in vigore nella gestione presso la quale si accentra la posizione assicurativa (21); si possono, dunque, conseguire la pensione di vecchiaia, quella anticipata, quella cd. «quota 100», di inabilità, indiretta, nonché l'assegno ordinario di invalidità e pensione supplementare, ove previsti dalla gestione accentrante.

Per esercitare tale facoltà non sono richiesti particolari requisiti contributivi, se non per chi intende utilizzare la contribuzione presente nelle gestioni speciali degli autonomi chiedendone l'unificazione nel regime generale gestito dall'Inps (22) oppure, all'opposto, nel caso di accentramento verso una gestione previdenziale diversa da quest'ultima (23).

Nel caso di contribuzioni temporalmente sovrapposte (doppio lavoro), sono utilizzabili solo quelle relative a prestazioni effettive di lavoro; in mancanza di queste, la contribuzione trasferibile è quella di importo più elevato (24).

La domanda può essere proposta dall'interessato o dai superstiti (25) di regola una sola volta, ma con alcune eccezioni (26); tale condizione si intende verificata solo nel caso in cui ci sia stato un effettivo trasferimento dei contributi e, pertanto, nell'ipotesi di integrale mancato versamento dell'onere dovuto, nessun effetto di irrevocabilità potrà riconnettersi alla mera presentazione dell'istanza (27).

In definitiva, la ricongiunzione risulta più conveniente se i trasferimenti avvengono tra regimi con le medesime aliquote contributive; in caso contrario è molto costosa: uno strumento «per ricchi», quindi difficilmente fruibile.

3. — *La totalizzazione* — Con l'intento di creare un'alternativa economi-

(20) Vd. art. 1, c. 9, l. n. 243/2004; art. 16, d.l. n. 4/2019, conv. in l. n. 26/2019.

(21) Vd. art. 7, l. n. 29/1979; art. 5, l. n. 45/1990.

(22) Vd. art. 1, c. 4, l. n. 29/1979.

(23) Vd. art. 2, c. 1, l. n. 29/1979.

(24) Vd. art. 8, l. n. 29/1979; art. 6, l. n. 45/1990.

(25) Vd. art. 10, l. n. 29/1979; art. 7, l. n. 45/1990.

(26) Vd. artt. 4, l. n. 29/1979, e 3, l. n. 45/1990.

(27) C. App. L'Aquila 26.2.2015, in *DeJure*.

camente accessibile e, quindi, una generalizzata fruibilità, rispetto alla più selettiva ricongiunzione, nel 1997, con il d.lgs. n. 184, in attuazione dell'art. 1, c. 39, l. n. 335/1995, è stato introdotto un meccanismo di tutela delle «carriere spezzate» anche sotto il profilo contributivo (28), che conferma una linea di tendenza allora in atto a predisporre tutele previdenziali in favore dei lavoratori «precari»; si pensi all'introduzione nel 1988 (29) dell'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti.

Efficaci paiono le parole utilizzate dalla Corte costituzionale, sebbene pronunciate in merito alla posizione dei liberi professionisti: «l'onere particolarmente gravoso della ricongiunzione può effettivamente provocare la paventata "sterilizzazione" della contribuzione versata presso gestioni diverse e, nella peggiore delle ipotesi, la privazione del diritto al trattamento pensionistico, qualora in nessuna delle predette gestioni sia stato raggiunto il minimo contributivo prescritto» (30).

L'istituto della totalizzazione dei periodi assicurativi consente, dunque, al soggetto in possesso del requisito dell'età pensionabile di far valere la contribuzione versata presso ciascun ente previdenziale onde percepire una quota della prestazione pensionistica proporzionata al periodo di iscrizione, calcolata applicando le norme in vigore per l'ente medesimo. Questo meccanismo si basa quindi su una *fiction iuris*, sommandosi i periodi, non coincidenti (31), di iscrizione a diverse gestioni in modo da raggiungere l'anzianità contributiva «soglia» per accedere al diritto a pensione che sarà pagato *pro quota* da ciascuna gestione coinvolta.

L'attuale disciplina della totalizzazione è contenuta nel d.lgs. n. 42/2006 (32), ma già l'art. 35, c. 2, lett. c, della legge n. 153/1969 delegava il Governo ad «attuare il principio della pensione unica, determinandone la misura con la totalizzazione di tutti i periodi coperti da contribuzione obbligatoria, volontaria, o figurativa, mediante l'applicazione del criterio del *pro rata*». La delega non venne esercitata ma in una serie di settori il legislatore introdusse

(28) Vd.: Persiani, D'Onghia 2019, 191-192; Cinelli 2018, 201-203; Foglia 2012; cfr. Proia, Gambacciani 2009 e Bozzao 2008. Per un primo commento, vd. anche Garofalo 1996, 185-193.

(29) Vd. art. 7, c. 3, d.l. n. 86/1988, conv. con modif. in l. n. 160/1988.

(30) C. cost. 5.3.1999, n. 61, in *FI*, 2000, I, 21 ss.; vd. anche C. cost. 16.5.2002, n. 198, in *FI*, 2004, I, 47 ss., e C. cost. 11.7.2003, n. 235, in *GCost.*, 2003, 4.

(31) Vd. Cass. 4.5.2016, n. 8887, in *MGC*, 2016.

(32) Vd. Cass. 18.12.2017, n. 30343, in *MGC*, 2018, secondo cui la disciplina del d.lgs. n. 42/2006 si applica, a decorrere dal 1° gennaio 2006, anche alle domande presentate prima di tale data ma definite dopo, salva l'ultrattività della disciplina abrogata solo «se più favorevole», ai sensi dell'art. 7, c. 3, d.lgs. n. 42/2006.

comunque il principio della totalizzazione (33), altresì accolto dal diritto comunitario (34).

Diversamente dalla ricongiunzione, la totalizzazione è gratuita, riguarda tutte le gestioni previdenziali, comprese la Gestione separata dell'Inps e il Fondo clero, ma preclude il conseguimento della pensione cd. «quota 100», dell'assegno ordinario di invalidità e della pensione supplementare, riguardando solo la pensione di vecchiaia, quella anticipata, di inabilità e indiretta (35).

Destinatari della tutela sono tutti i lavoratori, subordinati e non subordinati, che non siano già titolari di trattamento pensionistico presso una delle gestioni coinvolte (36) e che non abbiano già optato per la ricongiunzione dei periodi assicurativi ai sensi delle leggi n. 29/1979 e n. 45/1990 (vd. *supra*) (37). La totalizzazione non può essere «parziale» dovendo riguardare tutti e per intero i periodi assicurativi presenti nelle gestioni a cui il lavoratore è stato iscritto. La domanda può essere proposta (anche dai superstiti) all'ente gestore della forma assicurativa a cui da ultimo l'assicurato è stato iscritto (38).

La misura del trattamento a carico degli enti previdenziali coinvolti è determinata con le regole del sistema contributivo, salvo che il requisito maturato in una gestione sia uguale o superiore a quello minimo richiesto per il conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia, nel qual caso si applica, per il periodo contributivo relativo a tale gestione, il sistema di calcolo della pensione previsto dall'ordinamento della gestione medesima (39). In ogni caso ciascuna gestione provvede a determinare il trattamento *pro quota* in rapporto ai rispettivi periodi di iscrizione maturati anche se il pagamento verrà effettuato, per tutti, dall'Inps, il quale riceverà la provvista dagli enti interessati (40). Alla pensione di vecchiaia e di anzianità in regime di totalizzazione si applica, però, la disciplina delle cd. finestre mobili, con un considerevole slittamento temporale tra la maturazione del diritto e l'erogazione del trattamento (41).

(33) Vd.: art. 17, l. n. 1079/1971; art. 5, l. n. 44/1973; art. 16, l. n. 233/1990; art. 70, lett. c, l. n. 549/1995; d.lgs. n. 414/1996; artt. 1, c. 12, e 3, c. 12, l. n. 335/1995; d.lgs. n. 184/1997; sul punto, vd. C. cost. 5.3.1999, n. 61.

(34) Vd. artt. 45 ss., Regolamento Cee n. 1408/1971; artt. 15 ss., Regolamento Cee n. 574/1972; Regolamento Ce n. 859/2003; Regolamento Ce n. 883/2004; Regolamento Ce n. 987/2009; circolare Inps n. 88/2010. Per gli effetti della *Brexit*, vd. circolare Inps 4 febbraio 2020, n. 16, par. 3.1. Per alcune riflessioni si rinvia a Ciriello 2012.

(35) Vd. art. 1, d.lgs. n. 42/2006; vd. messaggio Inps 5 maggio 2020, n. 1867.

(36) Vd. art. 1, d.lgs. n. 42/2006.

(37) Vd. art. 3, d.lgs. n. 42/2006.

(38) Vd. art. 3, d.lgs. n. 42/2006; Cass. 25.1.2019, n. 2225.

(39) Vd. art. 4, d.lgs. n. 42/2006.

(40) Vd. art. 5, d.lgs. n. 42/2006.

(41) Vd. circolare Inps 12 ottobre 2017, n. 140.

Proprio la caratteristica della generale applicazione del sistema di calcolo contributivo (salvo eccezioni), differenzia la totalizzazione dal cumulo, disciplinato nel 2012 e revisionato nel 2016, di seguito esaminato.

4. — *Il cumulo* — L'istituto del cumulo è disciplinato dall'art. 1, c. 239, l. n. 228/2012, come modificato dall'art. 1, c. 195, l. n. 232/2016 (42).

Come per la totalizzazione, la *ratio* è quella di utilizzare i periodi assicurativi non coincidenti al fine del conseguimento di un'unica pensione, e anche questo meccanismo è senza oneri a carico dell'interessato.

A differenza dalla totalizzazione, però, il cumulo non prevede la generale applicazione del sistema di calcolo contributivo in quanto ciascuna gestione applica le proprie regole di calcolo, per la quota di competenza (43).

Le gestioni interessate sono tutte, tranne il Fondo clero. Le prestazioni conseguibili sono la pensione di vecchiaia, anticipata, di inabilità, indiretta e anche quella cd. «quota 100» (44), preclusa con la totalizzazione. Restano esclusi l'assegno ordinario di invalidità e la pensione supplementare, acquisibili, viceversa, con la ricongiunzione.

I soggetti che intendono esercitare la facoltà di cumulo devono presentare la relativa domanda all'ente previdenziale di ultima iscrizione e in particolare alla forma assicurativa dove risulta accreditata l'ultima contribuzione; nel caso in cui il soggetto interessato al cumulo risulti da ultimo iscritto a più forme assicurative ha facoltà di scegliere quella alla quale inoltrare la domanda.

L'assicurato che abbia proposto domanda di pensione in totalizzazione, previa rinuncia della stessa prima del termine di conclusione del procedimento amministrativo, può accedere al cumulo (45). Il vantaggio di quest'ultimo istituto consiste nel preservare il sistema di calcolo di ciascuna gestione e quindi interessa chi può godere, almeno in parte, del calcolo retributivo. Il trattamento, infatti, è determinato *pro quota* dalle forme assicurative interessate in rapporto ai rispettivi periodi di iscrizione: quindi, ognuna per la parte di propria competenza secondo le regole di calcolo previste da ciascun ordinamento e sulla base delle rispettive retribuzioni di riferimento.

Se ai fini della misura del trattamento pensionistico sono presi in considerazione tutti i periodi assicurativi accreditati nella singola gestione, indipenden-

(42) Vd. Persiani, D'Onghia 2019, 192; Cinelli 2018, 204; circolare Inps n. 140/2017.

(43) Vd. circolare Inps n. 140/2017.

(44) Vd. messaggio Inps 5 maggio 2020, n. 1867; circolari Inps 29 gennaio 2019, n. 11, e n. 140/2017, cit.

(45) Vd. circolare Inps 16 marzo 2017, n. 60.

temente dalla loro eventuale coincidenza con altri periodi accreditati presso altre gestioni, ai fini del diritto, cioè per la determinazione dell'anzianità contributiva rilevante ai fini dell'applicazione del sistema di calcolo (retributivo o contributivo) della pensione a carico del regime generale dell'Inps, vengono considerati solo i periodi di contribuzione non sovrapposti temporalmente, e in caso di coincidenza dei periodi contributivi vanno neutralizzati quelli versati o accreditati presso la gestione nella quale risultino presenti il maggior numero di contributi (46).

5. — *La prosecuzione volontaria* — Per i lavoratori che, per i più diversi motivi, hanno cessato o interrotto la loro attività lavorativa è stata prevista anche la possibilità di proseguire con il versamento dei contributi al fine di raggiungere l'anzianità contributiva minima necessaria per maturare il diritto a pensione oppure per incrementare il trattamento. Tale possibilità, modellata *ab origine* per i lavoratori subordinati (47), è stata via via estesa per poi essere generalizzata nel 1997 con il d.lgs. n. 184, e riguarda tutte pensioni: dirette e indirette.

Questo istituto «guarda al futuro», potendo retroagire, rispetto alla data di presentazione della domanda, solo nel limite dei sei mesi immediatamente precedenti e sempre che tale periodo non sia coperto da altra contribuzione (48); essendo uno strumento piuttosto costoso, viene utilizzato prevalentemente da coloro a cui manca un breve periodo di anzianità contributiva per poter accedere alla pensione, sovente usufruendo degli incentivi all'esodo concordati in favore dei lavoratori «pensionabili» nelle procedure di licenziamento collettivo per riduzione di personale, modifiche legislative *medio tempore* intervenute permettendo (49).

I contributi volontari sono parificati ai contributi obbligatori ai fini del diritto alle prestazioni, dell'anzianità contributiva e della determinazione della retribuzione annua pensionabile (50).

L'autorizzazione alla prosecuzione volontaria è concessa a condizione che l'assicurato nel quinquennio precedente la domanda possa far valere, nell'assi-

(46) Vd. circolare Inps n. 11/2019.

(47) D.P.R. 31 dicembre 1971, n. 1432; l. n. 47/1983.

(48) Vd. art. 6, c. 1, d.lgs. n. 184/1997.

(49) Si allude a quanto accaduto in occasione della riforma Fornero del 2011, che mise «fuori gioco» un numero impressionante di «esodati» che avevano accettato incentivi all'esodo da «investire» in contribuzione volontaria, poi risultata non sufficiente a maturare i requisiti introdotti dalla riforma Fornero. Com'è noto il problema venne risolto con i meccanismi delle salvaguardie sui quali vd. Cinelli *et al.* 2013.

(50) Vd. art. 9, d.P.R. 31 dicembre 1971, n. 1432.

curazione generale obbligatoria ovvero nel fondo sostitutivo o esclusivo della medesima presso il quale chiede di effettuare i versamenti volontari, un requisito minimo di effettiva contribuzione, anche non continuativa (51); viceversa, non è ammesso il cumulo tra contribuzione volontaria e altre forme di contribuzione per periodi contestuali, nonché per periodi successivi alla data di decorrenza della pensione diretta liquidata a carico delle predette forme di previdenza (52).

Il costo della prosecuzione volontaria è totalmente a carico dell'interessato, il quale dovrà versare un importo pari all'aliquota di finanziamento prevista per la contribuzione obbligatoria alla gestione pensionistica, applicata all'importo medio della retribuzione imponibile percepita nell'anno di contribuzione precedente la data della domanda (53); l'importo minimo settimanale della retribuzione su cui calcolare il contributo volontario è annualmente determinato dall'Inps sulla base delle variazioni dell'indice Istat (54).

Questo strumento, quindi, rappresenta un ponte per superare i vuoti contributivi che possono verificarsi durante la vita lavorativa a causa della perdita del lavoro, nonché per l'utilizzo di aspettative o congedi non coperti da contribuzione figurativa (55).

6. — *Il riscatto* — All'opposto rispetto alla prosecuzione volontaria, l'istituto del riscatto «guarda al passato», consentendo di regolarizzare in modo oneroso periodi (anche molto risalenti) non coperti da contribuzione o periodi in cui non è stata svolta alcuna attività lavorativa. Le ipotesi in cui tale facoltà è ammessa sono tassative, seppur sparpagliate qua e là nelle varie leggi finanziarie o in altri provvedimenti «*omnibus*».

Le fattispecie classiche – e più risalenti – sono quelle del riscatto del periodo di corso legale di tutti i corsi universitari (56) e del periodo di lavoro svolto in un paese terzo con il quale non vi siano convenzioni bilaterali in materia previdenziale (57).

A partire dal 1997, con il d.lgs. n. 564/1996 (artt. 5-8), le possibilità di riscatto sono aumentate, potendo riguardare periodi: a) di interruzione o sospen-

(51) Vd. art. 5, cc. 2 e 2-bis, d.lgs. n. 184/1997.

(52) Vd. art. 6, d.lgs. n. 184/1997; C. cost. 24.2.2017, n. 44.

(53) Vd. art. 7, c. 2, d.lgs. n. 184/1997.

(54) Vd. circolare Inps 6 marzo 2020, n. 3.

(55) Vd., ad es., art. 35, c. 2, d.lgs. n. 151/2001.

(56) Vd. art. 2-novies, l. n. 114/1974; C. cost. 10.6.1993, n. 275, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 1993, I, 320 ss., e C. cost. 3.2.1992, n. 27, in *GCost.*, 1992, 143 ss.; art. 2, d.lgs. n. 184/1997.

(57) Vd. art. 51, c. 2, l. n. 153/1969; art. 3, d.lgs. n. 184/1997.

sione del rapporto di lavoro, previsti da specifiche disposizioni di legge o contrattuali, se privi di copertura assicurativa (con il limite, però, del tetto massimo riscattabile di tre anni); b) di formazione professionale, di studio o di ricerca, privi di copertura assicurativa, finalizzati all'acquisizione di titoli o competenze professionali richiesti per l'assunzione al lavoro o per la progressione in carriera; c) di inserimento nel mercato del lavoro tramite tipologie contrattuali non comportanti l'instaurazione di rapporti di lavoro con obbligo di iscrizione all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti e alle forme di essa sostitutive ed esclusive; d) intercorrenti tra un rapporto di lavoro e l'altro, non coperti da contribuzione obbligatoria o figurativa, per coloro che svolgono attività di lavoro subordinato in forma stagionale, temporanea o discontinua, purché permanga lo stato di disoccupazione; e) di non effettuazione della prestazione lavorativa e non coperti da contribuzione obbligatoria con riferimento ai lavoratori a tempo parziale verticale o ciclico.

Nel 1999 si è contemplata la possibilità per gli iscritti alla Gestione separata di riscattare fino a un massimo di cinque annualità di lavoro prestato attraverso rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, risultanti da atti aventi data certa, svolti in periodi precedenti alla data di entrata in vigore dell'assoggettamento all'obbligo contributivo di cui alla l. n. 335/1995 (58).

Il riscatto è ammesso anche: a) con riferimento ai periodi di congedo parentale – compresi quelli verificatisi al di fuori di un rapporto di lavoro – nella misura massima di cinque anni e a condizione che le richiedenti (o i richiedenti) possano far valere, all'atto della domanda, complessivamente almeno cinque anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa (59); b) per coloro che usufruiscono del congedo per la formazione (60).

Il riscatto dei contributi è sempre a titolo oneroso e la spesa – calcolata diversamente a seconda se il periodo da riscattare è governato dal sistema di calcolo retributivo o contributivo – ricade *in toto* sull'assicurato (salvo eccezioni espressamente previste, vd. *infra*).

Nel 2007, da un lato, si è prevista un'agevolazione per il riscatto degli anni di corso universitari accrescendo il numero delle rate per il pagamento degli oneri ed escludendo l'applicazione di interessi (61) e, dall'altro, si è introdotta la facoltà del riscatto anche in favore dei soggetti non iscritti ad alcuna forma obbligatoria di previdenza che non abbiano iniziato l'attività la-

(58) Vd. art. 51, c. 2, l. n. 488/1999.

(59) Vd. art. 2, cc. 5-6, d.lgs. n. 564/1996; art. 35, d.lgs. n. 151/2001.

(60) Vd. art. 5, c. 5, l. n. 53/2000.

(61) Vd. art. 2, c. 4-bis, d.lgs. n. 184/1997, modificato dall'art. 1, c. 77, l. n. 247/2007; circolare Inps 11 marzo 2008, n. 29.

vorativa (62). In questo secondo caso, destinatari sono solo coloro che, al momento della domanda, non risultino essere mai stati iscritti ad alcuna forma obbligatoria di previdenza, inclusa la Gestione separata, e ciò significa che l'inoccupato che abbia riscattato solo in parte il periodo di studi avvalendosi della nuova norma, e che, successivamente, si sia occupato e abbia pertanto maturato contribuzione obbligatoria in una posizione assicurativa, può riscattare il rimanente periodo solo con le regole generali valide per gli iscritti. L'onere di riscatto per gli inoccupati è molto vantaggioso, determinato sul minimale degli artigiani e commercianti vigente nell'anno di presentazione della domanda e in base all'aliquota contributiva vigente, nel medesimo periodo, nel Fpld (anche concernente periodi che si collochino anteriormente al 1° gennaio 1996), e fiscalmente deducibile dall'interessato, oppure, nel caso in cui l'interessato non abbia un reddito personale, parzialmente detraibile dall'imposta dovuta dai soggetti di cui l'interessato risulti fiscalmente a carico (63). Si tratta, quindi, di un'ottima «idea regalo» per la laurea, per capitalizzare al massimo le somme percepite dai neodottori in tali occasioni. Il montante maturato sarà poi trasferito in un momento successivo, a domanda, presso la gestione previdenziale nella quale l'interessato sia o sia stato iscritto e, nel caso di diverse gestioni presso le quali sia stato iscritto, quella di preferenza (64).

Il d.l. n. 4/2019, convertito con modifiche nella l. n. 26/2019 (art. 20, c. 6) (65), ha poi esteso il riscatto con oneri agevolati del corso di studi universitari anche ai soggetti già iscritti a una forma di Ago, a condizione che gli anni di laurea da riscattare si collochino dopo il 1° gennaio 1996 oppure – stando all'interpretazione fornita dall'Inps (66) – anche nel caso in cui gli anni universitari siano antecedenti a tale data, ma l'interessato opti per il calcolo esclusivamente contributivo della pensione.

Sempre nel 2019, a opera dell'art. 20, c. 1, d.l. n. 4, cit., è stata prevista in via sperimentale per il triennio 2019-2021, per gli iscritti a un regime Ago privi di anzianità contributiva al 31 dicembre 1995 e non già titolari di pensione, la facoltà di riscattare (nella misura massima di cinque anni, anche non continuativi) i periodi antecedenti al 29 gennaio 2019 non soggetti a obbligo contributivo e non coperti da contribuzione presso forme di previdenza obbligatoria,

(62) Vd. art. 2, c. 5-*bis*, d.lgs. n. 184/1997, modificato dall'art. 1, c. 77, l. n. 247/2007; circolare Inps n. 29/2008.

(63) Vd. circolare Inps 11 marzo 2008, n. 29.

(64) Vd. circolare Inps n. 29/2008.

(65) Vd. l'art. 20, c. 6, d.l. n. 4/2020, conv. con modif. nella l. n. 26/2019, che ha inserito il comma 5-*quater* all'art. 2 del d.lgs. n. 184/1997; vd. circolare Inps 25 luglio 2019, n. 106, e circolare Inps 5 marzo 2019, n. 36. *Amplius*, cfr. Degoli 2020.

(66) Vd. la circolare Inps 22 gennaio 2020, n. 6.

parificandoli a periodi di lavoro (67); tale facoltà di riscatto non può assolutamente essere esercitata per recuperare periodi di svolgimento di attività lavorativa con obbligo del versamento contributivo o nel caso in cui tale obbligo sia prescritto, dovendosi nel primo caso operare una regolarizzazione contributiva e nel secondo attivare i rimedi previsti dall'ordinamento, quali l'azione risarcitoria o la costituzione della rendita vitalizia (*amplius infra*, par. 7).

Si tratta quindi di una fattispecie ibrida, quasi una «prosecuzione volontaria retroattiva».

La domanda può essere proposta dall'assicurato o dai suoi superstiti oppure dai suoi parenti e affini entro il secondo grado, e l'onere è fiscalmente detraibile (68). Addirittura, con riferimento ai lavoratori del settore privato, si prevede che l'onere per il riscatto possa essere sostenuto dal datore di lavoro destinando, a tal fine, i premi di produzione spettanti al lavoratore stesso; così facendo, *a latere datoris*, l'onere diventa deducibile dal reddito di impresa o da lavoro autonomo e, *a latere lavoratoris*, non rientra nel reddito imponibile ai fini previdenziali (69).

7. — *La rendita vitalizia nel caso di omessa e prescritta contribuzione* — Nella carrellata degli strumenti ideati per colmare i vuoti di contribuzione, a tutela del diritto soggettivo alla posizione contributiva del lavoratore (70), va inserito anche un istituto molto particolare, diretto a rimediare all'omissione contributiva del datore di lavoro, stante il principio di irricevibilità dei contributi prescritti (71). Si tratta della rendita vitalizia che può essere costituita a favore del lavoratore ai sensi dell'art. 13 della l. n. 1338/1962, da considerarsi quale rimedio ripristinatorio alternativo a quello di natura risarcitoria (per equivalente) previsto dall'art. 2116, c. 2, c.c. (72).

La Corte costituzionale lo ha definito come «strumento per rendere più piena e incisiva, nel quadro di una regolamentazione generale costituzionalmente garantita, la tutela del lavoratore, nei cui confronti il “datore di lavoro” è un debitore di sicurezza, il quale potrebbe nella realtà – intenzionalmente o suo malgrado – non soddisfare il proprio debito, così frustrando la finalità specifica dell'assicurazione obbligatoria» (73).

(67) Vd. circolari Inps n. 106/2019 e n. 36/2019.

(68) Vd. art. 20, c. 3, d.l. n. 4/2019, conv. con modif. nella l. n. 26/2019.

(69) Vd. art. 20, c. 4, d.l. n. 4/2019, cit.

(70) Vd. Cass. 30.5.2019, n. 14853, in *MGC*, 2019.

(71) Vd. art. 55, r.d.l. n. 1827/1935, e art. 3, c. 9, l. n. 335/1995; *amplius*, vd. Casale 2017, 311-313, e ivi numerosi riferimenti bibliografici.

(72) Vd. C. App. Bari 4.11.2019, in *DeJure*; per una trattazione completa e riferimenti bibliografici, vd. Casale 2017, 303-330.

(73) Vd. C. cost. 12.1.1995, n. 18, in *DL*, 1995, II, 327 ss.

Sono previste due ipotesi: la prima, in cui il datore di lavoro chiede all'Inps la costituzione di una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quota di pensione adeguata dell'assicurazione obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi omessi; la seconda, subordinata all'impossibilità di intraprendere la prima, prevede che possa essere lo stesso lavoratore a far domanda all'Inps per la costituzione della rendita vitalizia, fatto salvo il suo diritto a chiedere al datore di lavoro il risarcimento del danno (art. 13 della l. n. 1338/1962).

La seconda ipotesi, in altre parole, costituisce l'*extrema ratio* per cui al lavoratore non resta che «riscattare» il periodo corrispondente alla contribuzione prescritta e poi intraprendere un'azione di risarcimento del danno nei confronti del datore di lavoro per farsi rimborsare le somme versate (74).

La Corte costituzionale (75) non è stata tenera con la disposizione in esame espressamente affermando che «un legislatore attento non avrebbe mancato di disporre espressamente l'utilizzabilità di tale congegno in favore di tutti i soggetti che, nel detto quadro generale di protezione, godano della stessa tutela previdenziale propria del lavoratore subordinato in senso tecnico», e a seguito di tale *obiter dictum*, questo meccanismo, nato per consentire al lavoratore subordinato di coprire direttamente i «buchi» venutisi a creare a causa dell'indempimento del datore e dell'intercorsa prescrizione (così da salvaguardare la sua posizione contributiva e quindi non pregiudicare il diritto a pensione), è stato interpretato estensivamente, così tutelando tutti coloro che non sono obbligati al versamento diretto della contribuzione, essendo la propria quota trattenuta da un altro soggetto che è il responsabile del versamento all'ente previdenziale. L'Inps ha, infatti, applicato l'art. 13, cit., dapprima ai familiari del titolare artigiano abitualmente e prevalentemente impiegati nell'azienda, poi ai collaboratori di imprese artigiane o commerciali e ai componenti dei nuclei diretto-coltivatori diversi dal titolare (76), e, infine, a tutti coloro che, essendo soggetti al regime di assicurazione obbligatoria nella Gestione separata non siano obbligati al versamento diretto della contribuzione, essendo la propria quota trattenuta dal committente o associante e versata direttamente da quest'ultimo.

Questa possibilità non è stata, ovviamente, estesa in tutti i casi in cui il destinatario della tutela previdenziale sia tenuto personalmente al versamento contributivo, come accade per i professionisti senza cassa e per i titolari d'impresa (77).

(74) Vd. Persiani, D'Onghia 2019, 101-102; Cinelli 2018, 195-196.

(75) Vd. C. cost. 12.1.1995, n. 18, cit.

(76) Vd. circolari Inps n. 31 e n. 32 del 1° febbraio 2002.

(77) Vd.: Persiani, D'Onghia 2019, 101-102; Cinelli 2018, 195-196.

8. — *Alcune considerazioni conclusive e un auspicio* — Ogni briciola di contribuzione conta, in un sistema di calcolo fondamentalmente contributivo, e conta ancora di più se i soggetti assicurati hanno avuto una carriera discontinua, frazionata, fatta di «*stop and go*» per i più diversi motivi.

La fragilità contributiva non è altro che il riflesso della fragilità nel mercato del lavoro di molte persone, giovani e meno giovani, e la situazione, dopo l'emergenza pandemica da Covid-19, quantomeno in Italia, non potrà che peggiorare.

Nel rapporto sulle pensioni che l'Ocse ha pubblicato nel 2019 si mette in luce come la scarsa tutela contro la vecchiaia per i lavoratori precari o i lavoratori autonomi rappresenti un problema molto concreto per molti paesi del globo (78).

L'adeguamento o revisione del sistema italiano di sicurezza sociale si fa sempre più necessario per poter contenere l'ondata di povertà che rischia di travolgerci negli anni a venire. Le pensioni retributive hanno contribuito fino a oggi a sostenere le famiglie italiane, non essendo infrequente l'aiuto dei genitori anziani nei confronti di figli più che adulti. Il «*welfare* familiare», fatto di solidarietà intergenerazionale non potrà durare a lungo, visto che le pensioni calcolate con il sistema contributivo non potranno garantire ai pensionati quel tenore di vita tale da poter anche aiutare figli e nipoti.

Tutti i meccanismi di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue *supra* esaminati mettono in luce un sistema farraginoso, frutto di una stratificazione nel corso del tempo, che ogni volta lascia per strada qualcuno e che non riesce a proteggere le nuove e sempre più diffuse fragilità emergenti.

In un futuro prossimo, la pensione anticipata o meccanismi di uscita che si fondano su requisiti di anzianità contributiva importanti – come «quota 100» o anche «opzione donna» – saranno quasi impossibili da raggiungere per le coorti nate dopo gli anni ottanta, e forse anche per molti soggetti nati negli anni settanta che vivono situazioni di precariato, discontinuità e variabilità lavorativa (79). Andrebbero quindi potenziate e migliorate le tecniche di intervento sulla posizione contributiva, rese economicamente più accessibili e flessibili, onde consentire una migliore e più facile «portabilità» della propria posizione contributiva da una gestione a un'altra.

Certo, non potrebbe trattarsi di una riforma a costo zero e dovrebbero essere messe in campo nuove risorse per poter gestire questo cambiamento, ma le nuove povertà comunque gravano sul sistema assistenziale, potendo trascinare in problematiche sociali e di ordine pubblico.

(78) Oecd, 2019; vd. anche Fili 2019, 112-118.

(79) Miscione 2018b; Ferrante 2018; Bozzao 2018; Degoli 2017.

A questa considerazione si potrebbe ribattere che una risposta esiste già, ed è la previdenza complementare, la cd. terza gamba del sistema di *welfare*, che, ancora oggi, viene sottoutilizzata e sottostimata dai lavoratori e dalle lavoratrici italiane.

Questo è certamente vero, ma è altrettanto vero che per poter accedere alla previdenza privata (per poi beneficiarne) bisogna disporre delle risorse finanziarie necessarie. Il finanziamento della previdenza complementare grava comunque su datori di lavoro e lavoratori, già costretti all'interno del cd. cuneo previdenziale e fiscale.

Sarebbe quindi auspicabile, oltre che un riordino e una razionalizzazione dei vigenti strumenti di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue, una ulteriore e più vigorosa azione di stimolo alla previdenza complementare, agevolandola al massimo, tanto da farla diventare una scelta naturale per il lavoratore e una forma di risparmio forzoso, prevedendosi anche possibilità di versamenti con oneri scontati per i periodi di totale o parziale riduzione dell'attività lavorativa, per poter sì dare sollievo all'affaticato sistema di *welfare* ma anche creare una rete di protezione per i lavoratori.

L'auspicio è che la previdenza sociale ritorni spiritualmente alle sue origini, ricominciando a essere un vero strumento per la liberazione dal bisogno (non accontentandosi più di quello che è diventata, cioè un mezzo di contrasto alla povertà) (80), ma sulla base di un nuovo modello di protezione sociale e di nuove categorie per venire incontro alle necessità della società di oggi guardando al futuro.

Riferimenti bibliografici

- Basenghi F. (2018), *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, in Aa.Vv., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, in *Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro - Aidlass*, Cassino 18-19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 217 ss.
- Bozzao P. (2005), *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo: problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino.
- Bozzao P. (2007), *Le misure di sostegno al reddito per il lavoro discontinuo*, in *LD*, n. 1, 29 ss.
- Bozzao P. (2008), *La «lunga marcia» della totalizzazione: innovazioni normative e questioni irrisolte*, in *LD*, 633 ss.
- Bozzao P. (2010), *Le questioni di genere nella protezione sociale del lavoro discontinuo*, in *LD*, n. 3, 399 ss.
- Bozzao P. (2018), *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *LD*, n. 4, 657 ss.

(80) Mi ricollego alle importanti e belle parole scritte da Gentile 2018, 44; *amplius*, si vedano le considerazioni di Tiraboschi 2019, 135-191, e Pessi 2019.

- Casale D. (2017), *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, Bononia University Press, Bologna.
- Casano L. (2017), *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della «nuova geografia del lavoro»*, in *DRI*, n. 3, 634 ss.
- Cinelli M. (2000), *Le sfide della previdenza forense*, in *GC*, n. 1, 27 ss.
- Cinelli M. (2018), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Cinelli M. et al. (2013), «Esodati», «salvaguardati», «esclusi» nella riforma pensionistica Monti-Fornero, in *DLRI*, n. 2, 338 ss.
- Ciriello C. (2012), *L'istituto della totalizzazione dei contributi assicurativi alla luce della recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale nella disciplina comunitaria*, in *IPrev.*, 26 ss.
- Dagnino E. (2019), *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, Bergamo.
- Dagnino E., Tiraboschi M. (a cura di) (2016), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e sul lavoro autonomo*, Adapt labour studies, e-book series, n. 50, Adapt University Press, Bergamo, in <https://moodle.adaptland.it/>.
- Degoli M.C. (2017), «Mind the gap!» Sfide contributive nell'era della lavoro flessibile, in *RDSS*, n. 3, 593 ss.
- Degoli M.C. (2020), *Il riscatto della laurea quale strumento a tutela della continuità contributiva*, in *LG*, n. 7, 720 ss.
- Fernández Martínez S., Tiraboschi M. (a cura di) (2017), *Lavoro e malattie croniche*, Adapt labour studies, e-book series, n. 64, Adapt University Press, Bergamo, in <https://moodle.adaptland.it/>.
- Ferrante V. (2018), *Il cumulo dei «lavoretti»: quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, in *LD*, n. 4, 613 ss.
- Fili V. (2019), *Platform Workers' Needs and Social Security Challenges*, in V. Fili, F. Costantini (a cura di), *Legal Issues in the Digital Economy. The impact of Disruptive Technologies in the Labour Market*, Adapt University Press – Cambridge Scholars Publishing, 105 ss.
- Fili V. (2020), *I lavoratori anziani tra esclusione e inclusione*, in *ADL*, n. 2, I, 369 ss.
- Fili V., Costantini F. (a cura di) (2019), *Legal Issues in the Digital Economy. The impact of Disruptive Technologies in the Labour Market*, Adapt University Press – Cambridge Scholars Publishing.
- Foglia L. (2012), *Totalizzazione dei periodi assicurativi e sistema di calcolo contributivo per le casse previdenziali privatizzate: i primi effetti della legge n. 214/2011*, in *q. Riv.*, II, 390 ss.
- Garofalo D. (1996), *Contribuzione figurativa e da riscatto, ricongiunzioni, versamenti volontari*, in C. Cester (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 185 ss.
- Garofalo D. (2018a), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in Aa.Vv., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, in *Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro - Aidlass*, Cassino 18-19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 217 ss.
- Garofalo D. (2018b), *Nuovi modelli organizzativi e nuovi lavori*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale. Aggiornamento al decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, cd. decreto Dignità*, Adapt University Press, Bergamo, 3 ss.
- Garofalo D. (a cura di) (2018), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale. Aggiornamento al decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, cd. decreto Dignità*, Adapt University Press, Bergamo.

- Gentile S.L. (2018), *La nuova frontiera della previdenza sociale*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale. Aggiornamento al decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, cd. decreto Dignità*, Adapt University Press, Bergamo, 28 ss.
- Ilo (2018), *Care Works and Care Jobs. For the Future of Decent Work*, International Labour Office, Geneva, in www.ilo.org.
- Lassandari A. (2019), *Oltre la «grande dicotomia»? La povertà tra subordinazione e autonomia*, in *LD*, n. 1, 81 ss.
- Miscione M. (2018a), *Gli scopi dell'indennità di disoccupazione (NASpI)*, in *LG*, n. 10, 903 ss.
- Miscione M. (2018b), *I lavori poveri dopo l'economia «a domanda» per mezzo della rete*, in *Corriere giuridico*, n. 6, 815 ss.
- Occhino A. (2019), *Povertà e lavoro atipico*, in *LD*, n. 1, 103 ss.
- Oecd (2019), *Pensions at a Glance 2019: Oecd and G20 Indicators*, Oecd Publishing, Paris, in <https://doi.org/10.1787/b6d3dcfc-en>.
- Pascasio V. (2020), *Per i liberi professionisti la ricongiunzione è senza limiti*, in *LG*, 136 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2019), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (2016), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Wolters Kluwer, Milano.
- Pessi R. (2019), *La tutela previdenziale ed assistenziale nella Costituzione. Solidarietà economica e sostenibilità sociale*, in *RDSS*, 37 ss.
- Proia G., Gambacciani M. (2009), *Flessibilità del mercato del lavoro, tutele previdenziali, nuovi ammortizzatori sociali. Totalizzazione e flessibilità*, in *DRI*, 869 ss.
- Schmid G. (2011), *Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transizionali del lavoro*, in *DRI*, n. 1, 1 ss.
- Tagliabue I. (2019), *Lavoro di cura e mercato del lavoro: il tassello mancante della professionalità*, in *Professionalità studi*, n. 6, 44 ss.
- Tiraboschi M. (2019), *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University Press, Bergamo.
- Tonarelli A., Vallauri M.L. (2019), *Povertà femminile e diritto delle donne al lavoro*, in *LD*, n. 1, 173 ss.

ABSTRACT

Le carriere lavorative discontinue non incidono solo sulla fase della vita attiva dell'individuo, ma anche su quella inattiva, indebolendo la posizione assicurativa dei lavoratori, specie in un sistema di calcolo fondamentalmente contributivo. Purtroppo, i meccanismi oggi esistenti di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue non riescono adeguatamente a contenere l'ondata di povertà che rischia di travolgerci negli anni a venire.

RESCUE TOOLS OF THE RIGHT TO A PENSION FOR DISCONTINUOUS CAREERS

Discontinuous careers not only affect the phase of the life in which people live actively, but also the one in which they are inactive. Consequently, the workers' insurance position is weakened, especially in case the pension system is fundamentally based on contributory calculation. Unfortunately, the existing mechanisms for safeguarding the pension right for discontinuous careers cannot adequately contain the wave of poverty that risks to overwhelm us in the years to come.

Domenico Garofalo ()*

IL TRATTAMENTO PENSIONISTICO DEL PERSONALE IN REGIME DI DIRITTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I magistrati e gli avvocati dello Stato. — 3. Il personale del comparto Sicurezza-Difesa e Soccorso pubblico. — 4. I professori e i ricercatori universitari. — 5. Le altre categorie (diplomatici, prefettizi, dirigenti penitenziari, dipendenti di Banca d'Italia, Consob e Autorità garante della concorrenza e del mercato). — 6. Brevi osservazioni conclusive.

1. — *Introduzione* — Tra i principi generali ai quali è informata la contrattualizzazione dell'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, v'è quello sul «Personale in regime di diritto pubblico» (art. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), che sancisce la permanenza nell'area pubblicistica di alcune categorie di lavoratori che rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti (1): magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati dello Stato, personale militare e delle Forze di polizia, personale delle carriere diplomatica e prefettizia, dipendenti di Banca d'Italia, Consob e Autorità garante della concorrenza e del mercato, e infine professori e ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato, in attesa della specifica disciplina che regoli la docenza universitaria in modo organico e in conformità ai principi dell'autonomia universitaria.

Nel 2004 nel regime di diritto pubblico è stato attratto il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, a eccezione dei volontari, ivi compresi quelli di leva (2).

Da ultimo, nel 2005, anche il personale della (neonata) carriera dirigenziale penitenziaria, fino a quel momento incluso nel comparto Ministeri (ora Funzioni centrali), è stato ricompreso nell'area pubblicistica e viene disciplinato dal rispettivo ordinamento (3).

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(1) Cfr. Carinci, Tenore 2007, vol. I, «Salvaguardia dalla contrattualizzazione».

(2) Vd. l'art. 1, l. 30 settembre 2004, n. 252, che ha inserito il c. 1-*bis* nell'art. 3, d.lgs. n. 165/2001.

(3) Vd. l'art. 2, l. 27 luglio 2005, n. 154, che ha inserito il c. 1-*ter* nell'art. 3, d.lgs. n. 165/2001.

Alla permanenza in regime di diritto pubblico di queste categorie, con l'applicazione di ordinamenti specifici per ognuna di esse, consegue la devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo (art. 63, d.lgs. n. 165/2001).

La «specificità» di queste categorie riguarda anche la disciplina pensionistica, con una frammentazione delle modalità di accesso al trattamento pensionistico in forza di microregimi settoriali (4), caratterizzati da peculiari requisiti di accesso, pur se v'è un nucleo di disciplina per così dire «trasversale» applicabile anche a questi pubblici dipendenti, su cui possono incidere le riforme di carattere generale: si pensi ad esempio alla pensione anticipata «quota 100» (5).

Per ovvie ragioni di spazio, la riflessione verrà circoscritta agli elementi caratterizzanti tali microregimi settoriali.

2. — *I magistrati e gli avvocati dello Stato* — I magistrati sono iscritti alla Cassa per i trattamenti pensionistici dei dipendenti dello Stato (cd. Ctps), istituita *ex lege* n. 335/1995 dal 1° gennaio 1996, quale gestione separata dell'Inpdap, la cui soppressione ha determinato dal 1° gennaio 2012 il transito all'Inps dei fondi gestiti dalla Cassa.

Il sistema pensionistico degli appartenenti alla magistratura non è dissimile da quello valido per tutti i dipendenti pubblici, sebbene sia caratterizzato da alcune peculiarità.

Partendo dalla determinazione del trattamento pensionistico, giova segnalare che fino al 31 dicembre 1992 la pensione dei magistrati era calcolata sulla base della retribuzione tabellare dell'ultimo giorno di servizio, maggiorata del 18 per cento, diversamente da quella degli iscritti al Fondo pensioni lavoratori dipendenti (di seguito, Fpld), calcolata sulla media degli ultimi cinque anni senza maggiorazione, ma con l'inclusione di alcune voci retributive accessorie. Inoltre, non esistevano tetti retributivi, introdotti dal 1993 e allineati a quelli in vigore nel Fpld nel 1998.

Anche l'aliquota di rendimento, per il calcolo con il sistema retributivo, è diversa da quella prevista per la generalità degli iscritti al Fpld (che è del 2%) essendo pari al 2,33% fino al 15° anno di anzianità, per poi scendere all'1,80%

(4) Vd. d.lgs. 30 aprile 1997, n. 165, recante attuazione delle deleghe conferite dall'art. 2, c. 23, l. 8 agosto 1995, n. 335, e dall'art. 1, cc. 97, lett. g, e 99, l. 23 dicembre 1996, n. 662, in materia di armonizzazione col regime previdenziale generale dei trattamenti pensionistici del personale militare, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, nonché del personale non contrattualizzato del pubblico impiego.

(5) Di opinione contraria, nel senso della natura non universale di «quota 100», è Casillo 2019, 437 ss., spec. 441.

dal 16° anno in poi. Queste aliquote si applicano fino al 31 dicembre 2011 per coloro con almeno 18 anni di anzianità di servizio al 31 dicembre 1995; fino al 31 dicembre 1995 per chi aveva anzianità inferiori a tale data.

Il limite di età per il collocamento in quiescenza d'ufficio è fissato a 70 anni; in alternativa i magistrati possono accedere al trattamento pensionistico maturato il requisito di età meno elevato previsto per la generalità dei lavoratori, a condizione di possedere quello contributivo minimo, pari a 20 anni.

Di conseguenza, il magistrato che maturi i requisiti di accesso al trattamento pensionistico secondo il regime generale potrà andare in pensione, o in alternativa restare in servizio entro il limite ordinamentale di 70 anni (6).

La disciplina della pensione anticipata, invece, è sostanzialmente comune a quella degli altri lavoratori, consentendosi l'accesso a essa con almeno venti anni di contribuzione effettiva e con il requisito del cd. importo soglia mensile (pensione non inferiore a 2,8 volte l'assegno sociale); quanto al requisito anagrafico, esso si perfeziona al raggiungimento dei 64 anni.

La fruibilità o meno della cd. «quota 100» da parte dei magistrati costituisce un problema puramente teorico per vari motivi. Infatti, il sistema di progressione in carriera dei magistrati, collegato alle cd. valutazioni di professionalità, premia essenzialmente l'anzianità di servizio, per cui il magistrato è incentivato a permanere il più a lungo possibile in servizio, o quanto meno fino al conseguimento della settima valutazione, che comporta un significativo incremento del trattamento retributivo (7), con intuibili riflessi su quello pensionistico, specie in applicazione del metodo contributivo. A ciò si aggiunga che il conferimento dell'ultima classe di valutazione avviene non prima dei 55/60 anni e solitamente i magistrati più anziani aspirano a incarichi semidirettivi o direttivi (quelli più premianti sotto il profilo della visibilità e del prestigio), per cui difficilmente saranno attratti da un'opzione, come quella relativa alla «quota 100»,

(6) Vd. l'art. 5 del r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, nonché l'art. 1, c. 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, che, abrogando l'art. 16, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, ha inibito il mantenimento in servizio per ulteriori due anni. Com'è noto, quest'ultima disposizione è stata oggetto di plurime questioni di legittimità costituzionale e di ulteriori modifiche, finalizzate a gestire la fase di diritto transitorio, ma all'esito del contenzioso di cui innanzi l'età per il collocamento in quiescenza è rimasta quella dei 70 anni. A tal riguardo, vd. C. cost. 22.6.2018, n. 131, e C. cost. 10.6.2016, n. 133.

(7) Il conseguimento della settima valutazione di professionalità determina l'applicazione del trattamento economico spettante ex art. 5, c. 2, l. 5 agosto 1998, n. 303; inoltre, continua a essere corrisposta l'indennità speciale annua lorda prevista dall'art. 3, l. 19 febbraio 1981, n. 27. Per avere un'idea del trattamento retributivo dei magistrati ordinari è sufficiente consultare le tabelle pubblicate sul sito di *L'Espresso* (*Busta paga togata*) del 26 febbraio 2019 (in <http://espresso.repubblica.it/palazzo/2009/02/26/news/busta-paga-togata-1.12363>).

che sembra più attagliata a carriere lavorative di medio-basso profilo, dalle quali «fuggire» alla prima occasione possibile.

Per gli avvocati dello Stato, equiparati ai magistrati dell'ordine giudiziario (8), fatta eccezione per il trattamento economico, implementato significativamente dalle cd. propine (9), è sufficiente rinviare a quanto detto per i magistrati.

3. — *Il personale del comparto Sicurezza-Difesa e Soccorso pubblico* — Il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, com'è noto, appartiene al cd. comparto Sicurezza e Difesa, mentre i Vigili del fuoco fanno capo al comparto Soccorso pubblico; per entrambe queste categorie si segnala una specificità previdenziale con riferimento al pensionamento di vecchiaia e di anzianità, disciplinato dal d.lgs. n. 165/1997 (10).

Con riferimento alla pensione di vecchiaia, l'art. 2, d.lgs. n. 165/1997, prevede la cessazione dal servizio a 60 anni, con un incremento di 12 mesi nel biennio 2019-2020 per effetto dell'adeguamento all'incremento della speranza di vita, non ulteriormente incrementato dal decreto direttoriale 5 novembre 2019 (11), con l'assetto attuale delineato nella seguente tabella.

La pensione di vecchiaia per il Comparto Sicurezza-Difesa e Soccorso pubblico						
Grado/qualifica			Requisiti dal 1° gennaio 2019			
FF.AA.	GDF	PolStato/ penitenziaria (12)	FF.AA.	GDF	PolStato/ penitenziaria	Vigilfuoco
Generale di corpo d'Armata		Dirigente generale	64 anni	66 anni		66 anni
Generale di Divisione			62 anni			
Generale di Brigata	Dirigente superiore		61 anni	64 anni		
Colonnelli	Primo dirigente		61 anni			
Ufficiali (fino a tenenti colonnelli)	Vicequestori aggiunti/ dirigenti di Pol. penit.					
Marescialli/sergenti	Ispett./sovr./caporeparto					
Truppa	Agenti/vigili		61 anni			

(8) Vd. la tabella all. b) al r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, come sostituita dalla tabella all. b) alla l. 3 aprile 1979, n. 103.

(9) Vd. l'art. 21, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611.

(10) Sul tema della «specificità», vd. Lamonaca 2011, 749 ss. Sul maggior favore del sistema previdenziale previsto per il comparto Sicurezza-Difesa, vd. ancora Casillo 2019, 441.

(11) Sul punto, vd. circolare Inps 7 febbraio 2020, n. 19, par. 3.1.

(12) Il d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172, ha introdotto, ex art. 1, cc. 2 e 3, l. 1° dicembre

L'accesso al pensionamento anticipato (fermo restando il regime delle decorrenze previsto dall'art. 12, c. 2, l. n. 122/2010) dal 1° gennaio 2019 al 31 dicembre 2022, in virtù del decreto direttoriale 5 novembre 2019 (13), è condizionato al raggiungimento:

- 1) di un'anzianità contributiva di 41 anni, indipendentemente dall'età (14);
- 2) della massima anzianità contributiva corrispondente all'aliquota dell'80%, a condizione che essa sia stata raggiunta entro il 31 dicembre 2011, e in presenza di un'età anagrafica di almeno 54 anni;
- 3) di un'anzianità contributiva non inferiore a 35 anni e con un'età anagrafica di almeno 58 anni (15).

Una deroga a tale assetto è stata introdotta dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. Cura Italia); e infatti, in virtù delle esigenze straordinarie e urgenti derivanti dalla diffusione della pandemia Covid-19, al pari di quanto previsto per le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale e al fine di garantire i livelli essenziali di assistenza, fino al perdurare dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, verificata l'impossibilità di procedere al reclutamento di personale, anche facendo ricorso agli incarichi previsti dagli artt. 1 e 2, d.l. 9 marzo 2020, n. 14, il decreto «Cura Italia» consente di trattenere in servizio il personale del ruolo dei medici e del settore sanitario della Polizia di Stato, anche in deroga ai limiti previsti dalle disposizioni vigenti per il collocamento in quiescenza (art. 12, c. 2).

Sostanzialmente, non viene inibito *tout court* il pensionamento dei poliziotti del settore sanitario, ma si conferisce al dipartimento di Pubblica Sicurezza la facoltà di trattenimento in servizio degli operatori, a condizione che sia verificata l'impossibilità di provvedere a un *turn over*, anche attingendo alle misure straordinarie di reclutamento previste dal d.l. n. 14/2020 (cd. Covid 2).

Analoga disposizione non si rinviene con riferimento al personale militare, poiché per esso il Governo ha fatto ricorso al mantenimento in servizio di ulteriori 60 unità di ufficiali medici delle Forze armate appartenenti alle forze di

2018, n. 132, disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, recante: «Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ex art. 8, comma 1, lett. a, l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche». Inoltre, con l'art. 32 ha introdotto l'art. 5-bis nel d.lgs. 21 maggio 2000, n. 146, istitutivo delle direzioni generali della Polizia penitenziaria, colmando una lacuna durata quasi vent'anni; in argomento vedi ancora Lamonaca 2010, 461 ss.

(13) Vd. circolare Inps 7 febbraio 2020, n. 19, par. 3.2.

(14) In tal caso continua a trovare applicazione l'art. 18, c. 22-ter, d.l. n. 98/2011, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111 (ulteriore posticipo di tre mesi rispetto ai dodici mesi di finestra mobile).

(15) Vd. circolare Inps 4 aprile 2018, n. 62, par. 3.

completamento di cui all'art. 937, c. 1, lett. *d*, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, in virtù della possibilità concessa dal c. 2 dell'art. 937 di consentire il reclutamento degli ufficiali ausiliari di cui alla lett. *d* al solo fine di fronteggiare (anche) particolari esigenze operative.

4. — *I professori e i ricercatori universitari* — Un discorso analogo a quello svolto per magistrati e avvocati dello Stato vale per i professori universitari. Infatti, anche costoro sono sottoposti al regime previsto in generale dalla riforma pensionistica del 2011, ma al pari dei primi beneficiano di specifici requisiti anagrafici per il collocamento a riposo, differenziati per ciascuna carriera universitaria.

Innanzitutto giova ricordare che il professore universitario è collocato in pensione d'ufficio al raggiungimento del limite di età previsto dalla legge, non essendo più ammessa la possibilità, prima della quiescenza vera e propria, del collocamento fuori ruolo, oramai abrogato da più di un decennio (16).

Per i ricercatori è prevista la cessazione dal servizio al 65° anno di età, sempre che abbiano già maturato il diritto alla pensione, poiché diversamente permarranno in servizio fino al raggiungimento dell'età anagrafica per la pensione di vecchiaia valida per la generalità dei lavoratori.

Il limite di età per i professori di seconda fascia è leggermente più alto rispetto a quello dei ricercatori, ma anche a quello della generalità dei lavoratori, essendo fissato a 68 anni.

Per i professori di prima fascia, il collocamento a riposo è ulteriormente elevato a 70 anni (17).

Al pari di quanto affermato per i magistrati, anche per i professori universitari il collocamento in quiescenza anticipata, beneficiando eventualmente della «quota 100», sembra essere ipotesi del tutto teorica considerando che maturità scientifica e accreditamento accademico vanno sovente di pari passo con l'avanzare dell'età.

(16) L'istituto del fuori ruolo è stato abolito dall'art. 2, c. 434, l. n. 244/2007, con progressiva riduzione della possibilità di fruirne per i professori che già ne godessero. Sulla disposizione si è abbattuta C. cost. n. 236/2009, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui si applica ai professori universitari per i quali sia stato disposto il collocamento fuori ruolo con formale provvedimento amministrativo e che hanno iniziato il corso del relativo periodo. La Corte, comunque, non è intervenuta sulla posizione dei docenti universitari ancora in servizio all'atto della decisione, ritenendoli titolari di mera aspettativa e come tale non tutelabile sul versante giurisdizionale. Per una critica su quest'ultimo punto, vd. Celotto 2009.

(17) Ma vd. l'art. 1, c. 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, che, abrogando l'art. 16, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, ha inibito il trattenimento in servizio dei docenti universitari, su cui vd. C. cost. 10.6.2016, n. 133.

5. — *Le altre categorie (diplomatici, prefettizi, dirigenti penitenziari, dipendenti di Banca d'Italia, Consob e Autorità garante della concorrenza e del mercato)* — La regole di accesso al pensionamento per le residue (sotto il profilo numerico) categorie di lavoratori in regime di diritto pubblico non sono dissimili da quelle valide per il personale contrattualizzato, pur se sussistono alcune particolarità di ordine retributivo che si riflettono sul trattamento pensionistico: si pensi agli appartenenti alla carriera prefettizia ai quali, determinato l'importo della pensione, sono riconosciuti sei aumenti periodici corrispondenti mediamente al 15% della retribuzione, rapportata all'anzianità contributiva posseduta.

6. — *Brevi osservazioni conclusive* — Confrontando i regimi pensionistici delle varie categorie di dipendenti pubblici non contrattualizzati, innanzi esaminati, con quello generale dei dipendenti contrattualizzati, ormai omologato al regime dei lavoratori privati, emerge che l'elemento di differenziazione riguarda fondamentalmente il requisito anagrafico per il pensionamento di vecchiaia abbassato per alcuni (Forze armate) e innalzato per altri (magistrati *et alii*), in ragione di una presunzione di incapacità lavorativa maturata prima da alcuni e più tardi da altri per il tipo di attività svolta (più o meno usurante). Non è inusuale la valutazione di tali differenziazioni in termini di privilegio, ove tale si consideri l'andare in pensione prima o dopo gli altri. Mettendo da parte una tale concezione per la sua relatività, quello che non convince è proprio la presunzione che caratterizza la gran parte del nostro sistema di sicurezza sociale con effetti quasi nefasti sul piano sia finanziario (spesa pensionistica) sia sociale (invecchiamento passivo), per cui piuttosto che propugnare l'omologazione si preferisce ipotizzare una differenziazione soggettiva a prescindere dalle categorie di appartenenza con effetti, questa volta benefici, su entrambi i piani: finanziario e sociale. Detto in termini espliciti, se non proprio brutali, deve continuare a lavorare chi è ancora in grado di farlo e andare a casa chi non ce la fa più, a prescindere che sia un docente universitario (per guardare in casa propria, ma il discorso vale anche per i magistrati) o un impiegato della Provincia o di qualche ente regionale inutile, non potendosi escludere l'introduzione del *part-time* anche per i dipendenti pubblici non contrattualizzati che abbiano superato una soglia anagrafica prossima alla pensione.

Insomma non sembra eticamente corretto fondare le prospettive di riduzione della spesa pensionistica sul Covid-19, richiedendosi da parte della classe politica — ove ne sia capace — un profondo ripensamento delle dinamiche pensionistiche proprio a partire dai regimi dei dipendenti pubblici qui esaminati.

Riferimenti bibliografici

- Carinci F., Tenore V. (a cura di) (2007), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, Milano, vol. I.
- Casillo R. (2019), *La «pensione quota 100»*, in LG, 437 ss.
- Celotto A. (2009), *Fuori ruolo dei professori universitari: quando il legislatore cambia idea*, in *giurcost.org*.
- Lamonaca V. (2010), *Funzioni (e finzioni) degli appartenenti ai ruoli direttivi del Corpo di Polizia Penitenziaria: una possibile evoluzione*, in LPA, n. 2, 461 ss.
- Lamonaca V. (2011), *La «specificità» delle Forze armate, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato Lavoro 2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 749 ss.

ABSTRACT

In posizione di «specialità», rispetto al sistema pensionistico dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni contrattualizzati, si pongono alcune ristrette categorie di dipendenti mantenuti in regime di diritto pubblico, che vengono singolarmente esaminate, mettendo in risalto le peculiarità di ognuna di esse. L'elemento che le accomuna è fondamentalmente il diverso requisito per il pensionamento di vecchiaia basato verosimilmente sulla maggiore o minore presunta valenza usurante dell'attività svolta; criterio che nelle conclusioni viene messo in discussione in favore di un criterio di accertamento reale dell'incapacità al lavoro in ragione dell'età.

THE PENSION SYSTEM OF WORKERS UNDER PUBLIC LAW

With respect to the pension system for public employees subjected to the contractual arrangements, some restricted categories of public employees occupy a «special» position. Such categories are examined in the present paper, highlighting the peculiarities of each of them. The link between them is basically the different requirement for old-age retirement, that is probably based on the greater or lesser highly fatiguing character of the activity carried out; a criterion which in the conclusions is questioned in favor of a parameter based on an effective assessment of the inability to work caused by the age.

Maura Ranieri (*)

STRUMENTI DI CONTRASTO ALLE MAFIE E DIRITTO DEL LAVORO: UNA PROPOSTA CLASSIFICATORIA

SOMMARIO: 1. Minime coordinate fenomenologiche e giuridiche. — 2. La certificazione antimafia: comunicazioni e informazioni. — 3. Lo sfruttamento lavorativo e l'amministrazione giudiziaria dell'impresa. — 4. Tavoli e protocolli: gli strumenti con funzione concertativa. — 5. Osservazioni conclusive.

1. — *Minime coordinate fenomenologiche e giuridiche* — L'interesse per uno studio sulle interrelazioni tra mafie, lavoro e impresa affonda le radici in una pluralità di motivazioni che si rinsaldano con il trascorrere del tempo, a fronte delle quali, forse, è oramai insostenibile una certa indolenza del diritto del lavoro originata e alimentata da una estromissione regolativa consumata per mano legislativa.

Insistere in questa direzione, peraltro, espone a un rischio duplice e non indolore. Per il diritto del lavoro (e per i suoi studiosi) può significare perpetrare quella sorta di confino nel recinto, rassicurante ma angusto, della «moderna versione della *locatio operarum*» (1), dinnanzi a una realtà profondamente mutata in cui, giusto per dire, i confini tra impresa e mercato, anche con riguardo alla competenza regolativa (2), sono sempre più labili. Per l'ordinamento giuridico implica assecondare tendenze allarmanti che l'uso eccessivo della norma penale reca in sé, con effetti distorsivi per il sistema giuridico e ricadute considerevoli in quello economico e produttivo (3).

Le riflessioni che seguono, dunque, scaturiscono da quell'interesse e, di riflesso, provano a schivare quel rischio muovendo dall'assunto che, se è bene osservare prima i fatti e poi leggere le norme (4), è necessario anticipare in prima battuta peculiari elementi fenomenologici messi in evidenza da taluni studi avanzati sul tema.

(*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Catanzaro «Magna Græcia».

(1) Garofalo 1999, 28.

(2) *Id.*, 25.

(3) Torre 2018, 311.

(4) Bavaro 2018, 35.

In primo luogo, è acclarata una declinazione al plurale delle mafie, capace di dar conto della varietà che connota ciascun gruppo e, altresì, di quella attitudine metamorfica che ha consentito, e tuttora consente, alle organizzazioni criminali di adeguarsi a tempi, luoghi e contesti differenti (5).

In secondo luogo, trascorsi oramai più di cinquant'anni dal debutto delle mafie nel sistema economico e dalle prime esperienze di controllo e condizionamento delle imprese (6), si è assistito alla stratificazione delle modalità di infiltrazione dei mafiosi nel tessuto produttivo (7). Ciò per di più all'insegna di una invasiva penetrazione dei gruppi criminali nei comparti dell'economia legale; così che, in uno scenario in cui il limite tra legale e illegale è tutt'altro che nitido e inamovibile, sono proprio le intersezioni tra le mafie e l'economia legale ad assumere rilievo e a risultare meritevoli di indagine da diversi punti di vista (8).

Per di più, e da ultimo, il radicamento delle mafie nel sistema economico trova linfa vitale nella cd. area grigia: un vero e proprio «campo organizzativo in cui prendono forma relazioni di contiguità e complicità, attraverso le quali si istituzionalizzano legami, scambi e transazioni» (9). Si tratta cioè di un'area dotata di una struttura eterogenea, a geometria variabile (10) e animata da politici, amministratori, liberi professionisti e altri soggetti che, a vario titolo e con difforme intensità (11), condividono con i mafiosi questo luogo, per nulla virtuale, di interazione.

Spostando l'attenzione su un piano giuridico e osservando i fenomeni inforcando le lenti del giuslavorista, si è avuto modo di distinguere il transito da una fase di sostanziale indifferenza a una, di contro, di significative interrelazioni tra il diritto del lavoro e la normativa di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso (12). Una transizione, più in generale, consumata nell'ambito di una relazione tra mafie, lavoro e impresa contrassegnata dal tratto della complessità (13), in ragione del quale è invocata da più parti l'adozione di strategie di contrasto differenziate e articolate (14).

(5) Sciarrone 2009; Mete 2018. In chiave storica Lupo 2018.

(6) Arlacchi 1983; Catanzaro 1988.

(7) Le diverse modalità di relazione delle mafie con le imprese hanno suggerito varie classificazioni; si vedano Centorrino *et al.* 1999, La Spina 2016, 239 ss., e Pellegrino 2018, 144 ss. Una ricostruzione delle ipotesi classificatorie dei rapporti tra mafie e impresa è stata compiuta da Dalla Chiesa 2012, 18 ss.

(8) Sciarrone, Storti 2019.

(9) *Ivi*, 17.

(10) Sciarrone 2011, 11.

(11) Sul ruolo dei liberi professionisti D'Alfonso *et al.* 2018.

(12) Ranieri 2015, 377.

(13) *Ivi*, 378.

(14) Cfr.: Mete 2009; *Id.* 2015.

Osservando la legislazione di contrasto alle mafie è facile scorgere una produzione normativa crescente, tradizionalmente ancorata all'area del diritto penale e caratterizzata da profili di emergenzialità, frammentarietà, stratificazione cui si è cercato di rimediare con l'approvazione del d.lgs. n. 159/2011 (cd. Codice antimafia, d'ora in avanti Cam).

Malgrado l'intento di sistematizzazione, l'operazione di codificazione non pare aver decretato il superamento dei tratti pregressi della normativa antimafia, oltre a presentare ulteriori criticità (15); né tantomeno tale finalità si è realizzata con l'atteso intervento di riforma al Codice, attuato con l. n. 161/2017 (16). Anzi, la disciplina continua a reiterare i limiti originari e ad accentuare talune tendenze pregresse; si pensi, per esempio, al predominio della logica repressiva a fronte del sacrificio di strategie promozionali e preventive.

In questo scenario, e all'interno di un ragionamento di più ampio respiro (17), si colloca l'oggetto del presente contributo incentrato su una proposta classificatoria delle principali misure di contrasto esistenti nel sistema giuridico. Proposta sviluppata a partire dal dato concettuale della poliedricità assunta dalla legalità anche in relazione ai rapporti di lavoro; di modo che la legalità «del» e «nel» lavoro, quale presupposto per la realizzazione del progetto costituzionale di lavoro dignitoso, impone di considerare, insieme e al contempo, tanto la condizione del lavoratore, quanto quella dell'organizzazione in cui la prestazione si inserisce (18).

Facendo tesoro, dunque, del monito secondo cui la classificazione comporta una distribuzione dei fenomeni giuridici in gruppi omogenei attraverso l'impiego di un parametro classificatorio che di fatto determina omogeneità o eterogeneità degli oggetti giuridici (19), nello scritto si anticipa una classificazione degli strumenti di contrasto imperniata su due criteri: la fonte di produzione (legislativa o negoziale) e la funzione (certificativa, concertativa, repressiva/risanatrice) svolta (o assegnata) dallo (allo) strumento di contrasto.

La scelta dei parametri classificatori è conseguenza della volontà di servirsi degli arnesi rudimentali del giurista: le fonti, per il ruolo assegnato sul piano teorico e su quello pratico (20), e la funzione spesso chiamata a svolgere, al pari

(15) Menditto 2012; Fiandaca, Visconti 2012.

(16) Visconti 2018; Visconti, Tona 2018.

(17) Quanto proposto nel saggio è parte di una ricerca più estesa sulle interrelazioni tra mafie, lavoro e impresa attualmente in corso di elaborazione e finalizzata a saggiare l'efficacia delle misure di contrasto in una prospettiva essenzialmente giuslavoristica, nonché a porre in luce le distonie e le sintonie esistenti tra il diritto del lavoro e la normativa di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

(18) Ranieri 2020.

(19) Carnelutti 1939, ristampa 1990.

(20) Pino 2011, 25 ss.

dell'elemento strutturale, un'azione identificativa e conformativa. Sicché, in questa sorta di mappatura delle misure di contrasto rilevanti in una prospettiva giuslavoristica è possibile distinguere quattro tipologie: strumenti di fonte legislativa con funzione certificativa; strumenti di fonte legislativa con funzione repressiva e talora risanatrice; strumenti di fonte legislativa con funzione concertativa, e infine strumenti di fonte negoziale con funzione concertativa.

La collocazione degli istituti nella griglia classificatoria necessita di precisazioni; in particolare, si è consapevoli che la separazione tra le diverse aree di raggruppamento è tutt'altro che rigida, come del resto spesso accade quando si ricorre a operazioni di tal tipo. Di modo che, ad esempio, può accadere che una misura possa prender posto in uno o più ambiti tipologici o perché prevista da fonti differenti o, ancora (se non insieme), in quanto dotata di funzioni plurime. Va da sé, dunque, che la mappatura deve essere considerata in relazione al fine principale per il quale è ipotizzata, cui si può solo accennare in questa sede, ovvero verificare la possibilità di una sistematizzazione degli strumenti disseminati nell'ordinamento giuridico nonché, soprattutto, valutarne efficacia ed efficienza. E ciò, è bene anticipare, a fronte di un panorama che si caratterizza per duplicazioni e sovrapposizioni, mancato coordinamento, frammentazione, prevalenza di alcuni strumenti (di alcune fonti e di alcune funzioni) a fronte di altri.

Di modo che la prima (e più corposa) tipologia ricomprende misure inserite nel sistema giuridico dal legislatore e che svolgono una funzione certificativa della legalità delle imprese: misure che spaziano dalla comunicazione e dalla informazione antimafia alle banche dati, dalle *White list* al *Rating* di legalità e al *Rating* di impresa, dalla Rete del lavoro agricolo a quel modello di organizzazione, gestione e controllo dei rischi introdotto con il d.lgs. n. 231/2001.

Molto interessante appare la tipologia di strumenti di fonte legislativa cui è assegnata una funzione repressiva e, talora, risanatrice. In questo ambito rientrano tanto istituti strettamente penali (come ad esempio il reato di sfruttamento lavorativo *ex art. 603-bis c.p.* o le ipotesi di sequestro e confisca delle imprese), quanto misure e procedure volte al recupero dell'impresa e al suo reinserimento nel mercato in condizioni di legalità: dall'amministrazione giudiziaria al controllo (giudiziario e volontario) dell'impresa, sino al cd. commissariamento prefettizio della stessa.

La terza tipologia, invece, accoglie gli strumenti adottati sempre dal legislatore ma con una funzione concertativa; tra questi, si pensi ai tavoli istituzionali previsti dal Cam.

Da ultimo, è possibile isolare (o ritrovare) strumenti, quali ad esempio protocolli di vario tipo e natura, che svolgono sempre una funzione concertativa, ma hanno origini pattizie perché frutto di una vera e propria concertazione tra molteplici soggetti.

È evidente che un panorama così frastagliato costringe a compiere scelte e a effettuare selezioni; così che nelle pagine seguenti si prenderà in esame un istituto per ogni tipologia classificatoria e le ultime due categorie saranno trattate congiuntamente, nella consapevolezza tuttavia degli effetti dissimili che la differente fonte – legale o negoziale – determina.

Infine, preme precisare che l'attenzione non sarà focalizzata sulla descrizione delle misure quanto, piuttosto, sui punti di forza e di debolezza delle stesse emersi in una prospettiva prevalentemente giuslavoristica; nonché, più in generale, sulle ripercussioni che si determinano sul piano del bilanciamento dei diritti e degli interessi contrapposti, nella consapevolezza che proprio il bilanciamento è «risorsa essenziale per la vita e la sopravvivenza» dei sistemi democratici (21).

2. — *La certificazione antimafia: comunicazioni e informazioni* — Tra gli strumenti introdotti dal legislatore nell'ordinamento giuridico con funzione prevalentemente certificativa delle condizioni di legalità dell'impresa un ruolo di spicco è occupato dalle comunicazioni e dalle informazioni antimafia.

Si tratta, come noto, di misure presenti da tempo nel sistema giuridico e oggetto di rivisitazione e sistematizzazione a opera del Cam (22), che se ne occupa nel Libro II (artt. 82-101) disciplinandone ogni aspetto: dai requisiti alla validità, dalla competenza agli effetti, giusto per citarne alcuni.

In via estremamente sintetica, comunicazione e informazione sono provvedimenti di natura amministrativa, con «carattere cautelare e preventivo» (23), della rispettiva durata di sei e dodici mesi (art. 86 Cam), solo parzialmente sovrapponibili (24). Invero, la comunicazione consiste nell'attestazione della presenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto di contrarre con la pubblica amministrazione di cui all'art. 67 del Codice (art. 84, c. 2, Cam), mentre, l'informativa, oltre a tali circostanze, può rappresentare anche l'attestazione della presenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa volti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle imprese (art. 84, c. 3, Cam).

(21) Zagrebelsky 2008, 222.

(22) In chiave ricostruttiva Amarelli, Sticchi Damiani 2019.

(23) C. Stato 6.4.2018, n. 3. Salvo diversa indicazione, tutte le pronunce amministrative sono reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it; le sentenze civili e penali, invece, sono tratte dal portale *DeJure* a meno che non vi siano segnalazioni di segno contrario.

(24) I giudici hanno precisato che «l'informazione si fonda su una valutazione ampiamente discrezionale circa la sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa...»: Tar Toscana 25.6.2018, n. 910. Viceversa, la comunicazione si basa sul mero accertamento che, a carico di determinati soggetti, siano state o meno applicate misure di prevenzione personali definitive o pronunciate condanne con sentenza definitiva o confermata in appello per una serie di delitti; sicché «è un atto di natura vincolata che non lascia spazio alcuno per valutazioni discrezionali»: C. Stato 29.4.2019, n. 2773.

Preme precisare che la principale conseguenza dell'adozione dei provvedimenti informativi si riverbera nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, che «non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire [...] concessioni e [...] erogazioni» nei riguardi delle imprese destinatarie del provvedimento e devono recedere da contratti in corso (art. 94, cc. 1 e 2, Cam); effetti che, di contro, non si estendono al rapporto tra soggetti privati (25).

Le cd. interdittive antimafia hanno sollevato dubbi interpretativi e applicativi cui ha fatto da riscontro un lavoro incessante, e non esente da critiche (26), della giurisprudenza amministrativa sia in ordine alle circostanze che ne legittimano l'adozione (27), sia con riferimento al rapporto con altri strumenti e misure di contrasto, soprattutto quando, come spesso accade, il legislatore risulta superficiale nella costruzione degli elementi di raccordo (28).

Per quanto qui rileva, però, preme porre in risalto due questioni apparentemente distinte ma, per vero, molto più affini di quanto una valutazione sommaria potrebbe far ritenere.

Una prima problematica investe la sorte delle relazioni di lavoro all'interno di un'impresa colpita da interdittiva, giacché la presenza di dipendenti legati a contesti criminali può, all'interno di un quadro indiziario più complessivo, le-

(25) Il principio secondo cui gli effetti dell'interdittiva possono riguardare solo i rapporti intercorrenti tra privati e p.a. e non estendersi ai rapporti interpretati è stato ribadito da C. Stato 20.1.2020, n. 452. Pur se proprio in occasione di questa pronuncia i giudici lanciano un «interrogativo “aperto”» sull'opportunità, rimessa alla valutazione legislativa, di un ritorno alla formulazione originaria del Codice, «nel senso che l'informazione antimafia possa essere richiesta anche da un soggetto privato e anche per rapporti esclusivamente tra privati». Per un primo commento, cfr. Scafuri 2020.

(26) Una lettura critica delle pronunce rese dal Consiglio di Stato in materia – soprattutto con riguardo al presunto ruolo cardine assegnato alle interdittive nella salvaguardia dei valori fondanti della democrazia – è svolta da Amarelli 2020.

(27) I giudici hanno affermato la sufficienza di elementi presuntivi e non probatori in ordine al tentativo di infiltrazione mafiosa, nonché l'opportunità di considerare tali elementi in maniera unitaria e non atomistica (C. Stato 27.12.2019, n. 8881); sulla sufficienza del cd. criterio del «più probabile che non» ovvero di «un ragionamento induttivo di tipo probabilistico» vd. C. Stato 5.9.2019, n. 6105, e successivamente C. Stato 3.3.2020, n. 1546.

(28) Ad esempio, i giudici sono intervenuti a chiarire il rapporto tra le interdittive e l'iscrizione alle *White list*, sicché il principio – secondo cui «l'unicità e l'organicità del sistema normativo antimafia vietano all'interprete una lettura atomistica, frammentaria e non coordinata dei due sottosistemi» (C. Stato 24.1.2018, n. 492) – è affiancato dall'affermazione ricorrente che il rifiuto di iscrizione nell'elenco si fonda sugli stessi principi che disciplinano l'interdittiva antimafia (C. Stato 20.2.2019, n. 1182; C. Stato 3.4.2019, n. 2211; C. Stato 11.4.2019, n. 1917).

gittimare l'adozione da parte del prefetto dell'interdittiva (29) e, a ruota, il licenziamento del lavoratore per mano del datore di lavoro. Il punto però è individuare sin dove è possibile giustificare l'anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa e, di rimando, qual è il discrimine tra un licenziamento legittimo e un licenziamento illegittimo.

Si tratta, di quesiti che non possono avere una risoluzione univoca ma che impongono una valutazione caso per caso, strettamente connessa alle circostanze concrete, seppur nel rispetto dei principi generali – di tutti i principi generali – dell'ordinamento giuridico se non si vuol incappare in situazioni di palese illegittimità. Si pensi al caso, più risalente, della lavoratrice licenziata per timore che il suo rapporto di coniugio con un soggetto con precedenti penali potesse determinare l'adozione di un'interdittiva antimafia nei confronti della cooperativa datrice di lavoro o alla vicenda, tutt'ora in corso, che coinvolge numerosi dipendenti di imprese che si occupano della gestione dei rifiuti nel territorio pugliese, licenziati a seguito di rilascio di interdittiva, in forza di pregressi precedenti penali talora risalenti e, per di più, di entità lieve se non irrisoria (30).

La situazione si può ulteriormente complicare, poi, ove il licenziamento segua una interdittiva prefettizia che, sottoposta al vaglio giurisprudenziale, venga dichiarata illegittima.

In questi casi la Corte di Cassazione, preso atto dell'esistenza all'atto del licenziamento dell'interdittiva potenzialmente in grado di incidere sul regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, conferma l'illegittimità del recesso in forza del fatto che l'azienda non aveva provato le motivazioni che rendevano intollerabile aspettare la rimozione dell'impedimento alle normali funzioni del lavoratore; impedimento che poteva avere durata temporanea, posto che l'azienda aveva impugnato il provvedimento prefettizio dinanzi ai giudici amministrativi. Piuttosto, i giudici dispongono l'applicazione della tutela indennitaria *ex art. 18*, comma 5, St. lav. in luogo della cd. tutela reintegratoria attenuata: rimedio previsto in caso di manifesta insussistenza del fatto dalla l. 28 giugno

(29) Si è ribadito che il condizionamento mafioso può avvenire anche a opera di dipendenti che non ricoprono ruoli apicali e persino che tale condizionamento può essere desunto dalla presenza di un solo dipendente infiltrato (C. Stato 14.9.2018, n. 54101), pur se, si legge spesso nelle pronunce, all'interno di un quadro oggettivo e complessivo più ampio.

(30) La prima vicenda è stata decisa dal Tribunale di Locri nel senso dell'illegittimità del licenziamento ritenuto privo di adeguata motivazione (T. Locri 24.12.2009, in *RIDI*, 2010, II, su cui Ranieri). La risoluzione della seconda vicenda, da quanto si apprende da contatti diretti con le organizzazioni sindacali che hanno affiancato i lavoratori, non essendo ancora pubblicati tutti i provvedimenti, è decisa da diversi Tribunali pugliesi orientati nel senso della dichiarazione di illegittimità dei licenziamenti con conseguente reintegra e indennizzo risarcitorio per i dipendenti.

2012, n. 92, e riservato nelle intenzioni del legislatore «a ipotesi residuali che fungono da eccezione alla regola della tutela indennitaria in materia di licenziamento individuale per motivi economici» (31).

La seconda problematica concerne la compatibilità della normativa in materia di documentazione antimafia con i principi costituzionali (32), ma anche con quelli europei, come dimostra la recente questione pregiudiziale sollevata dal Tar Puglia, S. Bari (33), circa la coerenza della normativa interna, nella parte in cui non dispone garanzie endoprocedimentali in favore del destinatario del provvedimento, con il principio del contraddittorio quale principio generale dell'Unione europea.

Non è possibile approfondire in questa sede tematiche così complesse; tuttavia bisogna segnalare la recente sentenza con cui la Corte costituzionale (34) è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della normativa in materia di documentazione antimafia (artt. 89-*bis* e 92, cc. 3 e 4, Cam), con eccezione sollevata dal Tribunale di Palermo in relazione agli artt. 3 e 41 Cost.

La Corte dichiara non fondata la questione in considerazione del fatto che il sacrificio accordato alla libertà di impresa, pur se grave, trova giustificazione nell'estrema pericolosità del fenomeno mafioso che può arrecare pregiudizio non solo alla libera concorrenza ma, ancor più, alla libertà e alla dignità dell'individuo. Né margini di incostituzionalità possono rintracciarsi nella scelta, pressoché inevitabile stante la natura del provvedimento, di attribuirne il potere di adozione all'autorità amministrativa in luogo di quella giudiziaria, che, peraltro, svolge «un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo».

Ora, al di là di tutti i dubbi sollevati da una pronuncia che appare appiattita sugli esiti della giurisprudenza amministrativa (35), ciò che colpisce è la debolezza argomentativa su un tema così delicato e decisivo. Vale a dire che in più occasioni la Corte sembra restare in superficie, senza addentrarsi nelle problematiche sottese ad atti forieri di vere e proprie «sofferenze costituzionali» (36) e senza affrontare pienamente la questione del bilanciamento dei principi contrapposti, della ragionevolezza e della proporzionalità della normativa contestata. Colpisce, ad esempio, il passaggio della sentenza in cui si fa leva sul carattere provvisorio dell'interdittiva senza considerare quali effetti, spesso definitivi (di cui il licenziamento dei lavoratori è solo un'ipotesi), possono derivare dall'adozione del provvedimento amministrativo.

(31) Cass. 19.1.2018, n. 1373. In senso conforme, Cass. 10.1.2018, n. 331, e Cass. 18.12.2017, n. 30323, n. 30324 e n. 30325.

(32) Amarelli 2020.

(33) Tar Puglia, Bari, 13.1.2020, n. 28, S. III.

(34) C. cost. 26.3.2020, n. 57, in www.cortecostituzionale.it.

(35) Longo 2020, 5.

(36) *Id.* 2019, 14.

In chiusura, preme evidenziare come entrambe le questioni conducano, pur se attraverso diversi percorsi, a confrontarsi con il tema del bilanciamento dei principi e dei diritti: si tratti del diritto al lavoro, della libertà d'impresa, del principio di uguaglianza, delle esigenze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico.

Al di là infatti della risposta (insoddisfacente) data a oggi (37) dalla Consulta, il tema della sostenibilità costituzionale o meno del bilanciamento operato dal legislatore, e avallato dalla giurisprudenza, in materia di interdittive antimafia resta del tutto aperto e chiederebbe, forse, un approccio consapevole della pericolosità del fenomeno, ma al contempo rispettoso dei diritti e dei principi fondamentali in gioco, dal momento che tutte le volte in cui emergenze, di vario tipo e natura, conducono a una compressione eccessiva, reiterata e duratura (38) dei diritti e delle libertà degli individui, il rischio effettivo è che a essere colpito sia quel medesimo assetto democratico in nome e a difesa del quale sono adottate le misure invocate.

3. — *Lo sfruttamento lavorativo e l'amministrazione giudiziaria dell'impresa* — Un'altra categoria della proposta classificatoria prospettata riunisce misure repressive che talora svolgono, contestualmente (come nelle procedure di sequestro e confisca dell'azienda) o in affiancamento ad altri strumenti, anche finalità di recupero dell'impresa al fine di assicurarne la permanenza nel mercato in condizioni di legalità.

In questa tipologia si pongono, per l'appunto, lo sfruttamento lavorativo (art. 603-*bis* c.p.) e l'istituto dell'amministrazione giudiziaria dell'impresa (art. 34 Cam), che rappresentano altresì una delle rare ipotesi di coordinamento tra gli strumenti di contrasto messe a punto dal legislatore, visto che, come si vedrà, uno dei casi in cui è possibile ricorrere all'amministrazione giudiziaria è proprio l'accertamento del reato di sfruttamento lavorativo.

Quest'ultimo, in particolare, è stato inserito nel codice penale dal d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011 e rimaneggiato dal legislatore in occasione dell'approvazione della l. n. 199/2016. Nonostante la revisione intervenuta, però, la fattispecie continua a sollevare perplessità sia in ordine alla sua con-

(37) Il Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, 26.5.2020, n. 160, S. I, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 67, c. 8, Cam per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza ex art. 3 Cost. e degli artt. 25, 27, 38 e 41 Cost., anche con riguardo agli artt. 6 e 7 Cedu.

(38) Secondo i dati pubblicati dall'Anac, nel periodo 2014-2018, si è assistito a un incremento pari al 370% delle interdittive notificate all'Autorità, passate dalle 122 del 2014 alle 573 del 2018; cfr. il Report dell'Anac sulle imprese destinatarie di interdittive antimafia (2014-2018) reperibile sul sito www.anticorruzione.it.

figurazione, sia con riguardo alla sovrapposizione e al rapporto con altre fattispecie e istituti.

Sul primo versante, si rinvergono criticità per quanto concerne gli elementi costitutivi del reato e gli indici legali di sfruttamento, oltremodo vaghi e indeterminati (39); sul secondo versante si può richiamare il raccordo dell'art. 603-bis c.p. con altri reati – come la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) – o con strumenti specifici: si pensi, sempre in via esemplificativa, al permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale disposto dall'art. 18 del d.lgs. n. 286/1998 (cd. T.U. immigrazione).

Al di là però delle questioni interpretative sollevate dalla previsione codicistica ca preme riflettere sulla idoneità della fattispecie a far fronte a un fenomeno tanto complesso quanto radicato come quello dello sfruttamento dei lavoratori; in tal senso, la sproporzione tra l'impiego della fattispecie penale e gli indici di irregolarità del lavoro nel nostro paese non è di certo un dato irrilevante (40).

Tuttavia, ciò che desta maggiore preoccupazione è la delega rimessa dal legislatore al diritto penale (e, come si dirà a breve, al giudice). Vale a dire che il fenomeno dello sfruttamento lavorativo è diversificato: può cioè assumere sembianze difformi, presentare sfumature variabili oltre che realizzarsi attraverso plurime condizioni; di modo che appare quantomeno miope pensare di frapporre a una realtà così composita la sola fattispecie penale che di per sé non può essere in grado di contenerla.

Più in generale, gli interventi degli ultimi anni sembrano non rispettare alcun equilibrio tra le diverse tipologie di misure (incentivanti, ispettive e sanzionatorie) (41) che dovrebbero bilanciarsi in una strategia generale di contrasto al lavoro illegale; di contro, emerge uno scompenso tra le tipologie di azioni a tutto vantaggio di strumenti sanzionatori e repressivi in uno scenario puntellato da provvedimenti tutto sommato di corto respiro (42).

Tale constatazione conduce a riflessioni più estese che, pur se qui solo accennate, sono dirimenti nella progettazione dell'ordinamento giuridico generale, oltre che della disciplina lavoristica.

Da un lato, un coacervo di fattori – dall'abdicazione regolativa dei soggetti preposti a una formulazione delle regole spesso maldestra, dalla complicazione del sistema delle fonti all'esistenza di un ordinamento multilivello – ha decretato una progressiva esaltazione della funzione giudiziaria e del ruolo del giudice a

(39) Laforgia 2020, 180. Per una critica più generale, Torre 2019; meno critico di Martino 2019.

(40) Ranieri 2020.

(41) Barbieri 2008, 8.

(42) Si pensi alla l. n. 199/2016, che, malgrado il clamore mediatico, non pare segnare un reale cambio di passo; cfr. D'Onghia, de Martino 2018.

scapito, è evidente, di una più razionale combinazione di ruoli e spazi nella creazione e nella interpretazione del diritto.

Dall'altro lato, si assiste, anche qui spesso inermi, alla sedimentazione di una legislazione di tipo emergenziale e tendenzialmente repressiva con tutte le ripercussioni che ne derivano sul piano della tutela dei diritti individuali e su quello della salvaguardia dei principi fondamentali del sistema giuridico.

L'amministrazione giudiziaria, invece, è uno degli istituti predisposti dal legislatore per consentire a un'impresa contaminata di continuare a operare nel mercato a seguito di un'opera di bonifica.

Si tratta di una misura di prevenzione patrimoniale cui è possibile fare ricorso, oltre che ove non vi siano le condizioni per impiegare misure più gravi e invasive, in presenza di «sufficienti indizi» per ritenere che l'esercizio dell'attività di impresa sia sottoposto a intimidazione o assoggettamento, o possa comunque agevolare l'attività di soggetti nei confronti dei quali sia stata proposta o applicata una misura di prevenzione (personale o patrimoniale) ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per una serie di delitti tra cui, come anticipato, quello di sfruttamento lavorativo (art. 34, c. 1, Cam).

Nel momento in cui il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione dispone l'amministrazione giudiziaria, nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario; quest'ultimo «esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura» (art. 34, c. 3, Cam).

L'amministrazione giudiziaria è adottata per non più di un anno e può essere prorogata di sei mesi per un periodo complessivamente non superiore a due anni (art. 34, c. 2, Cam). Entro la data di scadenza dell'amministrazione, il tribunale delibera la revoca della misura o la confisca ove si ritenga che i beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego (art. 34, c. 6, Cam).

L'istituto persegue una finalità preventiva e non repressiva, vale a dire – come precisato dai giudici in occasione della sottoposizione ad amministrazione di Uber Italia Srl – «non [...] punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, quanto [...] contrastare la contaminazione antiggiuridica di imprese sane» sottoponendole a controllo al fine di «sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti» (43).

L'amministrazione giudiziaria si inserisce nel novero di misure che con intensità variabile – dallo spossessamento che contraddistingue sequestro e confisca alla preservazione della titolarità dell'impresa garantita nell'amministrazione giudiziaria e nelle forme di controllo, giusto per fare un esempio – e attraverso

(43) T. Milano 27.5.2020, n. 9, S. autonoma delle misure di prevenzione.

procedimenti e modalità di attuazione affini, ma non sovrapponibili, è volta a garantire la sopravvivenza dell'impresa e la tutela dei livelli occupazionali.

Un primo problema, quindi, concerne proprio l'affastellarsi, in modo per nulla razionale, di misure simili, dai contorni talora sfocati, con il rischio di duplicazioni e sovrapposizioni, oltre alla riproposizione della questione del coordinamento tra le misure e gli istituti di contrasto (44).

In secondo luogo, si pongono – o, sarebbe il caso di precisare, si ripropongono, trattandosi spesso di difficoltà riscontrabili anche in altre misure pregresse – una serie di problematicità che spaziano dal ruolo accordato ai soggetti coinvolti all'attenzione riservata al lavoro e alla sua tutela.

La formulazione legislativa difatti – in particolare l'eccessiva fumosità di alcuni requisiti come i «sufficienti indizi» o anche l'attività di agevolazione – rimette al giudice chiamato a decidere sull'attivazione della misura una notevole responsabilità, sempre a rischio di trascinare in eccessiva discrezionalità. Al contempo, perplessità desta la figura dell'amministratore giudiziario tenuto a occuparsi della gestione dell'impresa in una fase di estrema delicatezza e a cui, a ben vedere, sono richieste numerose competenze al fine di portare a compimento con successo il tentativo di risanamento dell'azienda.

Da ultimo, scarsa considerazione è prestata alla tutela del lavoro benché, come è ovvio, la salvaguardia dell'occupazione sia strettamente connessa al recupero dell'impresa. Non può infatti passare inosservato che un'operazione così dirimente è condotta senza predisporre alcun coinvolgimento dei soggetti che vivono l'impresa: dai lavoratori, per intenderci, ai loro rappresentanti.

In particolare, l'assenza di un investimento effettivo sulle organizzazioni sindacali quali soggetti attivi nella procedura di risanamento risulta una criticità ineludibile; sarebbe ora di individuare modalità di istituzionalizzazione della presenza e della partecipazione delle organizzazioni sindacali nelle attività di bonifica dell'impresa, quale che sia la forma che queste assumono, al fine di rafforzare il percorso di risanamento e assicurarne un esito favorevole.

Del resto, la centralità che il sindacato assume nelle democrazie – anche, anzi ancor più, nelle democrazie sofferenti come quelle attuali – rafforza l'intuizione sul ruolo chiave che le organizzazioni dei lavoratori potrebbero svolgere in una situazione, come quella dell'impresa contaminata, in cui l'obiettivo principale è ripristinarne la legalità e la democrazia. E forse proprio l'essenziale funzione costitutiva delle democrazie moderne (45) attribuita al sindacato potrebbe essere

(44) In via esemplificativa si rinvia a quanto segnalato in ordine al raccordo tra il controllo (*ex art. 34-bis Cam*) e le misure di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese (*ex art. 32, d.l. n. 90/2014, conv. da l. n. 114/2014*): cfr. Cantone, Coccagna 2018.

(45) Mariucci 2015, 219.

un modo, in una prospettiva più generale, per rilanciare l'esperienza sindacale e dunque, a ben vedere, la stessa democrazia (46).

4. — *Tavoli e protocolli: gli strumenti con funzione concertativa* — A completare la proposta classificatoria intervengono due categorie che condividono la medesima funzione concertativa, ma si differenziano sotto il profilo della fonte di produzione, distinguendosi strumenti di origine legislativa e strumenti di origine negoziale.

Tra i primi, si segnalano i tavoli provinciali permanenti sulle aziende sequestrate e confiscate; tra i secondi, protocolli e intese, di contenuto eterogeneo e con pari variegata adesione, che si rinvencono nello studio sulle misure di contrasto. Fermo restando, tuttavia, che sia gli uni sia gli altri sono interscambiabili sotto il profilo delle fonti di produzione; sicché, così come i protocolli possono essere oggetto di previsione (e attivazione) normativa, i tavoli di concertazione, similmente, possono essere previsti (e attivati) da fonti pattizie.

I tavoli permanenti, introdotti dalla legge di riforma del Codice antimafia, sono istituiti dal prefetto a livello provinciale e hanno la finalità di favorire il coordinamento tra una serie di soggetti (tra cui organizzazioni sindacali e associazioni datoriali) in una procedura di sequestro e confisca delle aziende (art. 41-ter Cam).

Si tratta di una previsione di estremo interesse nella logica virtuosa di tessere reti di sostegno nei territori in cui l'azienda è collocata; tuttavia, l'istituzione dei tavoli è stata fortemente depotenziata poiché l'iniziale obbligatorietà della loro attivazione è stata degradata a mera facoltà a opera dell'art. 36, c. 2-bis, d.l. n. 113/2018, convertito da l. n. 132/2018.

Uno strumento, dunque, che potrebbe assumere un ruolo centrale nella procedura di bonifica dell'impresa – facendo leva sul coinvolgimento attivo delle soggettività operanti nel territorio per supportare l'amministratore giudiziario e sopperire così a una delle più rilevanti criticità della normativa – è nei fatti indebolito per mano dello stesso legislatore, che rimette l'attivazione del tavolo alla mera discrezionalità del prefetto.

Per quanto concerne, poi, gli strumenti con funzione concertativa di fonte negoziale, l'indagine empirica restituisce una varietà di patti, intese e protocolli volti a implementare, sostenere, rafforzare prassi e pratiche di legalità nei contesti più disparati.

Tra questi suscitano particolare curiosità talune specifiche intese sottoscritte da una serie di soggetti, tra cui i tribunali e l'Associazione bancaria italiana (Abi). Difatti, a partire dal 2016, alcuni uffici giudiziari si sono fatti promotori di pro-

(46) Zoppoli 2015, 432.

toccolli coinvolgenti plurime soggettività al fine di agevolare la gestione dei beni sequestrati e confiscati mostrando peraltro piena consapevolezza delle criticità applicative della normativa, soprattutto quando a essere destinatarie dei provvedimenti sono le imprese (47).

Il contenuto dei protocolli è simile, sebbene, come proprio delle fonti di natura pattizia, non pienamente sovrapponibile; così come diversi sono i soggetti (istituzionali e non) di volta in volta coinvolti.

Vi è però un duplice dato di particolare interesse; per un verso, anche qui, il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali è snodo decisivo nella direzione di assicurare il salvataggio dell'impresa e la salvaguardia dei livelli occupazionali. Per altro verso, dirimenti sono proprio la presenza dell'Abi e gli impegni assunti dall'associazione, tra cui ricorrono la possibilità di non revocare automaticamente le linee di credito a seguito dell'adozione di un provvedimento giudiziario; la rinegoziazione dei rapporti bancari già in essere con l'amministratore e, finanche, l'eventuale erogazione di nuovi finanziamenti per agevolare la continuazione dell'attività d'impresa. A ben vedere, l'improvvisa e repentina condizione di sofferenza economica in cui versa l'impresa destinataria dei provvedimenti di sequestro e confisca rende impegni di tal tipo particolarmente opportuni quando non decisivi.

Più in generale, la sperimentazione di prassi concertative non può che essere accolta con favore, pur nella consapevolezza che la natura pattizia dei protocolli esclude qualunque obbligatorietà delle previsioni ivi contenute e degli impegni assunti all'esterno dell'ambito soggettivo di riferimento. Peraltro, i giudici amministrativi hanno di recente ribadito che quanto fissato in un protocollo – nella specie un protocollo per la legalità sottoscritto dal ministero dell'Interno e da Confindustria – non può operare al di là delle previsioni di legge, per quanto possa anche ritenersi valida la disposizione inserita nell'atto pattizio (48).

Un discorso a parte, invece, meritano i cd. protocolli di legalità che traggono origine dal patto d'integrità sviluppato verso la fine degli anni novanta dello scorso secolo da *Transparency International* Italia con il fine di contrastare la corruzione nel settore degli appalti pubblici (49) e che hanno trovato, in seguito, un esplicito riconoscimento nella l. n. 190/2012.

Infatti, ai sensi dell'art. 1, c. 17, si dispone che «le stazioni appaltanti possono

(47) I protocolli di cui a oggi sia ha notizia sono stati promossi dai Tribunali di Roma, Milano, Bologna, Reggio Emilia e congiuntamente Palermo, Caltanissetta e Trapani. Tutti i testi sono reperibili nella sezione normativa del sito dell'Abi (www.Abi.it); tranne quello bolognese reperibile sul sito www.liberabologna.it.

(48) C. Stato 20.1.2020, n. 452.

(49) Sulle origini della misura Saitta 2014, 426 ss.

,prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara», e l'eventuale carenza può essere sanata attraverso la procedura di soccorso istruttorio *ex art.* 83, c. 9, d.lgs. n. 50/2016.

Questi protocolli, dunque, conservano la loro funzione concertativa e mantengono una origine negoziale, ma godono di una «copertura» legislativa sul piano degli effetti giuridici di certo significativa, pur se subordinata all'iniziativa della Stazione unica appaltante (Sua).

In verità, i protocolli di legalità sono divenuti con il tempo uno snodo nevralgico della normativa antimafia, raccordati talora con altre misure di contrasto come il *Rating* di legalità (50). Ciò nonostante continuano a presentare criticità sia sul versante interno, con riferimento, ad esempio, alla natura giuridica o al loro impiego nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica (51), sia sul versante esterno, in relazione alla compatibilità con la normativa europea.

In particolare, la Corte di Giustizia (52) è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto europeo di una disposizione interna legittimante l'esclusione di partecipanti a una gara pubblica che non abbiano depositato una accettazione scritta degli impegni fissati in un protocollo di legalità.

In questa circostanza i giudici europei hanno riconosciuto una discrezionalità degli ordinamenti nazionali, poiché il singolo Stato «è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti» lesivi del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, il cui rispetto è essenziale nelle procedure di aggiudicazione di un appalto (par. 26); tuttavia ogni misura, nella prospettiva tratteggiata dalla Corte, deve essere rispettosa del principio generale di proporzionalità e dunque «non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito» (par. 29).

L'utilità delle prassi concertative è quindi fuor di dubbio; così come la diffusione e la condivisione delle prassi esistenti al fine, altresì, di promuovere virtuose contaminazioni. Ma è del pari indubbio che non si può chiedere a strumenti di tal tipo ciò che non spetta loro ovvero che non rientra nella loro natura o, ancor più, nella loro funzione. Senza poi dimenticare che la crisi che da decenni attanaglia le pratiche concertative è aggravata dalla constatazione che l'esito po-

(50) Il rispetto dei protocolli di legalità è ricompreso tra le misure che giustificano l'attribuzione delle premialità su cui si fonda il modello del *Rating* (cfr. l'art. 3 del Regolamento attuativo in materia di *Rating* di legalità, 15.5.2018, n. 27165).

(51) Per una ricostruzione dei diversi orientamenti Scafuri 2020.

(52) C. Giust. 22.10.2015, C-425/14, *Impresa Edilux e Sicef c. Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana e a.*, in *Racc. dig.*, 2015.

sitivo di metodi e misure negoziali, ovunque si sperimentino, è legato a una maturità di contesto di sempre più arduo rinvenimento (53).

Piuttosto, si è messo in evidenza come le organizzazioni sindacali possano svolgere un ruolo cruciale nel recupero delle imprese sottoposte a condizionamento mafioso; nella medesima direzione si ritiene opportuno insistere sulla necessità di introdurre meccanismi forti, e quindi anche di fonte legale, funzionali a promuovere condizioni di contesto propizie alla conservazione dell'impresa.

Vale a dire che, se è fondamentale disporre una sorta di «cordone sanitario» nell'immediatezza dell'accertamento di una situazione di infiltrazione mafiosa al fine, come primo obiettivo, di sottrarre l'impresa al controllo del gruppo criminale, è altrettanto essenziale, nella fase immediatamente successiva, sostituire quelle misure di primo intervento con una rete di sostegno composta da soggetti (istituzionali e non) capaci di sorreggere l'attività produttiva, se si vuole evitare il rischio – frequente, come l'analisi applicativa della normativa antimafia mostra (54) – che quel cordone diventi un cappio per l'impresa che, seppur risanata, non riesce poi a restare nel mercato in condizioni di regolarità con tutto ciò che ne consegue sul piano economico, occupazionale e sociale.

5. — *Osservazioni conclusive* — L'indagine in chiave giuslavoristica sulle misure di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso restituisce, in definitiva, un coacervo di disposizioni e una molteplicità di strumenti di grande interesse sul piano dell'analisi e di ancor più rilevante, potenziale, portata su quello applicativo. Sicché a una fase iniziale di mera ricognizione non può che conseguire un tentativo ordinatorio, quale passaggio metodologico essenziale al fine di ricomporre lo stato dell'arte in una prospettiva sistematica.

Ma un procedimento ordinatore non è di per sé esaustivo dell'attività interpretativa; piuttosto, è proprio dopo aver preso atto dell'esistente e a partire dall'esistente che l'interprete organizza le riflessioni, anzi il giurista riflette ed espone (55) e, quindi, concorre a costruire e a creare (56) i sistemi giuridici e, di riflesso, i modelli di società.

In questa direzione, ma con la premessa di accennare a questioni che meriteranno maggiore spazio e altro approfondimento, si pongono queste battute conclusive su alcune tematiche generali interconnesse che, a loro volta, si intrec-

(53) Viscomi 2004, 349.

(54) Esemplificativo è il raffronto tra i dati degli immobili dati in gestione e destinati e quelli relativi alle aziende, nonché il rapporto tra le imprese date in gestione e quelle giunte sino alla fase di destinazione. Tutti i dati sono reperibili nella sezione statistiche del sito dell'Anbsc (www.beniconfiscati.it).

(55) Rescigno 2003.

(56) Grossi 2010, 1104.

ciano con problematiche di pari complessità e con tendenze attuali che investono il diritto del lavoro e al contempo lo travalicano in continuità, per vero, col suo essere, sempre, un diritto di frontiera (57).

In primo luogo, è palese che il settore dell'ordinamento giuridico dedicato alle misure di contrasto alla criminalità organizzata si è progressivamente arricchito di disposizioni, ovvero che il legislatore ha mostrato di voler colmare il ritardo iniziale inserendo nel sistema giuridico, in maniera progressivamente consistente, norme, istituti, misure e strumenti volti a contrastare il fenomeno mafioso.

In questo percorso, uno snodo decisivo è ravvisabile nell'emanazione della l. n. 646/1982 (cd. legge Rognoni-La Torre), cui va accreditato il merito di aver colto la centralità dell'aggressione ai capitali accumulati nella predisposizione delle strategie di contrasto; un'intuizione rafforzata a distanza di oltre un decennio dalla scelta, di evidente valore simbolico ma anche economico e sociale, di restituire alla collettività i beni sottratti alle mafie (l. n. 109/1996).

La disamina della normativa sedimentatasi conferma l'affastellarsi di previsioni ma anche la presenza di difficoltà che persistono malgrado gli sforzi compiuti dal legislatore, se non talora reiterate in occasione di quegli stessi sforzi. L'interprete, cioè, si trova dinanzi a una normativa frammentaria (come dimostra l'incompletezza del Codice antimafia), a volte monca e/o inattuata (valga come esempio la sorte della famigerata Rete del lavoro agricolo di qualità) (58), con evidenti criticità applicative (si guardi alle procedure di recupero delle aziende quali che siano le forme giuridiche che assumono e, soprattutto, ai loro esiti), con raccordi tra le misure talora inesistenti, talaltra deboli o non sufficientemente rodati.

Ma ancor più, come premesso, si tratta di un insieme di disposizioni espressione di logiche emergenziali e securitarie derivate, e al contempo promosse in un processo circolare di autopoiesi, da una più generale opzione di politica del diritto che percorre l'ordinamento giuridico e che, similmente, genera e nello stesso tempo nutre quel discorso sulla sicurezza di cui oramai le vite degli individui, al pari delle relazioni sociali, sono permeate (59).

Strettamente connessa a ciò è la questione concernente l'assenza di strategie complessive di contrasto e di adeguate politiche pubbliche; una carenza, a ben vedere, correlata altresì alla «depoliticizzazione della questione mafiosa», declinata oramai per l'appunto solo in termini di ordine pubblico e sicurezza (60).

(57) Mariucci 2016, 131.

(58) D'Onghia, de Martino 2018.

(59) Procacci 2013, 41.

(60) Sciarrone, Storti 2019, 14.

Proprio una narrazione della questione mafiosa in termini esclusivamente, o comunque prevalentemente, securitari alimenta una risposta con uno stesso linguaggio, laddove invece la complessità del fenomeno e delle sue ricadute suggerirebbe reazioni ben più elaborate.

Peraltro, l'attuale tendenza dell'azione mafiosa a proiettarsi nel mercato legale richiede interventi mirati soprattutto nel senso di assicurare il recupero delle aziende e la tutela del lavoro. Vale a dire che si dovrebbe abbandonare un approccio tarato in modo esclusivo, o comunque preponderante, sull'esigenza di protezione dell'ordine pubblico e sostituirlo con una strategia complessa in cui, per intenderci ad esempio, la tutela dell'ordine pubblico si rinsalda con la tutela del lavoro e dei diritti, poiché perseguire la prima senza assicurare la seconda implica, troppo spesso, togliere la mafia dall'impresa ma non garantire poi la sopravvivenza dell'attività produttiva o, anche questo troppo spesso, far tornare l'impresa sotto il controllo del gruppo criminale una volta esaurite le procedure formali. Ciò per di più in un momento in cui la povertà «del» e «nel» lavoro e i disagi che ne scaturiscono (61), tanto su un piano individuale quanto su un piano collettivo, rischiano di avvantaggiare ulteriormente l'azione dei gruppi criminali di stampo mafioso.

Un obiettivo così ambizioso, dunque, necessita di una strategia imperniata, come evidenziato, sulla valorizzazione delle soggettività, individuali e collettive, che animano l'impresa, così come di tutte le esperienze esterne all'azienda ma che, a partire dal territorio di riferimento, possono divenire un'importante risorsa per la definizione di quella rete di salvataggio e di sostegno senza la quale l'impresa sottratta alla mafia – e improvvisamente priva degli aiuti e dei privilegi di cui disponeva – rischia di non resistere sul mercato.

Sono evidenti le difficoltà insite in un percorso di tal tipo, nonché lo sforzo e l'impegno richiesti a una pluralità di soggetti, ma alla luce delle criticità emerse si ritiene non più prorogabile un mutamento di prospettiva. Nel rispetto dell'economia e dell'oggetto di questo scritto, preme solo far cenno, in chiusura, ad alcune possibili linee di intervento con l'unico fine, in questa sede, di segnalarle quali possibili strade percorribili nella piena consapevolezza dell'approfondimento che ciascuna impone.

Di modo che sul versante interno all'impresa sarebbe opportuno implementare la partecipazione dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali, seppur con modi e forme diverse, per gli uni e per gli altri, e cangianti in ragione della specificità di ogni situazione.

(61) Sul tema del lavoro povero si vedano, di recente, gli interventi contenuti nel n. 1/2019 della rivista *Lavoro e diritto*; sul ruolo virtuoso che invece il lavoro può svolgere nel contrasto alle povertà vd. Napoli 2006.

I primi, ad esempio, ove le condizioni lo consentano, potrebbero essere maggiormente incoraggiati a divenire protagonisti dei processi di bonifica anche attraverso l'incentivazione alla costituzione di cooperative capaci di rilevare l'azienda; una scelta che, ove praticata, si è rivelata spesso risolutiva per il salvataggio dell'impresa. Il coinvolgimento dei sindacati, invece, dovrebbe divenire punto di forza dell'intera normativa attraverso l'istituzionalizzazione della loro presenza in forme strutturate e ben al di là di ipotesi di coinvolgimento rimesse alla discrezionalità di terzi, così come di modalità partecipative estremamente deboli e fragili.

Certo in entrambi i casi l'impatto con la realtà è fragoroso, se si pensa alle trasformazioni involutive del diritto del lavoro e del diritto sindacale degli ultimi anni nonché, più in generale, alla solitudine dei lavoratori nei luoghi di lavoro: sempre più individui privi di ogni legame sociale, interno ed esterno all'impresa.

Ma rifuggendo da quella «dittatura del presente» (62) che non fa voltare indietro e neanche spingere lo sguardo troppo in avanti, si potrebbe riconoscere che a partire dall'esperienza delle imprese infiltrate è possibile sperimentare forme, variamente declinate, di coinvolgimento dei lavoratori e delle loro rappresentanze e che questa strada, per di più, è aderente alla «valenza sociale» che, oggi più di ieri, la partecipazione assume dacché investe i «rapporti tra potere economico e destini sociali delle collettività territoriali» (63).

In tale direzione, spostando cioè l'attenzione sul versante esterno all'impresa, l'indispensabile rete di sostegno capace di sorreggerla nel momento del suo reinserimento nel mercato presuppone un contesto favorevole o, per meglio dire, condizioni favorevoli di contesto che spesso però difettano, soprattutto nelle zone più povere da un punto di vista non solo economico, ma anche politico, sociale e culturale. Sicché, se è vero che i «luoghi più deboli, proprio perché tali, non hanno una forza endogena sufficiente a mutare le proprie condizioni strutturali [...] senza un intervento esogeno nazionale», è altrettanto aderente a verità che questo intervento, ovvero l'azione delle politiche pubbliche nazionali, deve integrarsi e coordinarsi con la progettualità, le competenze e le capacità locali in una interazione dinamica, costante e reciproca (64).

In uno scenario così composto, dinnanzi a sfide talmente impegnative non è pensabile continuare a proporre percorsi e soluzioni univoci; non è credibile cioè continuare a dare risposte semplificate a fenomeni complessi se non con il pericolo concreto di rendere quelle stesse risposte incomplete e, a tratti, inutili.

(62) Nogler 2015, 338.

(63) Zoppoli 2005, 379.

(64) Viesti 2020, 92.

In conclusione, appare oramai ineludibile affrontare la problematica dell'infiltrazione mafiosa nell'economia legale mettendo in campo strategie complesse e articolate che ripartano dalla centralità del lavoro e della sua tutela, quale antidoto economico e sociale alla pervasività delle mafie, provando, in tal modo, a ricacciarne la presenza o a contenerne la diffusione. In sostanza, è dalla combinazione di una pluralità di azioni, dal coinvolgimento di diversi soggetti e, dunque, dalla ricerca, per quanto possibile, di un equilibrio tra i diversi diritti e principi che si deve muovere per tentare di guastare quel clima che, come intuito con lungimiranza dal dottor Brescianelli in una indolente serata parmense, fa venir su la linea della palma (65).

Riferimenti bibliografici

- Amarelli G. (2020), *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in www.giustiziasinsieme.it.
- Amarelli G., Sticchi Damiani S. (2019), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- Arlacchi P. (1983), *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, il Mulino, Bologna.
- Barbieri M. (2008), *Ragioni politiche e caratteristiche tecniche dell'intervento della Regione Puglia contro il lavoro nero*, in C. Sunna (a cura di), *La lotta al lavoro nero nell'esperienza legislativa e amministrativa della Regione Puglia*, Cacucci, Bari, 5 ss.
- Bavaro V. (2018), *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *q. Riv.*, I, 35 ss.
- Cantone R., Coccagna B. (2018), *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in www.pena-lecontemporaneo.it, 157 ss.
- Carnelutti F. (1939), *Metodologia del diritto*, Cedam, Padova, ristampa 1990.
- Catanzaro R. (1988), *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Liviana, Padova.
- Centorrino M. et al. (1999), *Il nodo gordiano. Criminalità mafiosa e sviluppo del Mezzogiorno*, Editori Laterza, Roma-Bari.
- D'Alfonso S. et al. (2018), *Mafie e libere professioni. Come riconoscere e contrastare l'area grigia*, Donzelli editore, Roma.
- D'Onghia M., de Martino C. (2018), *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199/2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *VTDL*, 157 ss.
- Dalla Chiesa N. (2012), *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Cavallotti University Press, Milano.
- Di Martino (2019), *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, il Mulino, Bologna.

(65) Sciascia 1961.

- Fiandaca G., Visconti C. (2012), *Il «Codice delle leggi antimafia»: risultati, omissioni e prospettive*, in *La legislazione penale*, 181 ss.
- Garofalo M.G. (1999), *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 9 ss.
- Garofalo M.G. (2008), *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *DLRI*, 21 ss.
- Grossi P. (2010), *L'identità del giurista, oggi*, in *RTDPC*, 1089 ss.
- La Spina A. (2016), *Estorsori, estorti, collusi, controllo mafioso dell'economia: una nuova tassonomia e una proposta di politica del diritto*, in A. La Spina, V. Militello (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Giappichelli, Torino, 239 ss.
- Laforgia S. (2020), *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo dei migranti*, in W. Chiaromonte et al. (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 173 ss.
- Longo A. (2019), *La «massima anticipazione della tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in www.federalismi.it.
- Longo A. (2020), *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2000*, in www.nomos-leattualitadeldiritto.it.
- Lupo S. (2018), *La mafia. Centosessant'anni di storia*, Donzelli editore, Roma.
- Mariucci L. (2015), *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, in *LD*, 209 ss.
- Mariucci L. (2016), *Riflessioni su «L'idea di diritto del lavoro, oggi»*, in *LD*, 131 ss.
- Menditto F. (2012), *Le luci e le (molte) ombre del cd. Codice antimafia*, in *Cassazione penale*, 792 ss.
- Mete V. (2009), *Fuori dal Comune. Lo scioglimento delle amministrazioni locali per infiltrazioni mafiose*, Bonanno editore, Acireale-Roma.
- Mete V. (2015), voce *La lotta alle mafie tra movimenti e istituzioni*, in *EGT*, Roma, 305 ss.
- Mete V. (2018), *Le mafie nell'autotrasporto. Il caso Reggio Emilia*, in S. Borelli, V. Mete (a cura di), *Quaderni di città sicure. Mafie, legalità, lavoro*, XXIV, n. 42, Centro stampa Regione Emilia-Romagna, 11 ss.
- Napoli M. (2006), *Povertà vecchie e nuove e diritto del lavoro*, in *Jus*, 61 ss.
- Nogler L. (2015), *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *DLRI*, 337 ss.
- Pellegrini S. (2018), *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'analisi sociologica-giuridica*, Ediesse, Roma.
- Pino G. (2011), *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 19 ss.
- Procacci G. (2013), *Le trasformazioni del concetto di sicurezza*, in V. Borghi et al. (a cura di), *La ragione politica. Volume II. I discorsi della politica*, Liguori, Napoli, 19 ss.
- Ranieri M. (2010), *I confini del licenziamento legittimo tra disciplina lavoristica e normativa antimafia*, in *RIDL*, II, 583 ss.
- Ranieri M. (2015), *Contrasto alla criminalità organizzata e diritto del lavoro: indifferenze, interrelazioni e cortocircuiti*, in *LD*, 375 ss.
- Ranieri M. (2020), *Dignità, lavoro e legalità o meglio legalità, lavoro e dignità*, in *VTDL*, 675 ss.
- Rescigno G.U. (2003), *Il giurista come scienziato*, in *Diritto pubblico*, 833 ss.
- Saitta F. (2014), *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 425 ss.
- Scafuri A. (2020), *Interdittive antimafia e protocolli di legalità. La legittimazione alla richiesta di documentazione antimafia deve tornare al privato*, in www.dirittoamministrativo.it.

- Sciarrone R. (2009), *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli editore, Roma.
- Sciarrone R. (2011), *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, in R. Sciarrone, *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, Donzelli editore, Roma, 3 ss.
- Sciarrone R., Storti L. (2019), *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, il Mulino, Bologna.
- Sciascia L. (1961), *Il giorno della civetta*, Torino, Einaudi.
- Torre V. (2018), *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *DLRI*, 289 ss.
- Torre V. (2019), *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis c.p. tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *QG*, 90 ss.
- Viesti G. (2020), *Tornare sui luoghi*, in *il Mulino*, 84 ss.
- Viscomi A. (2004), *Prassi di concertazione territoriale: spunti per una riflessione critica*, in *LD*, 335 ss.
- Visconti C. (2018), *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Diritto penale e processo*, 145 ss.
- Visconti C., Tona G. (2018), *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del Codice antimafia*, in *LP*, 7 ss.
- Zagrebel'sky G. (2008), *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna.
- Zoppoli L. (2005), *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *DLRI*, 373 ss.
- Zoppoli L. (2015), *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, in *LD*, 415 ss.

ABSTRACT

Il saggio indaga gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso in una prospettiva giuslavoristica. L'Autrice, preso atto dell'esistenza di un quadro normativo frammentato e complesso, propone una classificazione delle misure esistenti indagando ciascuna tipologia classificatoria e mettendone in evidenza i punti di forza e di debolezza. La mappatura consente, più in generale, di focalizzare l'attenzione su alcune criticità che la normativa di contrasto ancora presenta e di introdurre possibili linee di intervento.

LABOUR LAW AND TOOLS OF CONTRAST TO MAFIAS: A CLASSIFYING PROPOSAL

The essay deals with tools of contrast to the organised mafia crime in a labour law perspective. Having taken note of a fragmented and complex legal framework, the Author proposes a classification of the existing measures by highlighting strengths and weaknesses of each type. The mapping more generally allows to focus on some critical issues of the legislation and to introduce possible areas of action.

Valerio Speciale (*)

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

SOMMARIO: 1. Il nuovo intervento della Corte costituzionale. — 2. L'ambito più ridotto, rispetto alla sentenza n. 194/2018, delle motivazioni utilizzate dalla Corte. — 3. La possibile incostituzionalità delle soglie massime della indennità risarcitoria. — 4. Il fondamento costituzionale delle norme sulle forme e procedure in tema di licenziamento. — 5. La illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23/2015. — 6. Alcune considerazioni sulle due sentenze della Corte costituzionale. — 7. I parametri legali per la quantificazione dell'indennità risarcitoria.

1. — *Il nuovo intervento della Corte costituzionale* — La «storia» dell'indennità risarcitoria in materia di licenziamenti prevista dal d.lgs. n. 23/2015 non è ancora conclusa. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 150 del 2020, è tornata a occuparsi della materia. La giurisprudenza della Corte, con le due decisioni del 2018 e del 2020, consente di svolgere alcune riflessioni sul meccanismo risarcitorio previsto dal decreto delegato sul contratto a tutele crescenti, anche in un'ottica di eventuali profili ulteriori di contrasto della normativa con la Costituzione e le fonti europee.

La pronuncia del 2020 era in qualche modo prevedibile. Nella sentenza di due anni fa la Corte aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 3 del d.lgs. citato e aveva escluso un'analogia conclusione per l'art. 4 (relativo alla violazione delle disposizioni in tema di requisiti formali e procedurali) solo perché irrilevante alla luce della ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma (1). Tuttavia, una volta messo in discussione il sistema di adeguamento automatico del risarcimento del danno, è evidente che analoghi profili di incostituzionalità sono estensibili ad altre disposizioni del decreto legislativo basate sul medesimo meccanismo. In conseguenza delle due sentenze del 2018 e 2020, anche l'art. 6, l'art. 9 e l'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 potrebbero domani essere ritenuti in-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Pescara.

(1) Il Tribunale, infatti, aveva considerato «il vizio formale di motivazione del licenziamento in termini di mera ipotesi, ipotesi che egli stesso scarta», con conseguente «irrilevanza» della questione di costituzionalità: C. cost. 8.11.2018, n. 194, in *Dejure*, 11.

costituzionali (2). E, in relazione ai licenziamenti collettivi, la Corte d'Appello di Napoli ha già sollevato la questione dinanzi al giudice delle leggi (3), oltre che con un rinvio alla Corte di Giustizia Ue, anche se quest'ultima ha recentemente affermato la propria incompetenza ad analizzare la questione (4).

La sentenza che si commenta si muove «lungo una linea di continuità» (5) con quella del 2018, anche se introduce alcune novità, connesse all'oggetto del giudizio e anche alla motivazione utilizzata. La decisione, indubbiamente, costituisce un altro tassello nella «parziale demolizione» del d.lgs. n. 23/2015 (6), nella sua parte più significativa. Il d.lgs., infatti, insieme all'ulteriore riduzione, rispetto alla riforma Fornero, dell'ambito di applicazione della tutela reintegratoria, aveva come obiettivo l'introduzione di un sistema indennitario rigidamente legato alla anzianità di servizio. Questo meccanismo deve considerarsi ormai come integralmente superato e mette in discussione tutto l'impianto di una normativa che privilegiava l'obiettivo della certezza del costo del licenziamento in una tipica logica di *Law and Economics*. Tra l'altro, l'innalzamento dell'ammontare massimo risarcitorio a 36 mesi ha incrementato il potenziale innovativo delle decisioni della Corte, perché, nel restituire al giudice la possibilità di modulare l'entità dell'indennità, consente la liquidazione di somme superiori a quelle previste dall'art. 18 St. lav., con un possibile ampliamento delle tutele economiche del lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato.

2. — *L'ambito più ridotto, rispetto alla sentenza n. 194/2018, delle motivazioni utilizzate dalla Corte* — La decisione del 2020, pur se direttamente connessa a quella emessa nei due anni precedenti, tuttavia si caratterizza per una minore ampiezza delle motivazioni utilizzate. Ad esempio, rispetto alla n. 194/2018, non vi sono riferimenti alle fonti europee o internazionali (art. 10 della Convenzione Oil n. 158/1982; art. 30 della Carta dei diritti fondamentali

(2) Molti Autori, dopo la sentenza n. 194/2018, avevano prospettato tale possibilità. Si rinvia, per l'indicazione della dottrina sul punto, alla rassegna di Dagnino 2019, 667-668.

(3) C. App. Napoli 18.9.2019, in q. *Riv.*, II, 291 ss. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 254, depositata il 26.11.2020, ha dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità, in quanto «ha ritenuto che la motivazione sulla rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni sia insufficiente e che non sia stato chiarito il tipo di intervento richiesto alla Corte» (Comunicato dell'Ufficio Stampa, in <http://www.cortecostituzionale.it>). Sulla sentenza della Corte d'Appello, vd., tra gli altri: Caruso 2019, 390 ss.; De Mozzi 2020, 100 ss. (in particolare, per i profili di incostituzionalità, 121 ss.); Roselli 2020a, 2 ss. A questi Autori si rinvia per ulteriore bibliografia.

(4) C. Giust. 4.6.2020, C-32/2020, *Romagnuolo c. Balga Srl*, in *DeJure*, 1 ss. La Corte è stata sollecitata a decidere sul tema anche da T. Milano 5.8.2019, in *DeJure*, 1 ss.

(5) C. cost. n. 150/2020, punto 11.1 del Considerato in diritto.

(6) Caruso 2019, 386.

dell'Unione europea; art. 24 della Carta sociale europea). La Corte non si occupa della possibile incostituzionalità della differenza di disciplina tra assunti prima o dopo il 7 marzo 2015, o della esclusione dei dirigenti, né chiarisce perché non possono analizzare gli eventuali profili di incostituzionalità dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 sul licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale.

Questa differenza è spiegabile con le caratteristiche del giudizio incidentale dinanzi alla Corte. Infatti «in base alla costante giurisprudenza di questa Corte, “l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di remissione. Pertanto, non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice *a quo*, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (*ex plurimis*: sentenze n. 251 del 2017, n. 214 del 2016, n. 231 e n. 83 del 2015)” (sentenza n. 4 del 2018, punto 2, del Considerato in diritto; nello stesso senso, sentenza n. 29 del 2017)» (7).

La lettura delle due ordinanze di remissione dinanzi alla Corte costituzionale del Tribunale di Bari del 18.4.2019 e del Tribunale di Roma del 9.8.2019, ricostruite in modo dettagliato nel loro contenuto dalla sentenza n. 150/2020, dimostra che nessuna delle argomentazioni sopra descritte era stata utilizzata dai giudici rimettenti. E questo spiega perché la Corte si esprime con una lettura meno approfondita dei valori costituzionali in tema di lavoro che costituisce una delle caratteristiche più importanti della sentenza n. 194/2018, con un approccio certamente sollecitato anche dalle questioni poste dalla ordinanza di remissione del 2017 (8).

Tale situazione, peraltro, non esclude che la decisione n. 150/2020 ribadisca alcuni principi importanti, già contenuti nella precedente pronuncia del 2018. E che essa, inoltre, analizzi aspetti ulteriori di grande importanza, particolarmente in relazione alla tutela costituzionale dei requisiti formali e procedurali nella materia dei licenziamenti individuali.

3. — *La possibile incostituzionalità delle soglie massime della indennità risarcitoria* — Nel corso del procedimento dinanzi alla Corte e prima della udienza pubblica di discussione, la parte privata aveva chiesto che la Corte si pronunciasse sulla costituzionalità del tetto massimo di 12 mesi della indennità stabi-

(7) C. cost. n. 194/2018, in *DeJure*, 11. Il principio è stato riaffermato anche in dottrina: cfr., per tutti, Zagrebelsky, Marcenò 128-129.

(8) Ho sottolineato questo aspetto della decisione n. 194/2018 in *Speciale* 2019a, 9 ss.; *Id.* 2019b, 133 ss.

lito dall'art. 4 del d.lgs. n. 23/2015. La questione aveva assunto rilievo a seguito della decisione dell'11.2.2020 del Comitato europeo dei diritti sociali che, in base al ricorso presentato dalla Cgil, aveva ritenuto in contrasto con l'art. 24 della Carta sociale europea la previsione, contenuta nel d.lgs. n. 23/2015, di tetti massimi risarcitori all'indennizzo dovuto in caso di licenziamento ingiustificato, con una censura estensibile anche all'art. 4 del d.lgs. Pertanto, in base a tali argomentazioni, si chiedeva alla Corte «di dichiarare l'illegittimità consequenziale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui sancisce il tetto massimo di dodici mensilità, anziché di trentasei mensilità» (9).

La Corte ha respinto la richiesta, rilevando che «tali censure travalicano e tendono ad ampliare irritualmente il tema del decidere, così come tracciato dall'ordinanza di rimessione» (10).

Si è già detto che, nell'ambito del procedimento poi concluso con la sentenza n. 194 del 2018, la Corte aveva escluso di potersi occupare del problema delle soglie risarcitorie, in quanto riteneva che si trattasse di una censura estranea a quelle sollevate dal Tribunale di Roma. Avevo espresso critiche a questa tesi. Infatti, l'ordinanza di rinvio aveva contestato in linea generale il carattere irrisorio della indennità risarcitoria e non solo il meccanismo di adeguamento automatico connesso all'anzianità di servizio. Con la conseguenza che, quantomeno in relazione al minimo di 4 o 6 mesi, la Corte avrebbe certamente potuto esaminare tale aspetto che rientrava tra i «motivi» espressi dal Tribunale (11).

La questione si pone in modo diverso nel procedimento poi concluso con la sentenza n. 150/2020. In questo caso, infatti, le due ordinanze di rimessione non hanno mai, né direttamente, né indirettamente, fatto riferimento ai limiti minimi e massimi dell'indennità risarcitoria. Le censure si sono concentrate esclusivamente sulla rigidità di un meccanismo basato solo sull'anzianità di servizio, anche perché volevano collegarsi in modo diretto a quanto la Corte costituzionale aveva già statuito nel 2018. La giurisprudenza in tema di individuazione del *petitum* del giudizio di costituzionalità, citata nel par. 2, non consentiva alla Corte di decidere, almeno in questo caso, in modo diverso. Si era in presenza, infatti, di un ampliamento, non ammissibile, del «tema del decidere».

Tuttavia, se è vero che, al momento, il problema delle soglie massime della indennità risarcitoria prevista dal d.lgs. n. 23/2015 non è in discussione, nulla

(9) C. cost. n. 150/2020, cit., parte in Fatto, par. 2.1.

(10) *Ivi*, par. 4 del Considerato in diritto.

(11) Speciale 2019a, 16, a cui rinvio anche per l'approfondimento del concetto di «motivi» in relazione alle questioni di costituzionalità prospettate. In senso critico sulla esclusione della valutazione della costituzionalità delle soglie si sono espressi anche Carinci 2018, 4-5; Cester 2019, 166; Bollani 2019, 217.

impedisce che la questione venga nuovamente sottoposta alla Corte costituzionale, per sollecitare un giudizio autonomo su tali profili. A mio parere, infatti, le argomentazioni sviluppate nelle due sentenze del 2018 e del 2020 sono tali da consentire una valutazione di coerenza con la Costituzione di tali limiti anche in rapporto ai parametri già utilizzati.

In questa sede vorrei svolgere alcune riflessioni sul tema, peraltro già analizzato dalla dottrina (12). Tuttavia, vorrei soprattutto concentrarmi sulle motivazioni espresse dalla Corte con le due sentenze n. 194 e n. 150, per verificare se in esse sia possibile trovare elementi che consentano, in un futuro giudizio, di esprimere una previsione su ciò che la Corte potrebbe decidere. Infatti, è assai plausibile che, a fronte di due pronunce sul contratto a tutele crescenti così rilevanti e recenti, difficilmente i giudici costituzionali si discosterebbero da quanto hanno appena affermato.

Un primo percorso argomentativo è legato alla necessità, in base al principio di eguaglianza, di evitare una «ingiustificata omologazione di situazioni diverse» e di rispondere alla «esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore» (13). Queste argomentazioni sono ovviamente incompatibili con l'esistenza di soglie di risarcimento massime. Esse, infatti, con le loro somme predeterminate, necessariamente determinano la indebita «omologazione» e l'assenza di «personalizzazione» che la Corte vuole evitare. I «tetti», infatti, forfettizzano in misura uguale il pregiudizio che, a parità di condizioni, potrebbe essere molto diverso, con riferimento sia al danno patrimoniale a cui è riferita l'indennità sia a quello non patrimoniale. È altresì vero che la Corte, sempre in relazione al principio di eguaglianza, ma sotto il diverso profilo della ragionevolezza, ha ritenuto il limite di 24 e 36 mesi coerente con l'adeguatezza del risarcimento, mentre nulla ha detto sulla soglia minima di quattro e sei mesi (14). Tuttavia, questa argomentazione si pone in evidente contraddizione con quanto sostenuto in precedenza in relazione all'altro aspetto garantito dall'art. 3 Cost. (la necessità di trattamenti differenti a fronte di situazioni diverse). E, in relazione a tale caratteristica del principio di eguaglianza, non vi è dubbio che la soglia massima realizzerebbe quella «uniformità omologante» che i giudici hanno ritenuto essere incostituzionale.

Il discorso è più complesso in rapporto ai «tetti» dell'indennità e in considerazione delle ragioni, enucleate dalla Corte, in tema di adeguatezza del risarci-

(12) Cfr., tra gli altri, gli Autori citati nella precedente nota.

(13) C. cost. n. 194/2018, cit., 17-18; C. cost. n. 150/2020, cit., par. 12 del Considerato in diritto, con riferimento anche alla necessità dell'«apprezzamento della particolarità del caso concreto» (ivi, par. 13).

(14) Sull'adeguatezza del limite di 24 e 36 mesi, vd. C. cost., n. 194/2018, cit., 18.

mento e della sua funzione anche dissuasiva e sanzionatoria (15). Per quanto attiene al tetto dei 36 mesi in caso di recesso ingiustificato, i giudici costituzionali hanno «più volte affermato che “la regola generale della integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale” (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l’adeguatezza del risarcimento (sentenza n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)» (sentenza n. 303 del 2011, punto 3.3.1 del Considerato in diritto) (16). La soglia massima è certamente elevata, soprattutto se paragonata alla stessa «monetizzazione» del licenziamento connessa alla indennità sostitutiva della reintegrazione (15 mesi) e idonea, dunque, a realizzare sia l’effetto di deterrenza, sia il risarcimento del danno subito. E questo spiega perché la Corte, come si è detto, si sia già pronunciata nel senso dell’adeguatezza dei 24 e 36 mesi (17).

Le conclusioni potrebbero essere diverse in relazione alle fonti internazionali. La Corte ha già escluso il riferimento all’art. 10 della Convenzione Oil n. 158/1982, in quanto non ratificata dall’Italia (18), ed è difficile che cambi il proprio orientamento. I giudici costituzionali si sono espressi in senso negativo anche sulla possibile utilizzazione dell’art. 30 della Carta di Nizza per mancanza di una direttiva o di altra fonte attuativa del diritto dell’Unione, in coerenza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e della stessa Corte costituzionale (19). In verità vi sono opinioni che ritengono applicabile l’art. 30 anche in assenza di una direttiva (20). Tuttavia il diverso orientamento delle due Corti sopra indicate difficilmente non sarà seguito dai giudici delle leggi. Senza dimenticare, poi, che, in considerazione della genericità dell’art. 30, non sarebbe semplice utilizzare la disposizione per contestare l’adeguatezza dei massimi risarcitori (21).

(15) L’indennità, infatti, svolge una funzione «di ristoro del pregiudizio arrecato dal licenziamento illegittimo», a cui «si affianca anche quella sanzionatoria e dissuasiva (sentenza n. 194, punto 12.3 del Considerato in diritto)» (C. cost. n. 150/2020, cit., par. 13 del Considerato in diritto). Vi deve essere, inoltre, l’«adeguatezza del risarcimento forfettizzato» (C. cost. n. 194/2018, cit., 18).

(16) C. cost. n. 194/2018, cit., 18.

(17) Anche se vi sono state critiche sulla mancata argomentazione, da parte della Corte, sulla legittimità costituzionale del limite massimo: Carinci 2018, 17-18; Pallini 2019, 173.

(18) C. cost. n. 194, cit., 13.

(19) C. cost. n. 194, cit., 15, con indicazione di molti precedenti.

(20) Si vedano le osservazioni di Pedrazzoli 2017, 597-598; Buffa 2015, 43 ss.; Di Michele 2015, 41 ss. Cfr. anche Caruso 2019, 385, nota 12 (con ulteriore bibliografia sul punto).

(21) Avevo già espresso questa opinione (Speziale, 2018, 51, nota 130, con indicazioni di altri Autori concordi su tale aspetto).

In realtà è soprattutto l'art. 24 della Cser a rendere illegittime le soglie massime di risarcimento previste dal d.lgs. n. 23/15. La Corte costituzionale ha già affermato «l'idoneità della Carta [...] a integrare il parametro dell'art. 117, c. 1, Cost.», cioè quale disposizione per valutare se lo Stato italiano, nella sua legislazione, rispetta i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» (22). Essa inoltre ha valorizzato «l'autorevolezza delle decisioni del Comitato» europeo dei diritti sociali, «ancorché non vincolanti per i giudici nazionali (sentenza n. 120 del 2018)» (23). Queste pronunce hanno messo in rilievo che il «congruo indennizzo» previsto dall'art. 24 impone un sistema risarcitorio che sia «dissuasivo e, al tempo stesso, congruo rispetto al danno subito» (24). Il Comitato in verità ha anche fornito parametri assai precisi in relazione alla congruità dell'indennizzo. In tale ambito, la recente decisione dell'11.9.2019 a seguito del ricorso della Cgil (n. 158/17), riconfermando altri precedenti in materia, ha censurato il d.lgs. n. 23/15 in quanto prevede limiti «massimi» al risarcimento, ritenendo che essi non siano coerenti con l'art. 24 (25). Ed è importante osservare come tale opinione sia stata espressa anche prendendo in considerazione la sentenza della Corte n. 194/2018, a riprova di come tale orientamento sia consolidato e dell'esistenza di una difformità di vedute, sul punto, rispetto ai nostri giudici costituzionali (26).

In verità la Corte potrebbe ribadire il suo orientamento sulla legittimità di una soglia massima risarcitoria in considerazione del carattere non vincolante delle decisioni del Comitato sociale europeo. Ho cercato di illustrare le ragioni per cui, anche se manca una disposizione come l'art. 46 Cedu (che fonda l'autorità di *res iudicata* delle sentenze della Corte Edu), le pronunce del Comitato costituiscono un vero e proprio «vincolo giuridico» conseguente a un Trattato

(22) C. cost. n. 194, cit., 19, che richiama l'altra decisione della Corte n. 120 del 2018. Su tali aspetti, vd.: Speciale 2018, 53 (con ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza); Giubboni 2020, 340; Mola 2020, 357 (a questi due Autori si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche); Orlandini 2019, 103 ss.; *Id.* 2020, 8. Nel saggio del 2018, in coerenza con l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma del 2017, avevo sottolineato il carattere fondamentale dell'art. 24 Cser ai fini della questione di costituzionalità (Speciale 2018, 51 ss.).

(23) C. cost. n. 194, cit., 19. Molti Autori hanno valutato positivamente il ricorso all'art. 24 da parte della Corte: si rinvia alla rassegna di Dagnino 2019, 663, e a Orlandini 2019, 109 ss.

(24) C. cost. n. 194/2018, cit., 19. La Corte fa qui riferimento alla decisione del Comitato europeo del 2017 relativa alla Finlandia.

(25) La pronuncia del Comitato è riferita alle soglie massime connesse sia all'assenza di giustificazione, sia ai vizi formali e procedurali: vd. punto 103. Su tale decisione, vd.: Giubboni 2020, 340 ss.; Mola 2020, 356 ss.; Perrone 2020, 3 ss.; Orlandini 2020, 1 ss.

(26) Lo rilevano Perrone 2020, 9 e Orlandini 2020, 5.

(quello sulla Carta sociale) recepito dall'Italia. E mi sono sforzato di dimostrare che, anche sul piano strettamente interpretativo, le decisioni del Comitato esercitano un vincolo certamente non equiparabile a una sorta di *soft law* (27). Tuttavia l'opinione prevalente, tra gli studiosi di Diritto del lavoro e internazionale, è diversa (28).

In ogni caso, l'autorevolezza delle decisioni del Comitato imporrebbe alla Corte costituzionale e a quella di Giustizia «di tenere in debita considerazione la decisione del Ceds, discostandone, se del caso, con adeguata motivazione» (29). D'altra parte i giudici delle leggi hanno già espresso, in relazione all'art. 24 della Carta sociale, la necessità di una lettura integrata «tra fonti» europee e costituzionali, al fine di assicurare «le tutele da esse garantite» (30). E, in relazione alla Carta di Nizza, ma con principi certamente estensibili anche alla Carta sociale a cui la prima si ispira e che ne costituisce il completamento (31), la Corte costituzionale ha più volte affermato questa lettura sinergica tra fonti, «affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico» (32). Infatti, vi è una «connessione inscindibile tra principi e diritti costituzionali [...] e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici. Spetta dunque a questa Corte salvaguardarli in una prospettiva di massima espansione» (33).

La Corte costituzionale, nel contesto di un'armonizzazione dei principi costituzionali e di quelli espressi dall'art. 24 in una «prospettiva di massima espansione» dei diritti del lavoratore, potrebbe valorizzare le decisioni del Comitato come «interprete autentico» della Carta sociale. Il che potrebbe dunque sugge-

(27) Secondo quanto affermato da Perrone 2020, 9 e da altri Autori. Per l'analisi degli aspetti indicati nel testo rinvio a Speciale 2018, 56 ss.

(28) Cfr. gli Autori citati nella nota 26, a cui *adde* Borlini, Crema 2018, 86 ss. La mia interpretazione è stata fatta propria anche da T. Milano 5.8.2019, cit., 5 (con riferimento all'art. 31 della Convenzione di Vienna).

(29) Giubboni 2020, 147. In senso analogo Orlandini 2020, 8 (con altra dottrina conforme).

(30) C. cost. n. 194/2018, cit., 19.

(31) T. Milano 5.8.2019, in *DeJure*, 5, con riferimento anche alle «Spiegazioni» (2007/C 303/02) allegata alla Carta di Nizza, dove si specifica che l'art. 30, sul licenziamento, «si ispira all'articolo 24 della Carta sociale riveduta». In senso analogo, C. App. Napoli 18.9.2019, cit., 10.

(32) C. cost. n. 269/2017, in *DeJure*, paragrafo 5.2 del Considerato in diritto.

(33) C. cost. 8.7.2020, n. 182, ord., par. 3.1 del Considerato in diritto. Questa ordinanza, insieme alla sentenza citata nella nota precedente (e ad altre ancora), si lega al profilo della «doppia pregiudizialità». Su questo tema si veda, per tutti: Caruso 2019, 390 ss.; Cosio 2020, 18 ss. (a cui si rimanda per l'amplessissima bibliografia, anche non lavorista, sul tema).

rire un ripensamento dei giudici delle leggi in relazione al limite dei 36 mesi (34). Tuttavia, quanto affermato nella sentenza n. 194/2018 potrebbe costituire un ostacolo rilevante a una diversa conclusione (35).

La questione si pone anche per altre soglie massime stabilite dal d.lgs. n. 23/2015. Si pensi, ad esempio, ai sei mesi previsti dall'art. 9 per le piccole imprese (ma lo stesso può dirsi per l'art. 8 della l. n. 604/66). In questo caso l'importo, di poco superiore al periodo di preavviso previsto dai contratti collettivi per gli impiegati, rende il licenziamento molto simile a quello effettuato ai sensi dell'art. 2118 c.c. (36) La Corte costituzionale si è espressa più volte sul principio della «necessaria giustificazione del recesso» (37) e sul divieto del licenziamento *ad nutum* quale espressione della tutela della «continuità del lavoro» (38). Tali principi impongono una indennità risarcitoria che abbia un contenuto che determini una evidente discontinuità con la disciplina dell'art. 2118 c.c. Con la conseguenza che la sanzione economica deve essere nettamente superiore a quanto dovuto a titolo di preavviso. In caso contrario, infatti, una differenza molto ridotta non sarebbe in grado di esprimere la necessaria intensità della tutela, alla luce dei principi costituzionali coinvolti e della necessità di superare definitivamente la regola del libero recesso.

D'altra parte, i 6 mesi sono incompatibili sia con la funzione risarcitoria dell'indennità, sia con quella sanzionatoria e dissuasiva. L'esiguità degli importi spettanti al lavoratore depone nettamente in tal senso. Inoltre, in questo ambito la recente sentenza n. 150 del 2020 offre un preciso riferimento. La Corte, infatti, analizzando l'indennità dovuta nel caso di vizi formali e procedurali, afferma che «nei casi di anzianità modesta [...] si riducono in modo apprezzabile sia la funzione compensativa sia l'efficacia deterrente della tutela indennitaria. Né all'inadeguatezza del ristoro riconosciuto dalla legge può sempre porre rimedio la misura minima dell'indennità» (39). Ora, in base al meccanismo dei due mesi per ogni anno di anzianità (da aggiungere al minimo), i 6 mesi sicuramente configurano proprio un'ipotesi di un lavoratore con «anzianità modesta», non superiore a tre anni se ai due mesi di soglia se ne aggiungono altri due

(34) Queste conclusioni dovrebbero comunque essere accolte quando il periodo temporale tra licenziamento e sentenza ecceda i 24 o 36 mesi (Speziale 2019a, 21).

(35) Si veda, ad es., Giubboni (2020, 349), che parla di uno «scenario [...] sommarmente improbabile».

(36) Avevo già analizzato questo aspetto in Speziale 2018, 40 ss.

(37) C. cost. n. 194/2018, cit., 16, con indicazione della giurisprudenza costante della Corte.

(38) Sono parole di C. cost. n. 45/1965, richiamate espressamente da C. cost. n. 194/2018, cit., 16.

(39) C. cost. n. 150/2020, cit., par. 13.1 del Considerato in diritto.

per ogni anno. Il che rende il limite indicato, a giudizio della Corte, sicuramente inadeguato, con un'argomentazione estensibile alle disposizioni che fissano in sei mesi la soglia massima risarcibile.

Queste conclusioni sono ovviamente rafforzate alla luce dell'art. 24 della Carta sociale. In questo caso è sufficiente rinviare a quanto già detto. Oltretutto, è la stessa formulazione della disposizione che suggerisce tale esito interpretativo. L'art. 24, con la disgiuntiva «o», fa chiaramente intendere che l'indennizzo è un equivalente funzionale di «altra adeguata riparazione». In tutti gli ordinamenti giuridici europei le sanzioni in caso di licenziamento illegittimo si fondano o su forme di risarcimento del danno o su tecniche di tipo ripristinatorio (riassunzione/reintegrazione). E questo spiega perché la Carta sociale, in coerenza con tale realtà giuridica, li preveda in via alternativa. In questo contesto il «congruo indennizzo» deve svolgere una funzione, se non identica, quantomeno analoga alle forme diverse di «riparazione». Ne deriva che esso debba avere una elevata consistenza economica tale da consentirne l'accostamento alla reintegra/riassunzione, al fine di svolgere la medesima finalità deterrente e risarcitoria. La giurisprudenza del Comitato si basa anche su tale equivalenza (40). È evidente che i 6 mesi non sono coerenti con tali argomentazioni anche si volesse assumere, quale parametro della reintegrazione, l'indennità sostitutiva di 15 mesi.

Un problema di illegittimità della soglia massima si pone anche per i 12 mesi previsti dall'art. 4 del d.lgs. n. 23/15 in caso di violazioni formali e procedurali. Tornerò su tale aspetto.

4. — *Il fondamento costituzionale delle norme sulle forme e procedure in tema di licenziamento* — La Corte afferma che le prescrizioni formali in tema di licenziamento «rivestono una funzione di garanzia, ispirata a valori di civiltà giuridica [...]. La conoscibilità delle norme disciplinari, la preventiva contestazione dell'addebito, il diritto del lavoratore di essere sentito non sono vuote prescrizioni formali, ma concorrono a tutelare la dignità del lavoratore». «Il contraddittorio “esprime un valore essenziale per la persona del lavoratore” (sentenza n. 364 del 1991 [...]) e anche l'obbligo di motivazione risponde ad analoghe esigenze di tutela» (41). Questi requisiti formali e procedurali «sono ri-

(40) Avevo sottolineato tale aspetto in Speciale 2018, 53-54. In tal senso anche Orlandini 2020, 5 ss. Il Tribunale di Milano (ord. 5.8.2019, cit.) ha rilevato che «secondo il Comitato europeo il rimedio compensatorio, qualora previsto in via alternativa rispetto al rimedio reintegratorio, può essere considerato adeguata forma di tutela soltanto quando sia [...] tale da assorbire l'equivalente economico del valore del posto di lavoro illegittimamente perduto [corsivo mio], senza esaurirsi necessariamente in esso» (in *DeJure*, 6).

(41) C. cost. n. 150/2020, cit., parr. 7 e 8 del Considerato in diritto.

conducibili al principio di tutela del lavoro enunciato dagli artt. 4 e 35 Cost., che impone al legislatore di circondare di “doverose garanzie” e di “opportuni temperamenti” il recesso del datore di lavoro (sentenza n. 45 del 1965 [...]), come questa Corte ha ribadito da ultimo nella sentenza n. 194 del 2018». Infatti il licenziamento, se non esercitato in forme determinate e nel rispetto del principio del contraddittorio, «può incidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore» (42).

I giudici costituzionali, in coerenza con altre decisioni precedenti, attribuiscono ai requisiti formali e procedurali lo stesso valore di quelli sostanziali. E tale affermazione si inserisce in una lettura della tutela del lavoro nella Costituzione come «strumento della personalità dell'individuo [...] e, al contempo, come espressione della pari dignità sociale» e «umana». Vi è qui il richiamo al «fondamento lavorista della Repubblica italiana» (43) e al suo significato di «principio di struttura, necessario all'individuazione e definizione dell'ordinamento italiano vigente» (44), che giustifica «specifiche garanzie e azioni positive a tutela del lavoro» (45). La Corte riafferma qui la stessa visione del lavoro già espressa nella sentenza n. 194 del 2018 e la esigenza di una protezione che certamente riguarda «anche» i lavoratori subordinati (46). Una visione che, come ho già avuto modo di rilevare, proietta i suoi effetti anche al di là della disciplina dei licenziamenti e mette radicalmente in discussione politiche legislative ispirate a una visione prevalentemente economica del lavoro (47). E non è certamente un caso che le decisioni della Corte abbiamo messo in discussione un meccanismo di adeguamento automatico della indennità risarcitoria, ispirato al principio della certezza del *firing cost*, in una logica tipica dell'approccio di *Law & Economics* seguito dal d.lgs. n. 23/2015 (48).

La violazione degli interessi di rilievo costituzionale sopra richiamati non ri-

(42) *Ivi*, par. 8 del Considerato in diritto, con riferimento a C. cost. n. 427/1989.

(43) Le citazioni nel testo sono riferite ad Apostoli 2020, 16-17 e 9.

(44) Crisafulli 1951, 166.

(45) *Id.* 1985, 302.

(46) Mi sembra, infatti, che le tutele costituzionali debbano essere estese anche al di là del lavoro subordinato, superando la impostazione «classista». Si vedano, per tutti: Apostoli 2020, 14 ss.; Martelloni 2020, 404 ss.; Nogler 2020, 145 ss. (nell'ambito, peraltro, di una critica al «principio lavorista»).

(47) Ho già esaminato questi aspetti in Speciale 2019a, 9 ss.; *Id.* 2019b, 114 ss. (a cui rinvio per le indicazioni bibliografiche). Sulla sentenza n. 194/2018, vd. ora anche Maio 2020, 798 ss.

(48) Molti Autori hanno letto la sentenza della Corte come la «riaffermazione del valore (costituzionale) del lavoro in contrasto con le teorie economiciste e mercatiste della *law & economics*» (Dagnino 2019, 662, con indicazione della dottrina). Su tale aspetto, cfr. anche Maio 2020, 811 ss. e 815 ss. (sulla certezza del diritto e la sua «calcolabilità»).

chiede necessariamente una sanzione di tipo ripristinatorio, perché il legislatore può anche «modulare la tutela in chiave eminentemente monetaria, attraverso la predeterminazione dell'importo spettante al lavoratore», anche se «non può trascurare la valutazione della specificità del caso concreto» (49). La considerazione degli interessi in gioco sottolineata dalla stessa Corte mette in rilievo l'adeguatezza del tetto risarcitorio dei 12 mesi. La forma del licenziamento e il contraddittorio sono «valori di civiltà giuridica» che incidono sulla «dignità del lavoratore» e sulla sua «sfera morale e professionale». In tale ambito la scelta del legislatore – che riconosce un massimo risarcitorio pari a un terzo della soglia stabilita in caso di recesso ingiustificato – rende evidente la inadeguatezza della sanzione, in quanto sproporzionata rispetto alla violazione. Il carattere fondamentale del diritto di difesa, che nella stessa impostazione dei giudici costituzionali ha un'importanza certamente non inferiore all'assenza di giustificazione, avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta nel caso di recesso illegittimo dal punto di vista sostanziale. Senza dimenticare che, in questo modo, anche l'effetto dissuasivo è molto limitato.

D'altra parte, le considerazioni svolte acquisiscono un valore ancora più importante nel caso di licenziamento disciplinare privo di qualsiasi contestazione. Queste ipotesi, in coerenza con quanto la Cassazione ha stabilito in relazione all'art. 18, l. n. 300/1970, richiederebbe una sanzione ripristinatoria (50). Tuttavia, se la Corte confermasse la discrezionalità del legislatore nella scelta di una tutela economica, in questo caso la totale oblitterazione dei «valori di civiltà giuridica» e della «dignità» del lavoratore imporrebbe a maggior ragione un *quantum* risarcitorio equivalente (o di poco inferiore) all'assenza di giustificazione del recesso. E, in coerenza con quanto si è detto sull'art. 24 della Carta sociale, bisognerebbe escludere qualsiasi «tetto» massimo.

5. — *La illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23/2015* — La sentenza n. 120/2020 censura la disposizione sui vizi formali e procedurali in base alle argomentazioni espresse nella precedente decisione n. 194 del 2018. Il meccanismo di determinazione dell'indennità, «non attua un equilibrato contemperamento tra i diversi interessi in gioco». Esso in primo luogo, in quanto basato sulla sola anzianità di servizio, viola l'art. 3 Cost. per «irragionevolezza intrinseca». Il «disvalore del licenziamento affetto da vizi formali e procedurali [...] non può esaurirsi nel mero calcolo aritmetico della anzianità di servizio», ma richiede la considerazione di altri fattori già utilizzati da legislatore, come la

(49) C. cost. n. 150/2020, cit., par. 9 del Considerato in diritto.

(50) Cass. 24.2.2020, n. 4879, in *Defure*, 3 ss.; Cass. 14.12.2016, n. 25745, in *Defure*, 2.

diversa gravità delle violazioni ascrivibili al datore di lavoro, il numero degli occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti. «Nell'appiattire la valutazione del giudice sulla verifica della sola anzianità di servizio, la disposizione in esame determina un'indebita omologazione di situazioni che, nell'esperienza concreta, sono profondamente diverse e così entra in conflitto con il principio di eguaglianza» (51).

La violazione dell'art. 3 Cost. si manifesta anche in relazione all'«adeguatezza dei rimedi», visto che l'indennità, oltre a compensare il danno subito, svolge anche una funzione «sanzionatoria e dissuasiva» (52). La protezione dei valori costituzionali connessi ai requisiti formali e procedurali del licenziamento, già analizzati (par. 4), non può essere realizzata con una indennità ancorata «in via esclusiva alla anzianità di servizio». Un tale sistema «non compensa il pregiudizio arrecato dall'inosservanza di garanzie fondamentali e neppure rappresenta una sanzione efficace, atta a dissuadere il datore di lavoro dal violare le garanzie prescritte dalla legge. Proprio perché strutturalmente inadeguato, il congegno delineato lede il canone della ragionevolezza», con una «incongruenza» che «si coglie in maniera ancora più evidente nei casi di anzianità modesta» (53).

L'inadeguatezza dei rimedi comporta la lesione «anche della tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost.)», in quanto «la giusta procedura di licenziamento [è] diretta a salvaguardare pienamente la dignità del lavoratore» (54).

La Corte, infine, con qualche ulteriore specificazione richiama gli stessi parametri di legge indicati nel 2018 e che devono essere utilizzati al fine della quantificazione della indennità (par. 7).

6. — *Alcune considerazioni sulle due sentenze della Corte costituzionale* — Il richiamo espresso agli esiti interpretativi già raggiunti nel 2018 impone qualche considerazione sulla sentenza n. 194/2018, senza la quale la decisione del 2020 non vi sarebbe stata (almeno con questo contenuto). La pronuncia dei due anni precedenti è stata oggetto di «una molteplicità di commenti e analisi “critiche”» (55), in numero tale da rendere impossibile «riferirne in dettaglio» (56). Una simile attenzione non deve stupire, in considerazione dell'importanza della sen-

(51) Le frasi riportate nel testo sono contenute nella sentenza della C. cost. n. 150/2020, cit., rispettivamente nei parr. 10, 11.4 e 12 del Considerato in diritto.

(52) Vd. *retro*, nota 16.

(53) C. cost. n. 150/2020, cit., parr. 13 e 13.1 del Considerato in diritto.

(54) *Ivi*, par. 14 del Considerato in diritto.

(55) Dagnino 2019, 655.

(56) Caruso 2019, 382, nota 2.

tenza, che, a mio giudizio, ha un valore che si estende anche oltre la sola materia dei licenziamenti. Nella impossibilità anche di abbozzare un'analisi di tutte le varie posizioni (57), mi limiterò ad alcune considerazioni.

Una prima osservazione riguarda le tecniche utilizzate dalla Corte, che, anche in questo caso, si è mossa secondo linee di continuità con la sua giurisprudenza: l'utilizzazione di alcune disposizioni costituzionali come parametro diretto della valutazione di costituzionalità e il bilanciamento o contemperamento degli interessi in conflitto (lavoro e impresa) (58); la lettura dei valori costituzionali alla luce soprattutto dei precedenti già emessi dalla Corte, che conferma come «il diritto costituzionale si caratterizza, essenzialmente, come “diritto giurisprudenziale”» (59), in un contesto in cui il «ruolo preponderante della Corte nell'interpretazione costituzionale è indiscutibile» (60); il riferimento a fonti sovranazionali (quando applicabili) e alla giurisprudenza delle Corti europee in un «dialogo» diretto ad assicurare «la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»; la necessità, prima della valutazione di costituzionalità, che il giudice ordinario verifichi una possibile interpretazione adeguatrice conforme a Costituzione e l'impossibilità di adottarla «alla luce dell'univoco dato testuale della disposizione censurata» (61); l'utilizzazione del principio di eguaglianza sotto una pluralità di profili (irragionevolezza intrinseca, indebita omologazione di situazioni che avrebbero richiesto discipline diverse, adeguatezza dei rimedi).

Per quanto riguarda i contenuti, mi sembra che la Corte adotti una lettura della tutela del lavoro nella Costituzione quale diritto fondamentale e strumento di realizzazione della personalità umana «cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele» (62). L'importanza fondamentale di questa interpretazione è stata già analizzata (63). In relazione ai licenziamenti, la Corte ha

(57) Una panoramica utile della dottrina e delle diverse interpretazioni in Dagnino 2019, 654 ss.

(58) Nella disciplina dei licenziamenti, infatti, vi è la necessità di realizzare «un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro» (C. cost. n. 194/2018, cit., 18). Sul «bilanciamento» costituzionale, vd.: Morrone 2008, 185 ss.; Speciale 2019b, 128, 130 ss.; Maio 2020, 796, 805 ss. (questo Autore in generale e in relazione alla sentenza n. 194).

(59) Baldassarre 2007, 27.

(60) Modugno 2005, 8.

(61) C. cost. n. 150/2020, cit., par. 3.3 del Considerato in diritto.

(62) C. cost. n. 194/2018, cit., 16.

(63) Mi permetto di rinviare a Speciale 2019a, 9 ss.; *Id.* 2019b, 137 ss. (con varie indicazioni bibliografiche). Sul tema, oltre agli Autori citati nelle note da 44 a 48, cfr. anche Caruso 2019, 383 e 389-390.

inviato un segnale forte al legislatore e a tutti gli operatori del diritto. In primo luogo la conferma che il licenziamento è un evento «in sé sempre traumatico» (64), tale da imporre, oltre alla «necessaria giustificazione del recesso» (65), la possibilità di tecniche di tutela non necessariamente ripristinatorie ma «anche in chiave esclusivamente monetaria» (66). Tuttavia, sempre in coerenza con i propri precedenti giurisprudenziali, la Corte esprime la sua contrarietà agli «automatismi legislativi che precludano al giudice valutazioni individualizzate, calibrate sul singolo caso e necessarie ad assicurare una concreta attuazione del principio di proporzionalità» (67).

La disciplina in materia di recesso, sia nei suoi profili sostanziali sia in quelli formali e procedurali, tutela «l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione», comporta il «forte coinvolgimento della persona umana» (68), deve proteggere «la (sua) dignità» (69), correggere «un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro» e garantire l'esercizio di diritti fondamentali del lavoratore «di libertà sindacale politica e religiosa» (70). La tutela economica, se realizzata con meccanismi risarcitori, deve essere adeguata, con un criterio che riguarda innanzitutto il *quantum* (71). La rilevanza degli interessi coinvolti, d'altra parte, impone una polifunzionalità del danno, dove, accanto alla funzione riparatoria, si affiancano quelle dissuasiva e sanzionatoria, con profili che, ancora una volta, devono incidere sull'entità della indennità (72). A giudizio della Corte, inoltre, anche l'art. 24 della Carta sociale, secondo le interpretazioni autorevoli ma non vincolanti del Comitato europeo, impone un indennizzo che è «congruo» solo nella misura in cui garantisca «un adeguato ristoro» per il pregiudizio subito e dissuada «il datore di lavoro dal licenziare ingiustificatamente» (73).

(64) C. cost. n. 150/2020, cit., par. 13 del Considerato in diritto; C. cost. n. 194/2018, cit., 17. In tal senso anche Perulli 2019, 339 ss., e Caruso 2019, 389.

(65) C. cost. n. 194/2018, cit., 16.

(66) C. cost. n. 150/2020, cit., par. 9 del Considerato in diritto.

(67) Perrone 2020, 8, con indicazione dei precedenti della Corte sul tema. Su tali aspetti, vd. anche Caruso 2019, 383 (con ulteriori riferimenti bibliografici); Maio 2020, 813 ss.

(68) C. cost. n. 194/2018, cit., parr. 6 e 17.

(69) C. cost. n. 150/2020, cit., par. 14 del Considerato in diritto.

(70) C. cost. n. 194/2018, cit., 18 e 19.

(71) Vd. par. 7. Ho già sottolineato la novità dell'approccio della Corte, che, per la prima volta, si occupa della costituzionalità dell'ammontare del risarcimento, con l'individuazione dei principi applicabili in materia (Speziale 2019a, 14).

(72) Su tali aspetti vd., per tutti, Roselli 2020b, 3 ss., e Raimondi 2019, 1 ss. (a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici).

(73) C. cost. n. 194/2018, cit., 19.

Questi principi, a mio giudizio condivisibili, costituiscono ormai una sorta di «diritto vivente» in materia di licenziamenti. E non credo che le varie critiche espresse da una parte consistente della dottrina (alcune anche da me avanzate) saranno in grado di influenzare, almeno nel breve periodo, la Corte. I giudici costituzionali, tuttavia, in base agli stessi orientamenti espressi con le due sentenze del 2018 e 2020 e con altre importanti decisioni, potrebbero ulteriormente intervenire su aspetti importanti della materia. Penso, ad esempio, come ho già detto, alla questione dei tetti massimi risarcitori, sia in considerazione del principio di eguaglianza, sia in rapporto all'art. 24 della Carta sociale europea, e alla valorizzazione delle decisioni del Comitato, nell'ottica della «massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico». Mentre, ovviamente, sviluppi ulteriori potrebbero essere conseguenti all'eventuale accoglimento di profili diversi da quelli esaminati, in relazione, ad esempio, al principio di non discriminazione (74).

La Corte, peraltro, ha anche invitato il legislatore a «ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee» (75). Questo monito, che riprende quanto affermato dalla dottrina (76), non esclude che un nuovo intervento legislativo dovrebbe tenere conto «delle indicazioni emanate in più occasioni da questa Corte» (77). La reintegrazione, che alla luce delle stesse indicazioni del Comitato europeo per i diritti sociali dovrebbe costituire a mio giudizio la sanzione ordinaria per i vizi formali e sostanziali del licenziamento di maggiore gravità, non è per la Corte costituzionalmente «obbligata». Tuttavia l'opzione indennitaria dovrà tenere conto delle indicazioni già scaturite dai precedenti giurisprudenziali in materia (divieto di automatismi legislativi, adeguatezza dell'indennizzo ecc.). Il che implica la previsione di somme elevate, in coerenza con la pluralità di funzioni spettanti alla indennità e ai «beni costituzionali» tutelati dalla disciplina del licenziamento.

7. — *I parametri legali per la quantificazione dell'indennità risarcitoria* — La Corte, in continuità con la sentenza n. 194/2018, individua i criteri in base ai quali deve essere predeterminata dal giudice l'indennità risarcitoria. Anche in questo caso la decisione li desume da quelli contenuti in altre norme in materia

(74) Questo aspetto di possibile incostituzionalità è stato affermato da C. App Napoli 18.9.2019 (punti 98 ss.), in *DeJure*, 10. La Corte, tuttavia, come si è detto, ha dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità in relazione all'art. 10 del d.lgs. n. 23/15 (vd. nota 4).

(75) C. cost. n. 150/2020, cit., par. 17 del Considerato in diritto.

(76) In tal senso, ad es., De Luca Tamajo (2018, 637), che sottolinea l'opportunità di un intervento legislativo che razionalizzi la materia. Un auspicio espresso anche da molti altri Autori (indicati da Dagnino 2019, 668).

di licenziamenti, per riconnettersi alle scelte già effettuate dal legislatore e dare una coerenza sistematica alla materia. Inoltre, l'intento è quello di limitare la (inevitabile) discrezionalità del magistrato all'interno di alcuni parametri e di evitare valutazioni arbitrarie o eccessivamente differenziate in rapporto a casi uguali o simili. I criteri sono gli stessi già individuati nel 2018 (oltre all'anzianità di servizio, il numero degli occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti), a cui si aggiunge la «gravità della violazione formale o procedurale» di cui all'art. 18, c. 6, St. lav. Una specificazione, anche questa, legata alla peculiarità del caso concreto e che introduce un elemento ulteriore di valutazione, di cui il giudice dovrà necessariamente tenere conto.

Nel dibattito che si è sviluppato sulla sentenza n. 194/2018, si è discusso sul carattere vincolante o meno di questi criteri, che, secondo alcuni Autori, non sono ricompresi nel dispositivo, ma solo nella motivazione, e per tale ragione non sono giuridicamente obbligatori (78). Avevo espresso, con altri, l'opinione contraria (79). La questione, dal punto di vista giuridico, è assai complessa, ed è connessa alle caratteristiche delle sentenze di accoglimento parziale della incostituzionalità, in relazione al loro carattere additivo, manipolativo o ablativo. Tale complessità ne impedisce una trattazione esauriente in questa sede. Tuttavia, sul piano pratico, la questione perde rilievo. Si era già sottolineato, infatti, che difficilmente i giudici non si sarebbero attenuti ai criteri della Corte (80). E questo è quanto si è puntualmente verificato. In una raccolta di sentenze in materia di licenziamento successive alla decisione della Corte costituzionale del 2018, aggiornata al 2019, la lettura delle motivazioni dimostra che i giudici di merito hanno sempre fatto riferimento alla Corte costituzionale e ai criteri da essa enucleati (81). D'altra parte avrebbe stupito il contrario. L'autorevolezza della fonte e il grado di specificità della motivazione rendono assai difficile non tenerne conto, con un effetto analogo a quanto si verifica per le sentenze «monito» della Corte costituzionale (82). Un monito qui rivolto non

(77) C. cost. n. 150/2020, cit.

(78) Tra questi, ad es.: Tosi 2019, 254; Bollani 2019, 224; Maio 2020, 819. Questa opinione è condivisa anche da altri Autori (indicati da Dagnino 2019, 665).

(79) Speciale 2019a, 18 ss.

(80) De Luca Tamajo 2018, 639; Visonà 2020, 124 (e gli altri Autori indicati da Dagnino 2019, 666).

(81) Le sentenze, raccolte dal dott. Sordi, sono reperibili sul sito della Commissione di certificazione di Roma 3 (*sub Fascicolo licenziamenti 4-XII-2019*).

(82) In relazione a tali aspetti, ma anche al difficile problema del carattere vincolante o meno della motivazione nelle sentenze di accoglimento parziale della eccezione di incostituzionalità, cfr. Zagrebelsky, Marcenò 2018, 231 ss., 251.

solo al legislatore, ma anche ai giudici. Non penso, dunque, che sia possibile utilizzare criteri diversi da quelli indicati dai giudici costituzionali (83).

In questo contesto, in relazione al danno patrimoniale, non credo si possa prescindere dal riferimento alla retribuzione, che, pur eliminata dalle parole espunte dagli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 23/2015, è implicitamente richiamata nella parte restante delle disposizioni quando disciplinano le soglie minime e massime (84). La sentenza n. 150/2020, peraltro, modifica in parte quanto statuito due anni prima. Oggi, infatti, si ribadisce che il giudice «terrà conto innanzitutto della anzianità di servizio» (85), ma si specifica che essa «rappresenta la base di partenza della valutazione. In chiave correttiva, con apprezzamento congruamente motivato, il giudice potrà ponderare altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell'indennità aderente alla particolarità del caso concreto» (86). In relazione alla sentenza del 2018 avevo sostenuto che il termine «innanzitutto» non significava che «la durata del contratto [doveva] essere utilizzata *prima* degli altri parametri» (87). Con la nuova decisione la situazione è diversa: l'anzianità di servizio è il primo criterio da prendere in considerazione (88) e gli altri hanno una funzione integrativa. Tuttavia si tratta soltanto di un punto di partenza e non necessariamente di una conclusione obbligatoria. Infatti è sempre necessario che l'indennità sia adattata «alla particolarità del caso concreto» e che svolga la triplice funzione risarcitoria, dissuasiva e sanzionatoria già analizzata. Con la conseguenza che, in molte situazioni, il solo computo dell'anzianità potrebbe essere insufficiente a raggiungere tale obiettivo. La Corte lo dice chiaramente nel caso di «anzianità modesta», rispetto alla quale l'inadeguatezza intrinseca della indennità non può essere compensata dalla sua «misura minima [...], fissata in due mesi» (89). Ma tale conclusione vale anche quando, pur in presenza di

(83) Né ritengo sia necessario applicare analogicamente l'art. 8, l. n. 604, e l'art. 18 dello Statuto, come sostiene Sordi (2020, 119 ss.). Sul tema, da ultimo, cfr. Maio (2020, 819 ss.), che ritiene i parametri indicati dalla Corte non vincolanti, potendo il giudice «attingere ai criteri rinvenibili nel diritto positivo» (820).

(84) Non mi sembra possibile liquidare somme superiori alle retribuzioni (vd. le osservazioni di Sordi 2020, 117-118). Si è in presenza, infatti, di una forfettizzazione del danno patrimoniale (C. cost. n. 194/2018, cit. 17).

(85) C. cost. n. 150/2020, cit., par. 16 del Considerato in diritto; C. cost. n. 194/2018, cit., 19.

(86) C. cost. n. 150/2020, cit.

(87) Speciale 2019a, 18, e gli altri Autori, indicati da Dagnino 2019, 666. Da ultimo, sul punto, cfr. Maio 2020, 821.

(88) Viene qui ripresa la tesi di Giubboni 2018, 3.

(89) Vd. *retro*, nota 40. E tale conclusione, a maggior ragione, vale per l'art. 4, con il limite minimo di un mese.

una storia lavorativa più prolungata, la considerazione delle vicende specifiche oggetto di giudizio rende in ogni caso l'anzianità insufficiente a svolgere le tre funzioni sopra descritte. Mi sembra, dunque, che la precisazione effettuata dalla Corte con la sentenza n. 150/2020 individui un «percorso» da seguire nel calcolo, specificato ulteriormente rispetto alla decisione n. 194/2018, ma non comporti necessariamente l'introduzione di un criterio gerarchico, che attribuisca all'anzianità un valore predominante sugli altri parametri.

Inoltre, nella individuazione della indennità correlata all'anzianità, il magistrato non è più necessariamente vincolato al limite dei due mesi (o di uno) per ogni anno di servizio. Infatti, l'effetto ablativo connesso al dispositivo della sentenza ha eliminato tale riferimento, che tra l'altro costituiva un automatismo che impediva la individualizzazione del pregiudizio (in senso opposto a quanto affermato dalla Corte). Con la conseguenza che, anche da questo punto di vista, il tribunale potrà attribuire un peso maggiore o minore all'anzianità sempre con riferimento alla retribuzione (90). Il giudice tuttavia, anche se non obbligato, per l'anzianità di servizio potrebbe utilizzare come parametro i due (o sei) mesi moltiplicati per la durata del rapporto (91). In questo caso, tuttavia, egli non potrebbe applicare gli altri criteri solo per innalzare il *quantum* dell'indennità, che costituirebbe una soglia minima indelegabile (92). In questo modo, oltre a rendere nuovamente cogente un parametro ormai espunto dalle norme, si darebbe spazio a un automatismo ormai incostituzionale (93).

I criteri enucleati dalla Corte, già espressi nella sentenza n. 303/2011, conferiscono dunque al giudice un'ampia discrezionalità. Alcuni hanno un carattere più specificatamente sanzionatorio (come il comportamento del datore di lavoro o la gravità della violazione formale o procedurale). Altri sono più diretti a reintegrare il pregiudizio subito (come le «condizioni delle parti») (94). Mentre il numero dei dipendenti e la dimensione dell'attività economica richiamano la capacità del datore di lavoro di subire una più o meno elevata entità del risarcimento. Tale discrezionalità verrà esercitata in

(90) Con un criterio che prescinda dall'automatismo (moltiplicando il mese o due per gli anni di servizio), ma che valorizzi in altro modo l'anzianità (ad es., con una percentuale sul totale dell'indennizzo).

(91) Maio 2020, 822.

(92) Secondo la tesi espressa da autorevole dottrina (cfr. Sordi 2020, 118, con gli Autori citati nella nota 8). Questo Autore, peraltro, è favorevole alla lettura proposta nel testo (*Id.* 2020, 120), sostenuta dalla dottrina da lui citata a 118, nota 9.

(93) In senso analogo Maio 2020, 821.

(94) Così, tra gli altri, Visonà 2020, 127 e De Luca Tamajo 2018, 640. Cfr., sul punto, anche Maio 2020, 813.

coerenza con la giurisprudenza che si è formata in rapporto alle norme utilizzate dalle sentenze della Corte, consentendo al giudice di «privilegiar[e] alcuni [criteri] a scapito degli altri, per adeguare la misura del risarcimento alla concreta situazione posta al suo esame» (95). E, poiché i parametri sono ormai parte del contenuto della legge, nella misura in cui la loro applicazione non rispecchi i principi indicati nella giurisprudenza costituzionale, la sentenza di merito sarà censurabile in Cassazione per violazione e falsa applicazione di legge (96).

La nuova formulazione degli artt. 3, c. 1, e 4 del d.lgs. n. 23/2015 conseguente alla sentenza della Corte fa chiaramente intendere che spetta al giudice applicare d'ufficio i criteri di liquidazione del danno, come accadeva in precedenza anche in relazione alla sola anzianità di servizio. Si è giustamente osservato che, in questo caso, non ha senso parlare di oneri probatori e il magistrato dovrà basarsi «sugli elementi di fatto che emergono dal materiale probatorio comunque introdotto nel processo», oltre alla possibile utilizzazione, da parte del giudice, dei poteri istruttori d'ufficio (97).

La discrezionalità del giudice, tuttavia, incontra limiti precisi. Il primo è quello della soglia minima, al di sotto della quale non si potrà andare. Lo stesso dovrà dirsi per la soglia massima, almeno sino a quando la Corte costituzionale non segua il diverso indirizzo interpretativo che ho già analizzato. Inoltre l'anzianità di servizio non potrà mai essere il criterio esclusivo nei casi di «anzianità modesta», come si è già detto. Infine mi sembra evidente che le somme da riconoscere al lavoratore debbano avere una consistenza di gran lunga superiore ai minimi. In questo caso, vi è in primo luogo la necessaria «discontinuità» con il recesso *ad nutum*, che ho già analizzato in precedenza (par. 3) e che impone di incrementare in modo rilevante i due, quattro o sei mesi. Inoltre, a giudizio della Corte, gli interessi del lavoratore costituzionalmente protetti coinvolti nel licenziamento sono molteplici (stabilità dell'occupazione, coinvolgimento della persona umana, dignità, correzione dello squilibrio di poteri nel contratto di lavoro, esercizio di diritti fondamentali diversi dalla protezione contro il licenziamento illegittimo) (par. 6). Il rilievo di tali «beni» impone di per sé la liquidazione di somme lontane dalla soglia minima, oltre che per soddisfare le esigenze di adeguatezza dell'indennità sot-

(95) Cass. 25.5.2017, n. 13178, in *DeJure*, 5, con l'indicazione di altre sentenze. I criteri enucleati dalla Corte costituzionale erano già stati individuati nella sentenza n. 303/2011 (in *www.cortecostituzionale.it*, 10).

(96) Ho approfondito questi aspetti in Speciale 2019a, 20 ss., a cui rinvio.

(97) Sordi (2020, 120-121), che riprende quanto da me già sostenuto in Speciale 2019a, 21. Vd. anche Maio (2020, 820), che sottolinea correttamente anche il ruolo che può essere svolto dalle allegazioni delle parti.

to i profili risarcitorio, sanzionatorio e dissuasivo già descritti. E tale conclusione è rafforzata dalla valorizzazione dell'orientamento del Comitato europeo dei diritti sociali, secondo cui la «congruità» dell'art. 24 richiede importi tali da determinare un effetto analogo alla tutela ripristinatoria (par. 3). La capacità economica del datore di lavoro avrà un effetto solo «mitigativo» dell'ammontare dell'indennità e quale espressione del bilanciamento con l'interesse dell'impresa, senza peraltro diventare il criterio prevalente, alla luce della stessa graduazione dei «beni costituzionali» effettuata dai giudici costituzionali.

Avevo già espresso in precedenza queste mie considerazioni dopo la sentenza n. 194/2018 (98). La giurisprudenza di merito, oltre a confermare la utilizzazione dei criteri enucleati dalla Corte costituzionale, si è molte volte espressa con decisioni che hanno aumentato in modo consistente le indennità che sarebbero spettate in base al solo criterio dell'anzianità di servizio, rilevando che in alcuni casi (ma sicuramente non nella maggioranza di essi) vi sarebbe stato addirittura «un incremento del 120 per cento» (99). Queste prime applicazioni sembrano confermare che la discrezionalità dei giudici, alla luce dei valori in gioco e delle stesse funzioni esercitate dall'indennità, si esprime con il riconoscimento di somme assai lontane dai minimi previsti dalla legge e superiori a quelle liquidabili in base all'automatismo prima esistente.

L'indennità, parametrata alla retribuzione, risarcirà solo i danni patrimoniali. Questa tesi, espressa da numerosi commentatori (100), è stata contestata (101). Il carattere forfettario dell'indennità (102) non è sufficiente a giungere a tale conclusione, perché esso incide sul *quantum* e non sulla natura dei pregiudizi subiti. Inoltre, se è vero che, come sottolineato dalla Corte, il licenziamento illegittimo lede interessi del lavoratore anche strettamente connessi alla sua persona, è anche vero che il legislatore ha chiaramente voluto prevedere un meccanismo risarcitorio collegato alla perdita del reddito da lavoro. Con la conseguenza che i danni non patrimoniali, non essendo connessi al pregiudizio derivante dal venir meno della continuità dell'occupazione, possono essere risarciti autonomamente, costituendo pregiudizi diversi e ulteriori rispetto alla lesione dell'interesse alla stabilità dell'occupazione.

(98) Speciale 2019a, 22.

(99) Tucci 2020, 1, con riferimento alle sentenze indicate nella nota 82.

(100) Si rinvia alle indicazioni bibliografiche di Dagnino 2019, 666, a cui *adde* Visonà 2020, 125; Roselli 2020b, 13.

(101) Tosi 2019, 251-252; Persiani 2019, 7.

(102) Persiani 2019, 7.

Riferimenti bibliografici

- Apostoli A. (2020), *Considerare il lavoro come diritto è ancora possibile*, in *costituzionalismo.it*, 1 ss.
- Baldassarre A. (2007), *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *costituzionalismo.it*, 1 ss.
- Bollani A. (2019), *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, in *DRI*, 214 ss.
- Borlini L., Crema L. (2018), *Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, *Atti del seminario Università degli Studi di Ferrara*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 86 ss.
- Buffa F. (2015), *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *QG*, 3, in <http://www.questionegiustizia.it>, 41 ss.
- Carinci M.T. (2018), *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel «Jobs Act», e oltre*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 378.
- Caruso B. (2019), *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità*, in *DLM*, 381 ss.
- Cester C. (2019), *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, n. 1, 163 ss.
- Cosio R. (2020), *La sanzione dissuasiva nei licenziamenti collettivi. Un laboratorio giuridico al confine tra ordinamenti*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 1 ss.
- Crisafulli V. (1951), *Appunti preliminari sul diritto del lavoro nella Costituzione*, in *q. Riv.*, I, 166 ss.
- Crisafulli V. (1985), *Diritto al lavoro, diritto di sciopero, libertà di organizzazione sindacale: diritti (fondamentali) concorrenti*, in *Id.*, *Stato, Popolo, Governo*, Giuffrè, Milano, 302 ss.
- Dagnino E. (2019), *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: il dibattito dottrinale*, in *DRI*, 654 ss.
- De Luca Tamajo R. (2018), *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, *DLM*, 634 ss.
- Di Michele V. (2015), *La (in)compatibilità della riforma dei licenziamenti nel Jobs Act 2 nel prisma del diritto dell'Unione europea*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 27 ss.
- De Mozzi B. (2020), *Jobs Act: la disciplina sanzionatoria in tema di violazione dei criteri di scelta al vaglio del giudice europeo e della Consulta*, in *Labor*, 100 ss.
- Giubboni S. (2018), *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 379, 1 ss.
- Giubboni S. (2020), *I licenziamenti nel crogiolo delle «tutele multilivello»*, in *DLRI*, 339 ss.
- Maio V. (2020), *Valori e tecniche nei licenziamenti (dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018)*, in *ADL*, 789 ss.
- Martelloni F. (2020), *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, I, 399 ss.

- Modugno F. (2005), *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *costituzionalismo.it*, 1 ss.
- Mola L. (2020), *Jobs Act e controllo internazionale sull'attuazione della Carta sociale europea*, in *DLRI*, 355 ss.
- Morrone A. (2008), voce *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *ED, Annali*, II, t. 2, Giuffrè, Milano, 185 ss.
- Nogler L. (2020), *Dal «principio lavorista» al diritto costituzionale sull'attività umana: primo abbozzo*, in M. Della Morte et al. (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, il Mulino, Bologna, 7 ss.
- Orlandini G. (2019), *Le fonti del diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Atti del seminario Università degli Studi di Ferrara, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 103 ss.
- Orlandini G. (2020), *«Taking rights seriously»: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sulla disciplina italiana del licenziamento (Cgil c. Italy)*, di prossima pubblicazione in *Trabajo y derecho*, 1 ss. (dattiloscritto).
- Pallini M. (2019), *Intervento*, in A. Andreoni, L. Fassina (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, Roma, 169 ss.
- Pedrazzoli M. (2017), *Art. 30 – Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in R. Mastroianni et al., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 570 ss.
- Perrone F. (2020), *La forza vincolante delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione Cgil c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 1 ss.
- Persiani M. (2019), *La sentenza della Corte cost. n. 194/2018. Una riflessione sul dibattito dottrinale*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1 ss.
- Perulli A. (2019), *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 339 ss.
- Raimondi E. (2019), *La funzione dell'indennità risarcitoria nel contratto a tutele crescenti*, in *giustiziavivile.com*, 1 ss.
- Roselli F. (2020a), *Nota all'ordinanza App. Napoli 18 settembre 2020, r.g. 2784/2018*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 1 ss.
- Roselli F. (2020b), *Funzione riparatoria e funzione sanzionatoria della condanna conseguente al licenziamento illegittimo*, in *q. Riv.*, II, 3 ss.
- Sordi P. (2020), *La quantificazione dell'indennità per licenziamento illegittimo dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *DLRI*, 115 ss.
- Speciale V. (2018), *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Atti del seminario Università degli Studi di Ferrara, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 ss.
- Speciale V. (2019a), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *q. Riv.*, II, 3 ss.
- Speciale V. (2019b), *Il «diritto dei valori», la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *costituzionalismo.it*, 101 ss.

- Tosi P. (2019), *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018* (e «decreto Dignità»), in *DRI*, 256 ss.
- Tucci C. (2020), *Jobs Act, dopo la Consulta indennizzi più alti del 120%*, in *Quotidiano del Lavoro*, in <http://quotidianodellavoro.ilsole24ore.com>, 1 ss.
- Visonà S. (2020), *Il licenziamento individuale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: le ricadute applicative*, in *DLRI*, 129 ss.
- Zagrebelsky G., Marcenò V. (2018), *Giustizia costituzionale*, vol. II, il Mulino, Bologna.

ABSTRACT

Il saggio analizza le due recenti sentenze della Corte costituzionale (n. 194/2018 e n. 150/2020) sul contratto a tutele crescenti. Dopo aver spiegato perché la decisione del 2020 abbia una motivazione meno approfondita di quella del 2018, l'articolo esamina la possibile incostituzionalità delle soglie massime di risarcimento previste dal d.lgs. n. 23/2015, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle fonti europee. L'analisi si incentra poi sul valore costituzionale delle forme e procedure in tema di licenziamento, la cui importanza è fortemente sottolineata dalla Corte. Il saggio, dopo aver messo in evidenza come la Corte valorizzi la tutela del lavoro nella Costituzione quale espressione di realizzazione della personalità umana, analizza le conseguenze delle decisioni della Corte in tema di quantificazione della indennità risarcitoria prevista dal d.lgs. n. 23/2015 in caso di licenziamento ingiustificato.

DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON OPEN ENDED GRADED SECURITY CONTRACT

The essay analyzes two recent decisions of the Constitutional Court (n. 194/2018 and n. 150/2020) on open ended graded security contract. After explaining why the 2020 decision has more synthetic grounds compared to the 2018 one, the article examines the possible contrast with the Italian Constitution of maximum limits for damages established by Law n. 23/2015 in the light of decisions of the Italian Constitutional Court and of European legal sources. The analysis focuses on the Constitutional value of forms and procedures linked to individual dismissals, whose importance is strongly stressed by the Constitutional Court. After highlighting that the Court emphasizes the work protection of Italian Constitution as a means of realization of human personality, the essay analyzes the effects of decisions of the Court regarding the entity of damages established by Law n. 23/2015 in case of unfair dismissal.

Mariagrazia Lombardi ()*

IL CCNL TRA ASSODELIVERY E UGL SUI *RIDERS*:
UNA «STORIA INFINITA», FRA QUESTIONI
CONTRATTUALI E DISCIPLINA LEGALE (**)

SOMMARIO: 1. Il contesto ordinamentale della contrattazione. — 2. Il merito delle scelte contrattuali: la questione qualificatoria e i problemi di originarietà della «categoria» dei *riders*. — 3. La regolazione successiva fra interventi amministrativi e reazioni sindacali. — 4. Conclusioni.

1. — *Il contesto ordinamentale della contrattazione* — Il 16.9.2020 è stato concluso fra Assodelivery (associazione cui aderiscono la maggior parte delle aziende di consegna di cibo a domicilio) e Ugl il Ccnl destinato – nelle intenzioni delle parti – a dettare le regole per i *riders*. Il documento è stato il primo prodotto negoziale collettivo volto a rispondere all'inedita funzione regolativa disegnata dal legislatore. Infatti il d.l. n. 101/2019 (conv. dalla l. n. 128/2019) ha modificato l'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 81/2015 sulle collaborazioni cd. etero-organizzate e ha introdotto, nel corpo dello stesso d.lgs., il Capo V-*bis*, contenente gli artt. dal 47-*bis* al 47-*octies*, dedicato alla specifica attività autonoma dei «ciclofattorini» esercitata tramite piattaforme.

Il meccanismo protettivo definito nelle nuove norme funziona grazie all'applicazione delle tutele della subordinazione per le collaborazioni prevalentemente personali, continuative ed etero-organizzate, anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme, a meno che le stesse non si iscrivano in una cornice regolativa introdotta dalle parti sociali. Perché la deroga contrattuale alle tutele della subordinazione sia consentita ai sensi dell'art. 2, c. 2, lett. *a*, d.lgs. n. 81/15, tuttavia, il legislatore impone il rispetto di alcune condizioni, prima fra tutte quella che l'accordo collettivo sia stipulato «da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Restano fermi, peraltro, da un lato, la via riqualificatoria per i rapporti che risultassero di fatto subordinati e, dall'altro, un meccanismo

(*) Funzionaria della Direzione centrale coordinamento giuridico dell'Ispettorato nazionale del lavoro. Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro.

(**) Le idee espresse nel presente scritto esprimono la personale posizione dell'Autrice e non impegnano l'amministrazione di appartenenza.

di gestione dei rapporti genuinamente autonomi, in cui comunque il libero negoziato individuale fra le parti incontra dei limiti posti dalla legge ed eventualmente dalla contrattazione collettiva, in ragione di esigenze di protezione di un segmento della forza lavoro particolarmente vulnerabile; meccanismo ricondotto – almeno in riferimento a elementi cruciali quali la determinazione del compenso e le tutele in materia di salute e sicurezza – ai Ccnl «stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale» (Capo V-*bis*, e in particolare, rispettivamente, artt. 47-*quater* e 47-*septies*).

Il contratto Assodelivery-Ugl ha inaugurato un susseguirsi di interventi, sia da parte del ministero del Lavoro che sul fronte sindacale, in una successione molto interessante sul piano degli esiti regolativi attesi e di quelli prevedibili. Partire dal primo atto di quello che ha l'incedere di un *feuilleton* consentirà di chiarire i molti problemi sul tavolo.

Il Ccnl del 16.9.2020 va esaminato allora in una chiave duplice: sotto l'astratto profilo della funzionalità e della generica praticabilità della dinamica fra legge e contratto collettivo di cui all'art. 2, c. 2, lett. *a*, d.lgs. n. 81/15; e interrogandosi sul concreto atto di autonomia per pronunciarsi sulla sua tenuta in riferimento agli elementi procedurali – primo e centrale dei quali, la rappresentatività dei soggetti stipulanti – e alle soluzioni di merito accolte.

Partendo dalle collaborazioni etero-organizzate, in astratto, appare evidente come la stessa dinamica legale presenti un tratto di decisa e pericolosa ambiguità, nel momento in cui, con l'art. 2 citato, disarticola in modo definitivo i tradizionali rapporti fra legge e contratto collettivo, e le stesse dinamiche *post* costituzionali di relazioni industriali.

Da un meccanismo governato dal noto principio dell'inderogabilità *in peius* fra fonti di diverso livello si è passati a un compiuto ribaltamento della logica a esso sottostante.

Se è indubbio infatti che il principio suddetto, almeno da un paio di decenni, è stato sottoposto a forti tensioni a causa del pieno riconoscimento di una funzione ablativa, di distribuzione di sacrifici, del contratto aziendale (e in generale della cd. contrattazione di prossimità), accanto o in sostituzione a quella acquisitiva dello stesso rispetto al Ccnl, tale disarticolazione dell'inderogabilità della contrattazione nazionale rispetto ai livelli contrattuali decentrati aveva lasciato intatto il principio di intangibilità, da parte del Ccnl, delle tutele poste a livello legale. Anzi, l'ordinamento intersindacale si è faticosamente adattato alla (fino ad allora) inaudita derogabilità introdotta dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011 rispetto a norme di legge, e ne ha assorbito la potenza tellurica, perché le deroghe – che restano specifiche, finalizzate e perciò teoricamente sottoposte a controllo, che vanno successivamente approvate e sono ammesse da parte dell'ul-

timo anello di una catena contrattuale che ha la funzione di controllare e disciplinare il negoziato – non reagiscono sul piano ben più significativo, che si sostiene poter essere inciso dalla disciplina delle collaborazioni etero-organizzate, del principio della indisponibilità del tipo.

È proprio questo presidio che l'art. 2 sembra poter minare in modo irreversibile, ove si consideri che il meccanismo introdotto prevede che le tutele della subordinazione – e cioè quelle più avanzate che l'ordinamento appresta in presenza di un contratto di lavoro – non sono un punto di partenza, una soglia «minima» di presidio legale per determinati lavoratori, rispetto alla quale il contratto collettivo può solo, coerentemente alla sua funzione storica, derogare in funzione rivendicativa e acquisitiva, ma diventano un esito possibile derivante dal mancato accordo fra le rappresentanze collettive, che si risolve, rispettivamente, per le associazioni datoriali e le organizzazioni sindacali, come una conseguenza punitiva o viceversa garantista.

E tale distorsione dipende proprio dalla indifferenza dello schema legale rispetto al meccanismo qualificatorio: fermi restando infatti – come anticipato – gli effetti della fattispecie *ex art. 2094 c.c.* quando ricorrano nel concreto gli indici di subordinazione, rimane un'ampia zona grigia in cui tali indici si presentano, a causa delle epocali modifiche dei sistemi produttivi, in modo diverso, più sfumato, meno riconoscibile, rispetto a quanto avviene in relazione alla subordinazione idealtipica cesellata da una giurisprudenza attivissima, ma inevitabilmente sclerotizzata intorno a monadi come etero-organizzazione, continuità, relazione disciplinare.

Le regole, insomma, in tale zona grigia, a prescindere da una esatta qualificazione della fattispecie (che solo descrittivamente è quella delle collaborazioni prevalentemente personali, continuative ed etero-organizzate), saranno per espressa previsione di legge quelle della subordinazione, ma solo se non interviene il Ccnl. L'assoggettamento alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato dei collaboratori di cui si discute, dunque, costituisce una sorta di *extrema ratio*, perché – almeno questo dato si può dedurre con una certa chiarezza dall'impianto normativo – evidentemente una situazione di sottoprotezione e un'esigenza di tutela di questa specifica tipologia di lavoratori esiste ed è stata riconosciuta dalla legge.

In questo quadro, si potrebbe ascrivere all'intervento del 2019 quel carattere di «*nudging*», di «spinta» alla contrattazione, di incentivo alla regolazione consensuale del trattamento di fattispecie ancora in qualche modo eccentriche rispetto alle coordinate codicistiche tradizionali. Una spinta, nelle intenzioni del legislatore, soprattutto per le associazioni datoriali, a sedersi al tavolo e negoziare condizioni accettate dai sindacati, sotto la minaccia della peggiore delle calamità – l'applicazione delle tutele della subordinazione – a fronte di posizioni

ostruzionistiche o di semplice inerzia. Ma si tratta di un incentivo che, per considerazioni di contesto, dal lato sindacale invece potrebbe tradursi in un corto circuito fatale. Perché le stesse organizzazioni sindacali, che se non contrattano possono sperare in una tutela piena dei collaboratori, appunto subordinati *quoad effectum*, saranno del tutto disincentivate a negoziare, nel caso in cui siano in condizione di difficoltà. In un contesto di debolezza strutturale dei soggetti collettivi è evidente come tali esiti distorti siano addirittura in grado di paralizzare le rivendicazioni sindacali, inibire la contrattazione e svuotare in modo surrettizio, ma definitivo, le garanzie costituzionali della dinamica genuinamente concorrenziale garantite dal binomio degli artt. 39 e 40 Cost. Se la disciplina della subordinazione è l'argine, il punto di arrivo e non di partenza dell'attività sindacale, se è la posta in gioco in un negoziato non sulle condizioni, ma (sostanzialmente) «sulla qualificazione», un sindacato che non sia molto forte non potrebbe che contrattare *in peius* rispetto agli standard legali, *id est* non può contrattare e non contratterà, con buona pace dell'ottica promozionale da sempre riconosciuta all'art. 39 Cost.

Il Ccnl Assodelivery-Ugl, prima di ogni altra considerazione, attesta proprio questo effetto perverso: l'apertura alla contrattazione da parte del c. 2 dell'art. 2 non può che rappresentare un arretramento delle tutele per i lavoratori considerati. Da questo punto di vista, le pur importanti considerazioni sulla selezione degli attori contrattuali che hanno impegnato i primi commentatori dell'accordo non sono sufficienti a nascondere l'elefante nella stanza, essendo proprio la descritta dinamica depressiva – al ribasso – di matrice legale, che non può che operare prima di tutto e già sul piano della selezione dei contraenti – che, tra quelli possibili, saranno i più disposti a negoziare al ribasso – e successivamente polarizzare decisamente la disciplina su posizioni «di rimessa» invece che rivendicative, come in effetti è accaduto rispetto agli interventi del vertice amministrativo e delle parti sociali sulla materia, successivi al Ccnl in esame.

2. — *Il merito delle scelte contrattuali: la questione qualificatoria e i problemi di originarietà della «categoria» dei riders* — Concretamente è tuttavia il profilo soggettivo dell'accordo che consente di verificare la legittimità della deroga contrattuale, in via preliminare rispetto al merito delle soluzioni accolte. La norma – come detto sopra – stabilisce che la deroga è riservata agli «accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Da questo punto di vista, non si può negare che, mentre Assodelivery ha un'ampia rappresentanza delle aziende di *food delivery*, lo stesso non si può dire della Ugl. Tale elemento è così rilevante che addensa i radicali dubbi espressi sull'accordo, immediata-

mente, dallo stesso ministero del Lavoro in una nota rilasciata subito dopo la diffusione dello stesso (1).

Ma prima della conta minuta degli iscritti e dello scrutinio di tutti gli altri indici che concorrono a determinare la rappresentatività dei soggetti collettivi, e rispetto ai quali valutare la solidità della posizione ministeriale, va segnalata la ricostruzione di quella parte dei commentatori che, prendendo le mosse dalla nota sintesi alla base del diritto sindacale repubblicano per cui «il contratto fonda la categoria» (2), discute «in radice» la stessa classificazione categoriale dei *riders*, la loro collocazione settoriale, e tratta tali lavoratori come costitutivi di un «settore» a sé; un settore in quanto tale capace – per definizione – di darsi (più correttamente, di negoziare) regole specifiche e proprie, e soprattutto di costruire una propria rappresentanza sindacale svincolata dalla concorrenza con le sigle del macrosettore di riferimento, nel caso di specie il trasporto-logistica, pretendendo di essere, in tale ambito, maggioritaria (come rivendicato dall'Ugl). Pietro Ichino, a questo riguardo (3), richiama la vicenda contrattuale degli anni ottanta, che vide la disgregazione del settore aereo e la nascita del sindacato piloti per differenziazione dal più ampio ambito della «gente dell'aria».

Tali posizioni meritano senz'altro considerazione, per la notazione assorbente che la rappresentatività comparativa è per definizione un concetto relativo e perciò dipende dalla perimetrazione esatta della platea di lavoratori a cui si riferisce. Quindi, dal punto di vista teorico, resta importante capire se i *riders* rappresentino un settore specifico e separato rispetto al trasporto-logistica; a parte, poi, l'esigenza di valutare sul piano storico se una tale identità specifica, più che primo atto fondativo della libertà di organizzazione sindacale, abbia (se non la finalità, almeno) l'effetto di impoverire la tutela dei lavoratori considerati piuttosto che arricchirla.

E allora, in teoria, possiamo parlare del «settore» del *food delivery*? La specificità organizzativa del lavoro dei ciclofattorini, e in generale del *platform work* – una specificità inedita, pervasiva, «rivoluzionaria» rispetto a qualsiasi forma organizzativa precedente (4) – è tale da determinare una nuova realtà on-

(1) Ministero del lavoro, Prot. n. 9430 del 17.9.2020, in <http://www.bollettinoadapt.it/contratto-collettivo-nazionale-per-la-disciplina-dellattivit -di-consegna-di-beni-per-conto-di-altrui-svola-da-lavoratori-autonomi-c-d-rider/>.

(2) Imprescindibile, ovviamente, Giugni 1960. Per il legame fra collocazione categoriale e libertà di organizzazione, *ex multis*, Prosperetti 1974: in breve, il diritto di definire arbitrariamente una sfera di inquadramento elettivo è un corollario immediato del principio di libertà sindacale (16, donde il dubbio di costituzionalità dell'individuazione del settore *ex lege* a finalità sindacali).

(3) Ichino 2020a.

(4) Cfr., da ultimo, De Stefano, Aloisi 2020.

tologica, da regolare in modo autonomo e proprio? In altri termini, di fronte a qualifiche e mansioni sostanzialmente riconducibili a declaratorie contrattuali puntuali e tipizzate nel Ccnl di un ampio settore merceologico, quello della logistica, specifiche modalità organizzative – ferme restando le esigenze di regolazione compatibili con le caratteristiche di queste nuove forme di lavoro – davvero comportano che consegnare un pasto in bicicletta sia così diverso che consegnare un pacco con un furgone?

In merito, in una delle recenti controversie arrivate a sentenza, la Corte d'Appello di Torino, in relazione al trattamento economico e normativo dei *riders*, ha ritenuto che agli stessi dovesse essere riconosciuta «la retribuzione diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del V livello del Ccnl logistica, trasporto merci, [poiché] in tale livello sono [...] inquadrati i fattorini addetti alla presa e alla consegna» (5). Da un punto di vista storico, poi, appare mistificatorio apparentare la separazione dei *riders* dal settore della logistica a quella della rammentata vicenda della contrattazione dei piloti, separata da quella del resto del personale di bordo. Quest'ultima dinamica rispondeva a un forte posizionamento delle giovani sigle dei piloti, identificabili in virtù della specialità del loro «mestiere», con una capacità rivendicativa estrema e conseguenti tendenze neocorporative in chiave acquisitiva, in un periodo molto diverso anche per le generali dinamiche di relazioni industriali. Ben diversa è l'asserita «separazione» dei *riders*, privi di una siffatta identità di mestiere, e in presenza di un meccanismo legale destinato a integrare l'attività contrattuale, in maniera virtualmente perversa, in un segmento del mercato del lavoro in cui si addensano i lavoratori più esposti, meno sindacalizzati e infinitamente più vulnerabili dei piloti aerei degli anni ottanta. La «nascita di una categoria contrattuale in un regime di libertà sindacale» (6) ha perciò molto più a che vedere con i mutevoli rapporti di forza fra le parti e la loro interazione in un altrettanto mutevole contesto storico, che con processi socioeconomici standardizzabili una volta per tutte.

Su questi presupposti è forse giunto il momento di interpretare adeguatamente la massima giugniana, nella misura in cui si pongano addirittura dubbi di «originarietà» della relazione contrattuale Ugl/Assodelivery e, più in generale, in riferimento a un sistema contrattuale completamente fuori controllo, in cui la proliferazione di sigle e accordi a tutto fa pensare tranne che allo spontaneo fiorire di nuovi e pugnaci gruppi identitari. Sullo stesso piano, il riferimento al

(5) C. App. Torino 4.2.2019, in q. *Riv.*, 2019, II, 91 ss., con nota di Carabelli e Spinelli; vedila anche in https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-d-appello-di-torino-tira-la-volata-ai-riders-di-foodora_17-04-2019.php, con nota di Martelloni 2019.

(6) Ichino 2020a.

«diritto sindacale dell'ultimo settantennio» (7) rimane una coperta corta, se si considera come la narrazione della gloriosa ascesa dei *riders* ad autonoma categoria degna degli allori contrattuali (meno, prevedibilmente, di quelli conflittuali) origini da una vicenda a tutti nota, acclarata dai *media* e ben presente alla riflessione teorica (8), che ha visto la confluenza nell'Ugl di un'associazione di *riders* a favore dell'autonomia che era stata promossa dalle aziende, e che in quanto tale – in disparte dal macchinoso pallottoliere della rappresentatività comparativa – si può ritenere difficilmente rappresentativa di una collettività di lavoratori che è per la maggior parte costituita da manodopera immigrata.

I rilievi del ministero del Lavoro in punto di rappresentatività dei soggetti stipulanti appaiono perciò condivisibili, e forse si spiegano anche con una specie di atecnica responsabilità precontrattuale che il vertice amministrativo ascrive alle sigle stipulanti, alle quali rimprovera come durante i negoziati con Assodelivery lo stesso Ministero avesse rappresentato l'opportunità di delimitare i contenuti del futuro contratto collettivo alla «individuazione delle tutele senza procedere a operazioni di qualificazioni della fattispecie, notoriamente precluse all'autonomia collettiva»: forse è troppo leggere nell'immediatezza della nota ministeriale un riflesso pavloviano alla lesa maestà, ma sicuramente è evidente l'intenzione del Ministero di reagire senza indugio a una fuga in avanti che, in effetti, rappresenta il profilo più discutibile del Ccnl (9).

L'art. 1 già nelle definizioni parla dei *riders* come di lavoratori autonomi. Come noto la legge incentiva la contrattazione anche per questi ultimi, e l'accordo si iscriverebbe quindi nel Capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/2015. Tuttavia il prosieguo del documento chiarisce senza ombra di dubbio che l'operazione posta in essere è qualificatoria, poiché non si limita a regolare i rapporti con lavoratori *aliunde* qualificati come autonomi (dalla giurisprudenza, tipicamente), ma disegna una fattispecie complessa – in cui non mancano elementi di subordinazione (diremmo) classici – e la definisce «lavoro autonomo», rompendo il monopolio qualificatorio giudiziale, inibito allo stesso legislatore. Il contratto pretende di muoversi anche sul piano della qualificazione *ex art. 2, c. 1*, nell'evidente unificazione dei due fronti di disciplina e nella sovrapposizione fra le nozioni di autonomia *ex art. 2222 c.c.* e di collaborazione etero-organizzata, dando quindi per risolto il problema teorico maggiore che la disciplina pone e che, anticipando il risultato del percorso argomentativo del presente contributo, a parere di chi scrive andrebbe invece impostato nei termini di una netta distinzione.

(7) *Id.* 2020b.

(8) Martelloni 2020.

(9) «Corsara», almeno, la definisce perciò Martelloni 2020.

Nella direzione qualificatoria, sono rilevanti: l'art. 3, in particolare le disposizioni sulle clausole di *no show, opt out*, nel perdurante equivoco che la discontinuità della prestazione sia di per sé idonea a escludere la subordinazione; l'art. 7, per cui «il *rider* autonomo decide se fornire la propria opera», attraverso prestazioni «flessibili», e nella facoltà generale di accettare o meno le proposte di prestazione «a suo insindacabile giudizio», con un'espressione troppo intensa per non sollevare sospetti di mistificazione della realtà. Allo stesso modo, e nello stesso art. 7, l'indirizzo dell'utente finale «non costituisce direttiva»: *excusatio non petita* (non unica nel suo genere nel documento: cfr. art. 8 sul diritto all'autoregolamentazione) che culmina nell'affermazione tautologica per cui «è escluso l'assoggettamento del *rider* al potere gerarchico e disciplinare dalla Piattaforma, in quanto risulta assente qualsivoglia vincolo di subordinazione».

Coerentemente, il Ccnl (artt. 10-13) si occupa della determinazione della struttura del compenso, ai sensi dell'art. 47-*quater*, c. 1, d.lgs. n. 81/15, e introduce una serie di criteri volti a quantificare la remunerazione della «prestazione». Non, quindi, del tempo lavorato, nonostante le affermazioni propagandistiche in tal senso, ove si consideri che il compenso «orario» si raggiunge cumulando i tempi di consegna, ed espungendo dal computo i tempi di attesa o mera messa a disposizione (10). Il quadro è completato da un sistema premiale (art. 13) che assegna una maggiorazione nel caso si combinino diversi indici di rischio/penosità della prestazione, come, esemplificativamente, condizioni meteo avverse e prestazioni nei giorni festivi.

L'art. 14 stabilisce l'impegno in capo alle piattaforme di dotare i lavoratori di alcuni dispositivi di sicurezza «a titolo gratuito» (secondo un'eloquente specificazione) (11), oltre alla possibilità che le stesse mettano a disposizione dei *riders* «ulteriori dotazioni di sicurezza, nonché ulteriori strumenti di lavoro nell'ambito degli stessi contratti di lavoro autonomo disposti dal presente Ccnl, senza che le stesse costituiscano indice di subordinazione», secondo la consueta precisazione. In merito, il contratto registra la posizione della giurisprudenza che ormai in modo generalizzato – probabilmente anche in seguito alla vulnerabilità specifica dei lavoratori di fronte all'epidemia di Covid-19 – riconosce agli stessi il diritto ai dispositivi di protezione individuale, anche prescindendo dall'esatta qualificazione dei rapporti di lavoro dedotti in giudizio e in virtù del richiamo – nell'art. 47-*septies*, c. 3, d.lgs. n. 81/15 – dell'obbligo «per il committente che utilizza la piattaforma» di rispettare, «a propria cura e spese, la disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2008», che deve intendersi richiamato integralmente (12).

(10) Orlandini 2020, 4.

(11) Vd. anche art. 18, lett. dalla *a* alla *e*.

(12) Come argomentano Allamprese, Bonardi 2020, 75-77. Vd. anche T. Firenze

3. — *La regolazione successiva fra interventi amministrativi e reazioni sindacali* — La firma del Ccnl illustrato, immediatamente seguita dalla citata nota del ministero del Lavoro, è stata seguita dalla pubblicazione della circolare Inl n. 7 del 30.10.2020, che legge la normativa in modo adesivo rispetto alle indicazioni della imprescindibile Cass. n. 1663/2020 (13) e, nella direzione indicata dalla stessa, procede a una declinazione dei requisiti di personalità, continuità ed etero-organizzazione richiesti dalla norma per estendere lo statuto della subordinazione alle collaborazioni *ex art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/15*. Si tratta di un testo estremamente ampio, ma ciò che interessa isolare è la disamina della sequenza negoziale che caratterizza il modello di business utilizzato da praticamente tutte le piattaforme di *food delivery*.

Il vertice ispettivo è deciso nel valorizzare il significato discreitivo di fattispecie da riconoscere al profilo organizzativo e nel minimizzare il requisito della continuità, in considerazione dell'effetto destrutturante da riconoscere al *platform work*, tendenzialmente discontinuo, secondo le indicazioni della giurisprudenza nazionale ed eurounitaria, e della dottrina che più attentamente da anni si occupa del fenomeno (14).

In riferimento all'impatto che l'attività interpretativa amministrativa – minuto, ma cruciale passaggio regolativo – ha sul piano economico-organizzativo, l'Inl è apparso consapevole delle possibili conseguenze che l'insistenza sul requisito della continuità avrebbe potuto produrre sui modelli organizzativi dominanti nel settore e tipici della cd. *on demand economy* o *just-in-time workforce*: la previsione di una soglia minima di giornate di lavoro o di un intervallo temporale preciso per integrare la fattispecie dell'art. 2, cit., avrebbe presumibilmente impresso al piano organizzativo aziendale – che in riferimento a lavoratori autonomi non soffre particolari vincoli – un'ulteriore forza destrutturante, finalizzata alla moltiplicazione della platea dei lavoratori e alla diminuzione del tempo di lavoro. La circolare invece cerca di prevenire questo possibile esito, in maniera peraltro rispettosa della portata esclusivamente residuale che lo stesso legislatore assegna (o meglio, riconosce) alla fattispecie di cui al Capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/15 (cfr. l'espressa esclusione in apertura dell'art. 47-*bis*, c. 1), e restituisce la netta distinzione legale fra le due ipotesi.

22.7.2020, in q. *Riv.*, 2020, II, 484 ss., con nota di S. Bologna. Più complessa è la designazione della figura del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, della quale il Ccnl non si occupa, del resto coerentemente con il disconoscimento degli istituti tipici del lavoro subordinato e che, per la ragione opposta, la giurisprudenza invece ritiene diritto della «comunità di rischio» (art. 9 St. lav., nella lettura di T. Firenze 31.7.2020, in q. *Riv.*, 2020, II, 484 ss.).

(13) Cass. 24.1.2020, n. 1663, in q. *Riv.*, 2020, II, 252 ss., con nota di Faioli.

(14) Per tutti, cfr.: De Stefano 2017; *Id.* 2018.

Rispetto a entrambe, la circolare Inl insiste sulla verifica della rappresentatività dei soggetti collettivi come condizione per l'operatività delle deroghe alla legge. Si avverte in tali passaggi un'eco della vicenda relativa all'Accordo Assodelivery e alla censura ministeriale relativa (anche) al difetto di rappresentatività del sindacato stipulante. Inoltre, separare molto nettamente la fattispecie *ex art. 2* da quella del Capo V-*bis* significa che la contrattazione destinata a regolare le condizioni dei lavoratori autonomi non può essere «recuperata» come deroga alle tutele della subordinazione, se ci si trovi dinnanzi a lavoratori che autonomi nella pratica non sono. Tale approccio – in realtà, come visto, imposto da considerazioni sistematiche – ha il non secondario effetto di «marginalizzare» la contrattazione *ex* Capo V-*bis* non solo nel caso di difetto di rappresentatività degli attori collettivi (come nel caso del Ccnl Assodelivery), ma anche tutte le volte in cui, indipendentemente dalle affermazioni contrattuali in punto di qualificazione della platea di riferimento, si sia di fronte a lavoratori non autonomi.

Un esito quindi possibile per tutta la contrattazione riferibile al Capo V-*bis*, al momento già interessato da un successivo accordo: il «Protocollo attuativo dell'art. 47-*bis* e ss. del d.lgs. n. 81/2015 Ccnl logistica, trasporto merci, spedizione». Le parti stipulanti, fra le quali non è compresa Assodelivery, individuano nel Ccnl logistica il contratto di riferimento per il trattamento dei *riders* autonomi. La terminologia scelta (cfr. punto 2 del Protocollo) rende evidente l'intenzione delle parti di introdurre una regolazione contrattuale *ex art. 47-quater*, c. 1, e non invece di esplicitare il rinvio alla contrattazione nazionale applicabile in assenza di accordo specifico, previsto dal c. 2 della stessa norma. Se così è, non si può fare a meno di notare criticamente alcuni problemi. In primo luogo, la predilezione del negoziato aperto dal Capo V-*bis* dà per affrontato e risolto il problema qualificatorio, senza l'enfasi che su tale aspetto ha posto il Ccnl Assodelivery-Ugl, ma pur sempre in modo deciso rispetto all'altra scelta possibile, cioè quella di regolare le collaborazioni: fattispecie alla quale sia la giurisprudenza che gli orientamenti ispettivi hanno ricondotto i lavoratori del *food delivery*. Inoltre, sebbene l'art. 47-*bis* – come rammentato sopra – individui il settore nel riferimento alla «consegna di beni per conto altrui» e quindi in maniera evidentemente più ampia del sottoambito costituito dal *food delivery* (15), e sebbene in tale settore le parti stipulanti il protocollo abbiano senza dubbio i requisiti di rappresentatività richiesti, non si può negare che l'assenza di Assodelivery fra i firmatari rimane problematica sia in punto di rappresentatività effettiva, sia sulle conseguenze in termini di efficacia del protocollo. Nel merito delle

(15) Cfr. Bavaro 2020.

regole poste, infine, sembra che gli effetti in punto di disciplina siano non dissimili da quelli che si sarebbero ottenuti applicando le tutele minime previste dal Capo V-*bis*, che le previsioni del protocollo appaiono in larga parte riprodurre. E, questo, senza negare l'importanza politica dell'accordo, dimostra come dal punto di vista regolativo gli spazi di un'azione sindacale fortemente rivendicativa rimangano angusti, non solo in riferimento all'ambito dell'art. 2, c. 2, ma anche rispetto al Capo V-*bis*.

Sul punto è poi intervenuto nuovamente il ministero del Lavoro (16), ribadendo quanto affermato nella sua nota di fine settembre in relazione ai requisiti di rappresentatività richiesti per l'agibilità delle deroghe contrattuali consentite dalla legge, e sottolineando nuovamente la residualità del Capo V-*bis* nell'impianto legale, ma «seguendo» curiosamente il posizionamento delle parti sociali negli spazi aperti proprio dalla regolazione dei *riders* autonomi, sulla quale si concentra l'attività interpretativa ministeriale. Il dato più incisivo rispetto all'impianto legale è l'esclusione del cottimo cd. «puro», anche in presenza di accordo ai sensi dell'art. 47-*quater*, c. 1: operazione discutibile a parere di chi scrive, sia per ragioni interpretative – la possibilità di prescindere da un compenso minimo orario deriva da una piana interpretazione del c. 2 della norma – che per considerazioni «strutturali», essendo forse improprio *in radice* parlare di cottimo in riferimento ad attività autonoma che per definizione viene compensata «a prestazione».

4. — *Conclusioni* — Queste sbavature interpretative rendono conto, forse meglio di ogni altro discorso, dell'incipiente – ma di questo passo promettente – schizofrenia di un sistema in cui, a livello ordinamentale, la giurisprudenza ha chiaramente qualificato le attività in discorso come collaborazioni etero-organizzate, destinatarie in quanto tali, per previsione di legge, dello Statuto protettivo della subordinazione, ma la regolazione contrattuale, sostenuta dal ministero del Lavoro, si affolla nel campo effettivamente periferico dell'autonomia. A livello di riconoscimento intersindacale, invece, il sospetto di una contesa di tipo politico, in cui la libertà di organizzazione e la concorrenza fra le sigle non ha effetti virtuosi ma rischia di risolversi a scapito dei lavoratori, inverte le considerazioni sui possibili effetti perversi del congegno introdotto per la regolazione del *platform work*, più che essere del tutto addebitabile alle parti sociali. Anzi le considerazioni di opportunità che orientano queste ultime agli approdi commentati sono probabilmente relative al fatto che è preferibile un negoziato ai sensi del Capo V-*bis* che ai sensi dell'art. 2, c. 2, lett. *a*, dato che, nel primo caso – in cui si negozia per lavoratori considerati autonomi –, la contrat-

(16) Cfr. circolare ministero del Lavoro 19.11.2020, n. 17.

tazione può più facilmente innalzare le tutele mentre nel secondo caso, dato che si applica la subordinazione in assenza di contratto, gli spazi di manovra per le sigle si restringono.

Tale posizionamento non esclude tuttavia ipotesi di riqualificazione, anche massiva, dei *riders* considerati autonomi: se è improbabile un contenzioso attivato dalle aziende, che «rischiano» la subordinazione, resta però possibile l'azione dei lavoratori e delle loro organizzazioni di base, come è avvenuto, ultima in ordine di tempo, a Palermo, dove un giudice del lavoro ha addirittura optato per una tutela *ex* 2094 c.c., per la prima volta in Italia (17).

Questo recente approdo giurisprudenziale pone un interrogativo di fondo su un aspetto cruciale del sistema disegnato dalla legge: più (e prima) che una questione di qualificazione si pone una questione di «fattispecie», del tutto preliminare rispetto alla regolazione e alle insidie che abbiamo visto nascondersi in essa. Il giudice di Palermo e altri giudici in sede di merito, di gravame e di legittimità, si sono confrontati con il medesimo «fatto», con la difficoltà di sussumere una (ormai) tipica, ricorrente organizzazione produttiva nel reticolo delle norme destinate alla sua regolazione. Il sistema legale continua a sembrare inaddomesticabile anche di fronte alle migliori intenzioni degli interpreti: nessun giudice ha mai concluso per l'autonomia dei *riders*, e le soluzioni accolte – come noto – si sono addensate nell'alveo dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/15, con delle differenze, anche vistose, nell'interpretazione della fattispecie in esso tipizzata, e uno scarto finale verso la subordinazione da parte della Corte palermitana.

In merito, nel breve spazio di queste note, ci si può solo limitare a proporre alcuni spunti ricostruttivi e a ipotizzare una possibile direzione per un sistema magmatico, nel senso proprio di fluido, e incandescente. La proposta di lettura del complesso formante legale nei termini di un rapporto di continenza fra le collaborazioni contemplate dall'art. 409, n. 3, c.p.c. e quelle di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/15 – e centrata sul fatto che le fattispecie introdotte dal legislatore in quest'ultimo d.lgs. si collochino nell'area del lavoro autonomo e si differenzino per il grado di autonomia e per il concetto di etero-coordinamento (18) – sembra a chi scrive segnare il passo di fronte alla forza scriminante da riconoscere al requisito dell'etero-organizzazione, che sarebbe in grado di produrre una cesura profonda fra i due tipi di collaborazioni contemplate dall'ordinamento.

(17) T. Palermo 24.11.2020, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-ragazzo-del-secolo-scorso-quando-il-rider-e-lavoratore-subordinato-a-tempo-pieno-e-indeterminato>, con nota di Martelloni.

(18) In questi termini Carabelli, 2019.

Evidentemente, la «comunicazione» fra le fattispecie *ex art. 2, cit.*, e Capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/15, oltre a essere interpretativamente asseverata dalla Cassazione (19), risponderebbe a un'esigenza di coerenza sistematica e soprattutto consentirebbe all'interprete di «importare» il corredo delle tutele legali minime *ex* Capo V-*bis* nella disciplina delle collaborazioni di cui all'art. 2. Tale risultato garantirebbe una specie di «sponda» inferiore alla contrattazione *ex art. 2, c. 2, lett. a*, del d.lgs. n. 81/15, che avrebbe il non secondario effetto di funzionare come paratia di contenimento per le eventuali spinte al ribasso possibili, come argomentato *supra*, in virtù del meccanismo di contrattazione «sulla fattispecie».

Il presupposto di tale interpretazione, della sostanziale «identità» (20) fra i requisiti del coordinamento e dell'etero-organizzazione, oblitera una differenza sostanziale di fattispecie già desumibile dalla lettera dell'art. 2, *cit.*, e l'argomentazione di tale differenza può essere svolta in riferimento all'assenza dell'asserita autonomia nella fase genetica del rapporto (21), oltre che rispetto al tema classico della cd. «doppia alienità» sperimentata dal lavoratore, rispetto al risultato e all'organizzazione. Tale interpretazione «avvicina» la fattispecie *de qua* a quella *ex art. 2094 c.c.*, più che a quella *ex 2222 c.c.*: l'estensione delle tutele della subordinazione, sistematicamente coerente con tale ricostruzione, restituisce il senso pieno di questa contiguità, e, in disparte l'indagine su una possibile lettura dell'art. 2, *cit.*, come un'ipotesi di emersione normativa della figura della cd. «subordinazione attenuata», spiega la permeabilità fra le due figure e il piano inclinato che, in primo luogo nelle aule di giustizia, conduce dall'una all'altra.

(19) Non senza ambiguità, comunque. Cfr. le affermazioni relative al «regime di autonomia ben diverso» fra le due fattispecie, in particolare ai punti 33 e 52 della sentenza del Tribunale di Palermo, *cit.*

(20) In questi termini Carabelli, Spinelli 2019.

(21) Intendendo per tale la decisione di accettare o meno di eseguire la prestazione, e/o di connettersi all'applicazione, e non quella di un momento talmente arretrato nella sequenza contrattuale da non avere forza scriminante fra autonomia e subordinazione (poiché in entrambi i casi esiste un momento in cui ci si determina a contrattare). La descrizione del funzionamento dei più diffusi algoritmi utilizzati dalle aziende di *food delivery* rende evidente come la decisione di svolgere o meno la prestazione non sia affatto libera, ma condizionata da metriche che «sanzionano» la mancata connessione attraverso la previsione di un posizionamento peggiore (per distanza, penosità della prestazione, tempi di attesa) nelle successive «occasioni di lavoro». In una parola, l'«etero-organizzazione» si sostanzia in un incisivo potere conformativo della prestazione, assente nel «coordinamento». Di conseguenza l'etero-organizzazione non può essere intesa come attinente alla dimensione (esterna) del coordinamento dell'attività lavorativa con l'organizzazione del committente, ma incide in modo evidente sulla dimensione (interna) della organizzazione della propria attività lavorativa da parte del collaboratore.

La «concorrenza regolativa» fra l'art. 2 e il Capo V-*bis*, che si revoca in dubbio costruendo le due fattispecie in termini autonomi, è inoltre più apparente che reale, ove si consideri che il Capo V-*bis*, a parte l'incongrua rubrica, regola solo il frammento della disciplina dei *riders* autonomi e non l'ampio settore del *platform work*. Separare le due fattispecie, con il corollario dell'impossibilità di trasferire la regolazione legale minima dettata per i *riders* autonomi (e a maggior ragione quella contrattuale, che comunque, testualmente, può svolgersi solo sul compenso: cfr. art. 47-*quater*), non sembra una soluzione che, vertiginosamente, lascerebbe aperta quella ferita che parte della dottrina ha riconnesso all'art. 2, c. 2, lett. *a*. In primo luogo, non sarebbe comunque possibile che la contrattazione *ex art. 2, c. 2, lett. a*, vada addirittura al di sotto delle garanzie *ex* Capo V-*bis*, ove si consideri che la legge richiama tutele basiche di affermazione incontrastata in fonti interne, europee e internazionali che, innestate nella disciplina di un'autonomia genuina, riguardano comunque il diritto dei contratti. L'opzione dell'autonomia fra le due fattispecie configurerebbe comunque una «gerarchia» di fatto tra le tutele *ex art. 2* e quelle *ex* Capo V-*bis*, non potendosi configurare una situazione in cui gli etero-organizzati ricevano tutele inferiori agli autonomi. In secondo luogo, se è vero che per la disciplina delle collaborazioni etero-dirette si può contrattare in deroga, la legge richiede requisiti stringenti di rappresentatività. L'opzione di una contrattazione «separata», così viva nell'esperienza degli ultimi anni, dagli effetti tendenzialmente destrutturanti e deteriori per chi lavora, è l'esito possibile di un sistema legale che, responsabilizzando le parti sociali, rimane saldamente ancorato ai principi di libertà di organizzazione di matrice costituzionale, che è interesse di tutti riaffermare.

Infine, lo «spostamento» sul terreno (almeno) delle collaborazioni *ex art. 2, d.lgs. n. 81/15* – ormai indicato dalla giurisprudenza come l'alveo elettivo del modello organizzativo alla base del lavoro su piattaforma –, di una regolazione che procede spedita, e poco lungimirante, sul presupposto dell'autonomia dei *riders* impedirebbe la possibilità di determinazione contrattuale del compenso solo in riferimento al cottimo, che, come detto e contrariamente alla posizione del ministero del Lavoro sul punto, resta possibile ai sensi delle norme del Capo V-*bis*.

Fuori dal campo delle fertili discussioni giuridiche necessarie per districare la sfida cruciale che il diritto del lavoro è chiamato ad accettare, intanto, la schizofrenia generata dall'affastellarsi di interventi in rapida successione – amministrativi, contrattuali, pretori – produce una confusione regolativa intollerabile per le aziende. E così, anche a causa dei costi imprevedibili della gestione dei rapporti di lavoro, una delle più note piattaforme di *food delivery* operanti in Italia, Just Eat, ha annunciato l'assunzione di tutti i collaboratori

come dipendenti a partire dal prossimo anno: continua a essere ingenuo aspettarsi la colazione dalla benevolenza del macellaio, ma qualcosa si può sperare dalla sua esasperazione.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Bonardi O. (2020), *Studio sulle condizioni di lavoro nella logistica: tempo e salute*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 2, I, 42 ss.
- Bavaro V. (2020), *Il Ccnl Assodelivery-Ugl: 4 problemi fra diritto e ideologia*, in <https://www.ildiariodellavoro.it/adon.pl?act=doc&doc=76919>.
- Carabelli U. (2019), *Introduzione*, in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Atti del seminario annuale della Consulta giuridica, Roma, 17 dicembre 2019.
- Carabelli U., Spinelli C. (2019), *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in q. *Riv.*, II, 91 ss.
- Centamore G. (2020), *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bononia University Press, Bologna.
- De Stefano V. (2017), *Lavoro su piattaforma e lavoro non-standard in una prospettiva internazionale e comparata*, in q. *Riv.*, I, 241 ss.
- De Stefano V. (2018), *European legal framework for digital labour platforms*, in <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/european-legal-framework-digital-labour-platforms>.
- De Stefano V., Aloisi A. (2020), *Il tuo capo è un algoritmo*, Laterza, Bari.
- Giugni G. (2020), *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2020a), *Contratto per i riders: è davvero pirata?*, in <https://www.lavoce.info/archives/69553/contratto-per-i-rider-e-davvero-pirata/>.
- Ichino P. (2020b), *Il Contratto dei riders e l'arrampicata del Ministero sugli specchi*, in <https://www.pietroichino.it/?p=57398>.
- Martelloni F. (2019), *La Corte d'Appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*, in *QG online*, 17 aprile.
- Martelloni F. (2020), *Ccnl Assodelivery-Ugl: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ccnl-assodelivery-ugl-una-buca-sulla-strada-dei-diritti-dei-rider>.
- Orlandini G. (2020), *Altolà del ministero del Lavoro al Ccnl pirata Assodelivery-Ugl*, in *Diritto&Lavoro flash*, n. 6, 4 ss.
- Prosperetti U. (1974), voce *Libertà sindacale (premesse generali)*, in *ED*, XXIV, 494 ss.

ABSTRACT

L'articolo affronta i nodi teorici aperti dalla contrattazione collettiva relativa ai fattorini riders. La vicenda regolativa ha visto la successione di interventi sindacali, circolari amministrative e decisioni giurisprudenziali, e ci restituisce un quadro variegato dell'attuale disciplina delle collaborazioni etero-organizzate, di cui l'Autrice intende offrire una chiave di lettura.

THE COLLECTIVE AGREEMENT BETWEEN ASSODELIVERY AND UGL ON RIDERS:
A «NEVERENDING STORY», BETWEEN CONTRACTUAL ISSUES AND LEGAL REGULATION

This contribution deals with the theoretical issues of collective bargaining concerning food-delivery riders. This case entailed a series of regulatory interventions spanning from collective agreements, administrative decisions and judgments. This contribution depicts the complex governance scene concerning hetero-organized collaborations and tries to provide a possible interpretative framework thereof.

Bruno Veneziani ()*

I GIUDICI DI LUSSEMBURGO
E LE FORMULE «MAGICHE» DEL DIRITTO.
A PROPOSITO DEL CASO *EPSU* (**)

SOMMARIO: 1. La storia si ripete. — 2. Le ragioni del conflitto e il ruolo delle parti. — 3. L'art. 155, par. 2, TfUe. — 4. L'interpretazione letterale. — 5. L'interpretazione storico-sistemica. — 6. L'art. 152 TfUe e il principio generale della promozione dell'autonomia collettiva. — 7. I limiti all'autonomia collettiva. — 8. L'interpretazione teleologica. — 9. Conclusioni: la semantica della Commissione e il ruolo del ricercatore.

1. — *La storia si ripete* — Chiamate dalla Commissione europea a pronunciarsi sulla possibile iniziativa della Unione relativa al consolidamento delle Direttive sulla informazione e consultazione dei lavoratori, estendendone l'ambito di applicazione ai funzionari e dipendenti delle pubbliche amministrazioni degli Stati membri, la *European Federation of Public Service* (Epsu), la delegazione sindacale della amministrazione europea (Tuned) e dei datori di lavoro della pubblica amministrazione (Eupae) comunicano la volontà di avviare la procedura indicata nell'art. 154, par. 4, TfUe e di negoziare e concludere un accordo sulla base dell'art. 155, par. 1, TfUe. Le parti, firmato l'Accordo quadro generale relativo alla informazione e consultazione per i funzionari e dipendenti delle amministrazioni centrali, chiedono alla Commissione di presentare al Consiglio una proposta per la sua attuazione tramite decisione ai sensi dell'art. 155, par. 2, TfUe. La Commissione rigetta la richiesta e fanno ricorso per inadempimento contro il provvedimento la Epsu, che riunisce organizzazioni sindacali europee rappresentative dei lavoratori dei servizi pubblici, congiuntamente alla Confederazione europea dei sindacati indipendenti (Cesi). Il 24.10.2019, il Tribunale della Ue (adunanza plenaria) in I grado respinge il ricorso, costringendo le parti a impugnarlo il 19.12.2019 di fronte alla Corte di Giustizia, che non si è ancora pronunciata.

Esattamente dieci anni dopo le decisioni che compongono il «quartetto» *Laval*, la strategia del cavallo di Troia si consolida e tocca questa volta un tema

(*) Già professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(**) Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di O. Mazzotta*.

Mentre il fascicolo era prossimo alle stampe, l'Avvocato generale Pikamäe ha presentato le conclusioni in cui si propone alla Corte di Giustizia di respingere tutti i motivi di impugnazione sollevati dalla *Epsu*: Conclusioni del 20.1.2021, C-928/19P, *Epsu c. Commissione*.

sensibile – il sistema di informazione e consultazione dei lavoratori –, vale a dire un modello europeo di relazioni industriali accettato come parte fondante del sistema giuridico della Unione. Il Tribunale sembra inchinarsi di fronte alle innovazioni legislative contenute nella trama tessuta a Lisbona, ma così non è. I giudici ne offrono un'interpretazione sostanzialmente riduttiva, smentendo sia lo spirito della riforma che la prassi delle relazioni industriali faticosamente costruite nel recente passato dall'autonomia collettiva nella periferia degli Stati membri e nei Trattati.

Questa volta il trauma del cavallo di Troia colpisce ancora chi segue con interesse le vicissitudini che precedono le riforme dell'ordinamento giuridico europeo e il modo con cui le istituzioni dell'Unione si adoperano per tenerne in vita l'afflato riformatore. Specie se si tratta di orientare la rotta della navigazione in cui l'autonomia collettiva partecipa a pieno titolo alla costruzione di un modello sociale europeo effettivo ed efficace. E questo accade proprio quando viene sottolineato con forza come siano proprio i *social partners* europei «gli attori importanti nella edificazione e nel consolidamento del Modello europeo» (1). Oggi non si può più accusare l'Unione di pagare il prezzo della ipoteca mercantilistica con la quale è nata la «vecchia» Comunità economica e che ne ha caratterizzato lo sviluppo come istituzione attiva nel mercato unificato. Alla fase primordiale del consolidamento delle fondamenta costitutive del *lex mercatoria* ha fatto seguito l'illuminismo di impronta riformista degli anni settanta. Gli anni successivi hanno nutrito a sprazzi e in modo sofferto ma irreversibile la tendenza alla costruzione di un ordinamento socialmente orientato. Nei dieci anni che vanno dal 1986 al 1997, la retorica europea invocava un impegno nella promozione del progresso sociale che fosse compatibile con quello «equilibrato e sostenibile» (art. B, ora art. 3 TUE) del mercato. Le stesse strategie finanziaria e monetaria – ispirate ai criteri della convergenza dell'Emu e della leva dei tassi di interesse della Banca centrale europea – avrebbero dovuto portare a «un elevato livello di occupazione e protezione sociale», rafforzando la «coesione economica e sociale» (art. 3 TUE).

2. — *Le ragioni del conflitto e il ruolo delle parti* — Sia pure per una ragione diversa la storia si ripete. Sotto la lente del giudice europeo c'è, accanto all'autorganizzazione dei gruppi, alla contrattazione collettiva e all'autodifesa, il quarto degli aspetti che caratterizzano la fisionomia della autonomia collettiva: quello che ne rappresenta la vocazione antica e recondita, cioè la democrazia partecipativa.

(1) European Foundation for the improvement of living and working conditions 2012, 16 ss.

In gioco questa volta non c'è da presidiare e garantire la tutela della libera circolazione delle merci o dei capitali o dei servizi, ma – come vedremo – l'equilibrio interistituzionale da proteggere, perché minacciato da chi si arroga prerogative proprie di altre istituzioni, per meglio dire, dei poteri pubblici all'interno dell'Ue. È un conflitto tra poteri. Dunque, è politico.

La Corte di Giustizia deve analizzare gli articoli del Trattato che prescrivono ruolo e funzioni delle parti sociali nell'ordito legale oggi rinnovato nello stile letterario e nella sostanza dal legislatore di Lisbona.

L'interpretazione del caso *Epsu* è rivelatrice degli *animal spirits* che percorrono le aule della giustizia di Lussemburgo, tutte le volte che si trovano a contatto con il dinamismo creativo dell'autonomia collettiva. Quello dei *social partners* è un protagonismo che può causare l'allergia alla Commissione con sua successiva impennata di orgoglio quando si vede spodestata del suo ruolo istituzionale, per di più all'interno della procedura di formazione della legge nel settore della Politica sociale.

Non è una coincidenza fortuita che nel corso di un breve lasso di tempo si siano succeduti due episodi in sequenza ravvicinata che hanno acceso i fari sull'art. 155 (par. 2). Entrambi appaiono proprio nel periodo di maggiore debolezza del ruolo politico della Commissione. E se ciò accade, la strategia di quest'ultima è neutralizzare il pericolo insito nella norma del Trattato sfoderando le proprie difese. L'episodio dell'Accordo sindacale settoriale sulla tutela della salute dei dipendenti da saloni di parrucchieri si è risolto addirittura con il rifiuto della Commissione di accettare l'accordo «senza fornire alcuna giustificazione né informazione preventiva» alle federazioni contraenti. Queste avrebbero poi commentato immediatamente: «è una condotta senza precedenti [...] scorretta e inaccettabile» (2).

Se è stata questa l'occasione per recintare il proprio potere di iniziativa, nel caso *Epsu* la Commissione attiva quello più sottile del censore; dunque un'arma sofisticata perché favorisce sì l'avvio della procedura rifiutando, però, di far progredire l'*iter* di formazione della legge (par. 2) (3).

È una vicenda che richiede all'interprete un'analisi ad ampio raggio dell'intero Titolo X del TfUe: la qualità delle norme e la loro *ratio*, la funzione della procedura, il ruolo degli attori sociali e quello delle istituzioni europee – la Commissione e il Consiglio – coinvolti tutti in un procedimento di formazione della legge regolato dall'equilibrio tra poteri pubblici e privati.

La Corte si è mostrata consapevole in passato che la presenza dell'autonomia collettiva privata è prepotentemente entrata ormai nelle trame della politi-

(2) A. Broughton, Eurofound, 18 novembre 2013; Bandsaz (2014) 505-520.

(3) Tricart 2019, 29.

ca sociale, tant'è che il Titolo X non si limita alla descrizione-prescrizione dei processi con cui essa si muove nel contesto del sistema.

Sarebbe ingeneroso non riconoscere gli sforzi fatti in passato dal legislatore europeo di metabolizzare nel modo più opportuno le esperienze della periferia e accoglierne lo spirito costruttivo.

Dunque è doveroso accogliere non come invitato di pietra l'autonomia collettiva ma promuoverla parte attiva nella formazione del diritto europeo, elevandola al rango di protagonista della Solidarietà di cui parla la Carta dei diritti fondamentali ormai «riconosciuta» come *Bill of rights* (art. 6, par. 1, TUE).

3. — *L'art. 155, par. 2, TfUE* — L'art. 155, par. 2, delinea una procedura di formazione della fonte regolativa nella sua fisionomia per così dire «meccanica»: richiesta volontaria dei *partners* sociali alla Commissione di sottoporre la proposta contenente un accordo collettivo al Consiglio perché provveda all'attuazione dell'accordo. Il Parlamento ha solo un diritto di informazione.

Quanto alle modalità e ai contenuti con cui il potere pubblico agisce, la norma tace allargando lo spazio all'interpretazione che il Tribunale riempie, in questa circostanza, impiegando più metodi interpretativi tutti univoci nel rispecchiare la propria opzione culturale.

L'argomento dei giudici a favore del potere interdittivo della Commissione, nella forma del rifiuto (*reject*) di inoltrare la proposta, muove da un'interpretazione del lessico del legislatore secondo una logica tutta politica.

Certo l'art. 155 TfUE, sia pure ispirato all'art. 138 dell'AUE, propone un idealtipo di produzione del diritto, che, nelle prassi degli Stati membri, ha caratterizzato il processo di formazione della legge «negoziata» e, più in generale, la formazione extralegislativa del diritto del lavoro nazionale. Siffatto modello si è diffuso nel periodo della crisi economica della prima metà degli anni settanta quando i sistemi di relazioni industriali richiedevano risposte istituzionali da parte dello Stato in cambio di consenso. Era il compromesso social-democratico che ha fatto fatica ad accreditarsi nel «sistema Europa». Infatti, lo stesso modello «sublimato» al vertice europeo non risponde oggi solo a una emergenza economica o sociale. È piuttosto il testimone di una consapevolezza gradualmente maturata dalle *élites* politiche per fronteggiare il tradizionale *deficit* democratico più volte rimproverato alla costruzione comunitaria. Era questa l'ipoteca gravante sulla *governance* europea che il progetto di una Costituzione si era proposta di cancellare o quanto meno di attutire.

Nel caso sotto esame, i giudici del Tribunale offrono della cultura riformista una versione riduttiva di quella storia, sminuendo la sostanza pregnante del Titolo X del TfUE.

Il tema centrale è il rapporto tra potere pubblico e autonomia collettiva e,

in particolare, l'equilibrio su cui esso si regge all'interno di un processo di formazione del diritto europeo nell'idealtipo di «procedimento integrato» (4). Quanto alle modalità e ai contenuti con cui il potere pubblico agisce, gli articoli del Trattato coinvolti nel caso *Epsu* tacciono allargando lo spazio ai metodi interpretativi del Tribunale, che sono, come vedremo, «orientati» però da una politica culturale precisa

4. — *L'interpretazione letterale* — La *ratio* dell'intero art. 155 è in linea con l'enfasi promozionale dell'autonomia collettiva che ispira l'intero Titolo X, ove si prevede (par. 1) che l'accordo concluso a livello dell'Unione può essere attuato secondo due modalità differenti, ossia «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri» o, a livello dell'Unione, mediante una procedura che porta all'adozione di atti dell'Unione.

L'autonomia dei *partners* sociali è ragionevolmente disciplinata, libera come è — dice il legislatore europeo — di scegliere la modalità d'attuazione dell'accordo attraverso la via (per così dire esterna) del sostegno legislativo o quella (interna) del ricorso all'ordinamento intersindacale. La laconicità della legge lascia adito a interpretazioni diverse e antitetiche, la cui scelta svela inequivocabilmente le opzioni culturali e pone il dubbio se la Commissione sia obbligata o meno a presentare la proposta al Consiglio.

Il Tribunale legge accuratamente il quadro disegnato dal legislatore nell'art. 155 TfUe, che qualifica l'atto («la proposta») della Commissione, una volta ricevuta la «richiesta congiunta delle parti» (par. 2), come rigetto (*reject*), cioè decisione conclusiva della fase preliminare ed esclusiva dell'avvio della procedura per l'adozione da parte del Consiglio dell'«atto propriamente detto» (punto 27 della motivazione).

È un *diktat* indicatore del peso e della forza con cui la Commissione, auto-proclamatasi in passato «guardiana dei Trattati», esercita le sue prerogative a fronte di poteri privati collettivi. Inoltre rivela la qualificazione formale del rifiuto come atto definitivo e non meramente preparatorio. Una categorizzazione, dunque, dagli effetti giuridici chiari, giuridicamente coerente con l'idea che comunque nel processo formativo della legge la Commissione ritiene di esercitare un potere di valutazione del tutto discrezionale.

È questo l'*incipit* del ragionamento teorico-interpretativo, il primo snodo teorico posto alla base della vicenda, chiara espressione della dinamica degli equilibri messi in gioco tutte le volte che il diritto sindacale e i poteri privati collettivi si misurano con le prerogative delle istituzioni pubbliche. Il che equi-

(4) Caruso, Alaimo 2011; Roccella, Treu 2012, 505.

vale a dire che il diritto sindacale ha sempre a che fare con la collocazione e dislocazione del potere pubblico e sociale (5).

È un esempio di «giurisprudenza creativa» indotta dal silenzio del legislatore sul nodo volutamente ignorato nella misura in cui l'interprete deve determinare la qualità (discrezionale) e la intensità (profonda) del potere pubblico nel momento della creazione della fonte del diritto.

L'atto di rifiuto della Commissione – dicono i giudici – è espressione del potere di iniziativa che, accanto a quello di esecuzione e di controllo, ne caratterizza le delicate funzioni nel contesto del Trattato e che «di norma si applica a tutti gli atti dotati in conformità a una procedura legislativa ordinaria o speciale» (6).

Ma il punto non è questo e attiene all'impiego delle espressioni con cui viene indicata la responsabilità degli organi della Unione nell'attuazione di un accordo collettivo settoriale in una procedura legislativa, attivata e vissuta da soggetti privati.

In effetti, l'interpretazione letterale del Tribunale non è convincente (par. 53). E non scioglie i dubbi. Il lessico inglese «*shall be implemented*», è vero, può apparire imperativo come invece negano i giudici, ma il francese «*intervient*» e l'italiano «sono attuati», utilizzati per indicare il potere della Commissione, potrebbero dimostrare che quell'imperatività è contenuta anche negli «anodini» francese e italiano. A tacer d'altro, l'espressione «*shall be*» nel lessico giuridico europeo indica l'obbligo inderogabile a cui sono tenuti gli Stati membri nella trasposizione di ogni direttiva nel proprio ordinamento (7).

Ne è consapevole il Tribunale quando ricorre all'interpretazione storica della genesi dell'art. 155, par. 2, che proverebbe l'attribuzione alla Commissione di un ampio potere, inclusivo anche del rifiuto di inoltrare al Consiglio la proposta di attuazione (punti 54, 55, 56, 57, 58 della motivazione). I due procedimenti previsti come alternativi dall'articolo – accordo collettivo/attuazione delle parti sociali o dello Stato nazionale, oppure accordo collettivo/proposta della Commissione/attuazione del Consiglio – sono analoghi, sostengono i giudici. I due modelli sarebbero stati «accomunati» nella norma dalla medesima frase «sono attuati» (punto 59). L'imperatività del verbo, apparsa e riapparsa alla fine della faticosa redazione dell'articolo, avrebbe cessato di riferirsi alla decisione della Commissione di proporre l'attuazione degli accordi e sarebbe collegata all'obbligo di attenersi all'una o all'altra delle due procedure indicate. Insomma l'espressione «sono attuati» si riferirebbe alla necessità di raggiungere

(5) Kahn Freund 1977, 276.

(6) Di Bucci, Martenczuck 2015, 209.

(7) Direttiva n. 2015/1794, del 6.10.2015.

l'esito finale del procedimento, ma non all'esercizio del potere della Commissione, che resta ampiamente discrezionale.

Ma, se così fosse, sarebbe incongruo ogni atto della Commissione che bloccasse la fluidità della procedura scelta liberamente dalle parti sociali, che si vedrebbero private del diritto allo svolgimento senza interruzioni dell'*iter* legislativo. L'art. 289 TfUE utilizza la stessa locuzione quando intende conferire in modo imperativo («*shall constitute*») natura di atti legislativi a quelli «adottati mediante procedura legislativa» (art. 289, par. 3). E lo stesso linguaggio del legislatore, nella confezione dei testi dei Trattati, distingue tra ciò che è una scelta possibile – «*may adopt measures*» (8) – e una obbligata: «*shall ensure [...] the date on which a directive must be transposed*» (9).

Nella sua ricostruzione storica, il Tribunale ignora che per la stessa Commissione la frase «*shall be implemented*» implica un vero e proprio «obbligo di attuare» gli accordi per le istituzioni europee e un dovere «di influire sui propri associati» volto allo stesso fine (10).

Dunque l'argomentazione non è convincente. Una interpretazione storico-letterale non convince se avulsa da quella sistematica. E non convince perché la storia dei rapporti tra autonomia dei privati ed eteronomia statale nel corso degli anni nel sistema delle relazioni industriali a livello della Ce-Ue richiede un approccio interpretativo più idoneo a spiegare la norma giuridica in chiave storico-sistematica, con la quale la costituzione materiale di un ordinamento giuridico spiega e arricchisce quella formale.

I giudici mostrano qui tutta la loro allergia all'alterazione dei meccanismi tipici del processo di produzione delle norme, legata com'è alla classica diarchia costituita dalla procedura legislativa «ordinaria» e da quella cd. «speciale». A maggior ragione la loro perplessità si acuisce se Consiglio, Commissione, Parlamento sono affiancati da nuovi attori da tempo insediati nel sistema delle relazioni industriali europee. Sono questi ultimi che costringono le *bouches de la lois* a misurarsi con il principio di realtà e con un linguaggio nuovo che ne esprime la sostanza materiale e la prassi consolidata.

Nella dinamica del lessico processuale i nuovi protagonisti agiscono in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale propria dei «co-legislatori». Lo sono perché partecipano alla formazione della legge europea secondo un modello che

(8) *Consolidated Version of the Treaty of EU*, Title X Social Policy - art. 153, 9.5.2008, art. 2.

(9) *Ivi*, art. 3.

(10) Comunicazione della Commissione, «Partenariato per il cambiamento in una Europa allargata – Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo», Com(2004)557 def., 12.8.2004, Allegato 2; Peruzzi 2011, 225.

non rispetta i canoni tradizionali. L'ordinamento giuridico europeo si mostra in alcuni casi flessibile nel disciplinare la formazione dell'atto legislativo per quanto attiene la variazione del ruolo degli organismi legiferanti e nel prevedere anche la consultazione di organi ausiliari (per esempio il comitato economico e sociale). Beninteso a condizione che lo consenta «la specifica disposizione sulla quale l'atto in questione deve essere adottato» (11). È sempre il Trattato che determina la competenza dei partecipanti – Consiglio o Commissione – che si muovono secondo schemi a geometria variabile. La flessibilità può attenere alle procedure pur corrispondendo l'atto a quelli cd. tipici così definiti dall'art. 288 TfUE.

Certo nel caso in esame siamo in presenza di una «procedura semplificata» attivabile se prevista dall'«ordinamento legislativo del Trattato» o dalla «prassi costante delle istituzioni comunitarie (oggi dell'Unione) in conformità alle concezioni giuridiche prevalenti degli Stati membri» (12). Si può ipotizzare che in qualche modo il Parlamento europeo, come succede in alcuni casi, «partecipa alla adozione dell'atto del consiglio con il suo parere o una approvazione» (13). Va sottolineato peraltro che, a differenza del art. 211 del Trattato Cee, l'art. 17 TUE non menziona un potere di decisione, peraltro riconosciuto alla Commissione dall'ordinamento solo in specifiche circostanze indicate nelle norme. Accanto a esso si tratta di poteri di vigilanza, controllo, raccomandazioni, pareri.

Non è da sottovalutare che oggi la funzione di iniziativa è governata dalla norma-principio trasversale secondo cui la Commissione ha l'obbligo di «mantenere un dialogo aperto trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile» (art. 11, par. 3, TUE).

Una interpretazione letterale dell'art. 155, par. 2, e degli atti compiuti dai protagonisti suggerisce la sequenza secondo cui la intera procedura si sviluppa con la «richiesta» delle parti, la «decisione» del Consiglio e l'«informazione» al Parlamento. Il punto critico è tutto nell'articolazione delle prerogative diseguate dall'art. 155 TfUE e descritte dalla Corte, che attribuisce al Parlamento uno squisito «ampio potere discrezionale di natura politica» e alla Commissione «un potere di valutazione [...] del tutto discrezionale» (punto 30 della motivazione). È dunque, come si è detto, «un potere di iniziativa» (punto 73) che caratterizza un atto costitutivo di effetti giuridici, ma non vuol dire che esso implichi un potere di accettare o «rifiutare» di presentare la proposta di attuazione dell'accordo al Consiglio. Ove ciò accadesse la Commissione verrebbe meno all'obbligo, previsto nell'art. 152 TfUE, di «facilitare» il dialogo sociale interve-

(11) Villani 2015, 221.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ivi*, 223.

nendo nella zona di riservato dominio dell'autonomia privata che sola è *domina* dell'atto negoziale e dei suoi contenuti.

Dunque siamo a un cambio di rotta radicale. È ancora più stupefacente se si pensa all'apertura culturale che nel recente passato aveva indotto i giudici di Lussemburgo a sostenere, con apprezzabile realismo, che nel corso della procedura l'intervento della Commissione e del Consiglio ha per effetto di conferire un fondamento comunitario di natura legislativa a un accordo concluso tra parti sociali, senza ricorrere ai procedimenti classici di elaborazione della legge «previsti dal Trattato che implicano la partecipazione del Parlamento europeo». D'altro canto, sono gli stessi giudici che hanno riconosciuto vent'anni fa come il dialogo sociale eserciti la funzione – addirittura – di sostituto del Parlamento europeo nel processo legislativo, perché esso serve a «democratizzare la vita della Unione». Il giudice infatti prosegue coerentemente sostenendo che l'osservanza del principio di democrazia, su cui l'Unione è fondata, richiede – in assenza di un organismo così importante – che la partecipazione dei popoli a tale processo sia garantita in modo alternativo, nella fattispecie «dalle parti sociali che hanno concluso l'accordo al quale il Consiglio, statuendo a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione conferisce un fondamento legislativo a livello comunitario [oggi Unione: *n.d.a.*]. Per controllare il rispetto di tale condizione spetta alla Commissione e al Consiglio verificare la rappresentatività delle parti sociali interessate» (14).

È una presa d'atto della Corte da cui possono ricavarsi interessanti corollari: l'omaggio reso all'autonomia collettiva, la sua collocazione tra le istituzioni della democrazia partecipativa, l'essere un fattore costitutivo del fondamento di un atto legislativo e coprotagonista del suo procedimento creativo. La sua presenza è soggetta «solo» al limite del controllo sulla idoneità a rappresentare l'interesse di una collettività.

Forse la Corte non pensava nel 1998 che motivando la decisione con la teoria del pluralismo costituzionale avrebbe inconsapevolmente aperto la strada alla valorizzazione dell'autonomia collettiva, che riceverà gli onori della legge apparendo come principio generale del Trattato (art. 152 TfUE) e come valore, la «Solidarietà», tra i titoli della Carta dei diritti fondamentali.

È la stessa Commissione, però, a «rimuovere» il proprio passato, in maniera non certo inconsapevole, per cui il suo rifiuto diventa, oggi, ancora più allarmante quanto più disarmonico rispetto alla storia del ruolo che essa ha interpretato. Tutt'altra cultura, tutt'altro spirito e persino entusiasmo si possono «leggere» nelle Comunicazioni con cui essa impartisce la sua dottrina. Il dialogo

(14) C. Giust. 17.6.1998, T-135/96, *Ueapme c. Consiglio*, EU:T:1998:128, punti 75, 76, 79, 84.

sociale è «un modello per legiferare meglio (*better governance*)» che configura una ipotesi di sussidiarietà messa «in pratica» e le contrattazioni «rappresentano il mezzo più appropriato per affrontare i temi della organizzazione del lavoro a livello di settore e intersettoriale» (15). In modo più accentuato e in tempi recenti viene accolta con favore la iniziativa delle parti di rivedere la Direttiva sull'orario del 2003 (16). Ed è addirittura paradossale che proprio il tema della informazione e consultazione dei lavoratori della pubblica amministrazione sia considerato un argomento delicato che «potrebbe essere discusso all'interno di un dialogo sociale settoriale» (17).

5. — *L'interpretazione storico-sistemica* — Nella versione proposta dai giudicanti del caso *Epsu* la interpretazione sistematica si regge sul seguente assioma: l'art. 17 TUE è indicativo dei poteri della Commissione. Nei paragrafi 1 e 2 appare la griglia delle sue prerogative e quel potere di iniziativa che essa esercita nei limiti indicati in modo funzionale alla promozione dell'interesse generale dell'Unione (art. 17, par. 1) e in forza della indipendenza di cui gode (punti 65, 66, 67).

Il Tribunale è sordo al richiamo dei ricorrenti affinché i Trattati di Lisbona vengano «letti» come un insieme coerente nella struttura e dotato di meccanismi decisionali funzionali ai nuovi obbiettivi dell'Ue e oppone un'argomentazione sbrigativa che sposta le lancette all'indietro.

Quando si è imbattuta nell'art. 152 TfUE, la Grande Sezione della Corte lo ha relegato a mero simbolo a cui attribuire un omaggio rituale, non è andata oltre un mero tributo formale e non ne fornisce né una interpretazione di sistema né estrae il senso e la portata della innovazione (18). Insomma non ha mai pensato che l'art. 152 potesse valere come canone giuridico irreversibile. Esso infatti è norma di principio e di organizzazione che segue l'*incipit* di apertura del Titolo X, ove (art. 151, par. 1) si descrivono gli obiettivi «comuni» all'Unione e agli Stati membri e si ribadisce sia «fedele» ai diritti sociali fondamentali nella consapevolezza della «diversità delle prassi nazionali, in particolare delle relazioni contrattuali» (art. 151, par. 2).

L'art. 152 TfUE si colloca all'interno dei Trattati rafforzando in modo coerente il controllo esercitato dalla *rule of law* come «il fondamento costituzionale

(15) Com(2004)557 final del 12.8.2004, parr. 3.1 e 4.1; Proposta di Direttiva Com(2009)577 final, del 26.10.2009, 10.

(16) Tricart 2019, 28.

(17) Documento di lavoro dei servizi della Commissione Swd(2013)53 fin/2, 37.

(18) C. Giust. 15.7.2010, C-271/08 e C-246/2, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, punto 39.

della Unione europea» (19) e valore comune legittimato da fonti normative e istituzionali (20). In questa chiave si spiega la collocazione strategica dell'art. 2 TUE con i suoi principi costitutivi della natura della istituzione: certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, indipendenza e imparzialità del giudice, uguaglianza davanti alla legge. Sono principi che configurano la Ue come democrazia garante degli equilibri tra istituzioni e tra queste e i cittadini. La immagine si completa con due principi generali: quello di legalità riferito al processo legislativo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico, e, in quanto correlato, quello del controllo giurisdizionale effettivo che attiene strettamente al rispetto dei diritti fondamentali (21).

L'integrazione giuridica si sperava cominciasse da qui.

Il caso *Epsu* evoca l'art. 2 TfUE, ma i giudici del Tribunale, nella valutazione del caso concreto, hanno a che fare anche con un protagonista che rivendica il rispetto di principi, diritti e valori che lo riguardano.

L'autonomia collettiva nel corso degli ultimi anni è diventata a tutti gli effetti, grazie alla consacrazione legislativa, partecipe del dialogo interistituzionale e protagonista attivo del modello sociale europeo, dopo che l'ordinamento giuridico europeo era vissuto per molto tempo senza una forte base legittimante. Come dire, priva di una dimensione costituzionale dei diritti sociali (22).

I *social partners* sono apparsi nel 1987 come protagonisti del «dialogo sociale» (Atto Unico europeo, art. 118, lett. b), poi soggetti della consultazione da parte della Commissione e alla fine parti attive nella contrattazione (artt. 138 e 139 TCE) (23). È solo con l'art. 152 TfUE che avviene la loro promozione al rango più elevato della piramide delle fonti regolative.

Non è solo un riconoscimento formale perché Unione è tenuta a prendere atto (obbligo passivo) e promuovere (obbligo con contenuto attivo) la presenza dell'autonomia collettiva «al suo livello», in quanto chiamata a svolgere la sua «missione» non solo nell'ambito della politica sociale, ma là dove siano in gioco tutti gli aspetti del mercato del lavoro e del *welfare*. E ciò deve avvenire nel rispetto delle «regole auree» che muovono il sistema della Unione quali sono i principi di attribuzione e di sussidiarietà (art. 5, par. 2, TUE; art. 3, par. 6, e art. 4, par. 1, TUE; art. 7 TfUE).

Nel caso di specie l'ambito di intervento dell'autonomia collettiva obbedi-

(19) Caggiano 2017, 512.

(20) Una per tutte, Com(2014)158 final: «Un nuovo quadro della Ue per rafforzare lo stato di diritto, Allegato I – Lo Stato di diritto, principio fondante della Unione», del 11.3.2014.

(21) Caggiano 2017, 513-514.

(22) Lo Faro 1999, 281-283.

(23) Guarriello 1992, 231 ss.

sce all'art. 153 TfUE, che considera la informazione e consultazione dei lavoratori uno degli obiettivi che, peraltro, l'Unione «sostiene» (lett. e, par. 1).

È vero che il Tribunale analizza tecnicamente l'art. 152, garantendo alle parti sociali una negoziazione libera da condizionamenti di sorta (punto 86 della motivazione). Il dialogo, dunque, si deve svolgere in un modo esente «da ogni influenza» su alcun «principio o contenuto di un accordo» (par. 86). Ma per i giudici la libertà dei contraenti si esaurisce tutta in questa fase, dopo di che la Commissione «riacquista il controllo della procedura» (punto 87).

Ma, appunto, solo della procedura.

Il rifiuto dell'accordo, però, implica una valutazione di opportunità e legittimità dello stesso. Ove ciò accadesse, argomentano a ragione i ricorrenti, significherebbe per gli stessi dover negoziare *ab ovo* con la Commissione lo stesso contenuto delle intese raggiunte al costo della violazione della propria autodeterminazione. Inoltre i giudici sembrano voler rassicurare i ricorrenti sul rispetto della democrazia partecipativa sottolineando con enfasi come esso sia stato valorizzato nell'art. 155 ove «si riflette principalmente nella partecipazione del Parlamento europeo al processo decisionale» (punto 95). Non c'è dubbio che ragioni di opportunità ed equilibrio interistituzionale abbiano indotto a sottrarre dall'ombra, più di quanto non abbia fatto il legislatore in passato, una istituzione a cui viene riconosciuto solo il diritto di informazione.

Ma niente più di questo. Certamente la scelta è di non far gravare sull'autonomia delle parti il peso di un organo privo del potere reale di incidere sia nella dialettica tra forze sociali e istituzioni sovrane sia sui risultati del compromesso contrattuale-legislativo. L'avverbio «principalmente» lascia ipotizzare che, se la presenza del Parlamento è la «principale» espressione del principio democratico, non è l'unica. Infatti sono necessari tutti gli attori la cui competenza abbraccia i temi della politica sociale del Titolo X TfUE, che conferisce loro il diritto di avviare e concludere il processo negoziale. Insomma il valore della democrazia si concretizza solo quando «tutti» i componenti della *agorà* partecipano alla formazione della decisione.

La stessa Commissione, in altri tempi – malcelando l'entusiasmo nel riconoscere l'avvento sulla scena europea dell'autonomia collettiva –, sosteneva che la decisione del Consiglio debba limitarsi a rendere obbligatorie le norme dell'accordo, e che se questo fosse emendato non potrebbe più considerarsi come liberamente concluso tra le parti (24). E si è spinta oltre, giungendo persino a minacciare il Consiglio di ritirare la propria proposta «ove in quella sede non si dimostrasse una pari reverenza nei confronti dell'accordo» (25).

(24) Com(93)600 del 14.12.1993, parr. 41 e 15.

(25) Com(93)600 del 14.12.1993, par. 42 e Lo Faro 1999, 216.

Oggi, nel Titolo X c'è a chiare lettere il modello di democrazia scelto per un ordinamento giuridico complesso e *sui generis* come è quello europeo. In esso si rintraccia una opzione ideologica, più esplicita di quella prefigurata dal Trattato del 2004, coerente con la idea che la partecipazione alla vita della Unione abbia la forma e la sostanza della rappresentanza politica (art. 10, par. 4, TUE) e in senso ampio associativa (art. 11, par. 1, TUE).

Era da tempo che gli osservatori invocavano il ricorso a un *bill of rights* tale da mutare la immagine di una Unione europea «tecnocratica in natura e deficitaria in democrazia» (26). Andando a ritroso nel tempo è dal 1980 che la stessa Corte di Giustizia suggerisce che la terapia opportuna ai fini del risanamento del *deficit* democratico del sistema sia il completo coinvolgimento delle istituzioni rappresentative della volontà popolare (27). Inoltre sono gli stessi giudici (28) a chiedere che le rappresentanze politica e civile siano corroborate dall'obbligo di «mantenere un dialogo aperto e trasparente e regolare con le associazioni rappresentative della società civile» procedendo ad «ampie consultazioni delle parti interessate» (11, par. 3, TUE).

Oggi quegli avvertimenti sono espressi con chiarezza nell'art. 152 TfUE.

Il pluralismo democratico-partecipativo si aggiunge alla serie degli elementi costitutivi della *rule of law* della Unione e indicativi di una comunità di diritto dotata di supremazia normativa – grazie a rimedi giuridici e provvedimenti amministrativi sottoposti al vaglio giurisprudenziale superiore – e di norme attributive di poteri di controllo dei soggetti e poteri diffusi presenti nell'ordinamento (29).

La necessità del controllo era stata avvertita in passato e l'aveva espressa, sia pure in modo indiretto, il Trattato di Maastricht (art. F), che si appellava solo ai principi democratici degli Stati membri (30). Oggi la Unione manifesta la pienezza della propria dimensione politica, giuridica e sociale in un ordinamento costituzionale presidiato oggi anche dalla Carta dei diritti e dei valori fondamentali.

Certo il sistema funziona grazie a principi generali organizzativi della struttura – l'attribuzione delle competenze e la delimitazione dei ruoli – e di funzionamento dei poteri come il principio di sussidiarietà e della proporzionalità (art. 5, par. 1, TUE). Ma la riforma di Lisbona ha inserito il principio di pros-

(26) Van Gerven 2009, 153.

(27) C. Giust. 29.10.1980, *Consiglio v. Germania*, punto 59.

(28) C. Giust. 23.4.1986, C-294/83, *Partie ecologiste «les Verts» c. Parlamento europeo*, in *Racc.*, 1986, 1339.

(29) Russo 2015, 53 ss.

(30) *Ibidem*.

simità, incluso tanto nel Preambolo che nell'art. 1 TUE, secondo cui le decisioni devono essere prese a livello più prossimo dei cittadini.

È dunque strumentale allo spirito oltre che alla lettera pensare che, ad esempio, la consultazione dell'autonomia collettiva sia un viatico per rendere concreta la democrazia partecipativa nel procedimento di formazione del diritto derivato, purché avvenga nel rispetto del principio della competenza (31).

Non è dunque azzardato, come sembra invece ai giudici di Lussemburgo (par. 98), parlare di sussidiarietà orizzontale se questa categoria si riferisce a un istituto presidiato da una norma generale inserita «in» e coordinata «con» questo più ampio contesto.

6. — *L'art. 152 TfUE e il principio generale della promozione dell'autonomia collettiva* — È nel Dna del giurista del lavoro più che di altri cultori del diritto, diceva Jean Carbonnier, occuparsi del pluralismo (32). Infatti, l'art. 152 ne offre la occasione in quanto specificazione del «principio del pluralismo» democratico nell'area della politica sociale nella misura in cui l'attivismo dell'autonomia collettiva viene valorizzato, stimolato e garantito contro eventuali ostacoli. Infatti una lettura coordinata con gli articoli successivi fa emergere come esso sia centrato sulle aree di competenza rispettose della ripartizione dei temi della politica sociale riservate ai *partner* sociali (art. 155 TfUE), e si sviluppi con la negoziazione e consultazione (par. 2) tra istituzioni, i cui rapporti sono regolati in modo essenziale (artt. 154 e 155 TfUE) secondo ruoli e funzioni tali da non scontrarne gli equilibri. Certo lo stesso Tribunale riconosce che negoziazione e conclusione dell'accordo rappresentano la funzione della prima fase del procedimento, esaurita la quale però la Commissione deve riprendere il controllo della procedura e decidere se accettare o rifiutare di presentare la proposta al Consiglio.

Ma così non può essere.

Se così fosse, la Commissione avrebbe assolto solo all'obbligo di facilitare, cioè di non ostacolare il negoziato, ma non a quello di promuoverlo e sostenerlo. Siamo in un modello di formazione della legge parzialmente diverso rispetto alla previsione dell'art. 289 TfUE, ove appaiono categorizzate solo la procedura legislativa ordinaria e quella speciale. Siamo di fronte a un atto negoziale che acquista efficacia normativa ed effetto *erga omnes* per mezzo della decisione dell'istituzione pubblica che sottolinea il valore da attribuire all'autonomia collettiva come fonte sostanziale di disciplina dei rapporti di lavoro europei (33).

(31) Roccella, Treu 2012, 495 ss.

(32) Carbonnier 1997, XXI.

(33) Roccella, Treu 2012, 512.

L'esito finale passa al vaglio del Consiglio, che provvede a valutare in che misura l'accordo contribuisce al raggiungimento degli obbiettivi della Unione e a decidere non di cambiarlo, ma di accettarlo o respingerlo (34) *in toto*: in caso di una valutazione negativa, lo stesso organo può fare solo questo.

La tipologia procedurale *ex art.* 155, par. 2, è la specificazione del principio generale della promozione dell'autonomia collettiva prefigurato nell'art. 152 TfUe.

Ancora una volta va ricordato che l'*iter* che ha portato al mercato comune con cui nasce il Trattato di Roma per evolversi in «mercato interno» dopo l'AUE e il *Libro bianco* è stato accompagnato e «santificato» da fondamentali libertà economiche. Merci e beni sono sostenuti dal principio della libera circolazione; le società di capitali dalla facilità dei movimenti e del mutuo riconoscimento (35) nel segno della liberalizzazione totale (art. 63 TfUe). Sono principi di chiaro respiro promozionale dotati spesso di efficacia diretta per realizzare la integrazione economico-doganale dei mercati nazionali attraverso «un ordine di libertà per il compimento degli affari» (36).

Oggi l'orizzonte della Unione è mutato e quei principi non esauriscono i tratti della fisionomia e della fisiologia del mercato, costruito oggi dai nuovi Trattati che impongono alla Unione di «adoperarsi» perché quella del mercato sia una economia «sociale» (art. 3, par. 3, TUE). Era questa la speranza coltivata da quanti avevano auspicato una caratterizzazione forte in senso istituzionale dell'autonomia collettiva perché assumesse una «dimensione costituzionale» ai fini della «integrazione positiva» (37).

Il paradigma normativo dell'art. 155 TfUe si pone come tipologia peculiare accanto alla procedura legislativa ordinaria e a quella speciale dell'art. 289 TfUe. La differenza rispetto a queste ultime è costituita dalla presenza di un negozio privato entrato nel circuito di formazione della legge a cui partecipano, con ruoli diversi, Commissione e Parlamento riservando al Consiglio il suggerimento finale (38).

Non sarebbe una eresia riconoscere la esistenza di un «principio generale» di promozione dell'autonomia collettiva in sintonia con la storia e la nuova linfa dei Trattati. È grazie alla Carta dei diritti fondamentali, dei quali è parte integrante, che emerge il rango costituzionale della «Solidarietà»: valore comprensivo di tutti gli aspetti – autorganizzazione, contrattazione, partecipazione e au-

(34) *Ibidem*.

(35) Adobati, Capecchi *et al.* 2010, 170.

(36) Irti 1998, 25.

(37) Muckenberger *et al.* 1996, 164; Bercusson 2001, 207.

(38) Roccella, Treu 2012, 512.

totutela – costitutivi dell'autonomia collettiva. In quanto principio si aggiungerebbe a quelli già esistenti ed eserciterebbe le proprie peculiari funzioni.

I principi generali sono fattori costitutivi della qualità e vitalità del *corpus* normativo e sono di origine pretoria o previsti dagli stessi Trattati. Quelli relativi alla tutela dei diritti fondamentali hanno rango superiore rispetto al diritto derivato e come tale ogni atto non potrebbe mai essere contrario alle fonti primarie del diritto Ue (39). Valgano come esempi per tutti i principi della sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE), della non discriminazione in base alla nazionalità (art. 18 TFUE), della libera circolazione delle persone (art. 45 TFUE): tutti rilevanti anche per la politica sociale. Quand'anche i giudici di oggi non volessero estrarre dall'art. 152 TFUE il principio del sostegno all'autonomia collettiva, si può ricordare a essi che estendere il diritto di informazione e consultazione ai dipendenti pubblici significa rendere effettiva la uguaglianza: un principio desunto dagli stessi giudici dal divieto di discriminazioni per motivi diversi (la nazionalità nell'art. 18 TFUE, il sesso nell'art. 157 TFUE).

7. — *I limiti all'autonomia collettiva* — La difficoltà di accettare la idea che la procedura promuova come co-legislatori le parti sociali induce il Tribunale (punti 95 e 96) ad affermare che il mancato riconoscimento alla Commissione del potere di rifiutare la proposta equivarrebbe a privarla della prerogativa di preparare una propria iniziativa sullo stesso tema e stesso contenuto, con la presenza più solida del Parlamento europeo come previsto dall'art. 153, par. 2. Insomma nella disciplina di un tema «caldo» o sensibile come la informazione e consultazione si creerebbe uno squilibrio istituzionale tra la procedura legislativa *sui generis* e quella legislativa ordinaria a tutto discapito del Parlamento.

La preoccupazione dei giudicanti non è fondata né dal punto di vista formale né dal punto di vista della strategia sindacale. Le procedure a cui si riferiscono l'art. 155 e l'art. 153 non sono concorrenti ma alternative. I trattati consentono ai *social partners* la possibilità di effettuare una scelta politica che è di pura convenienza, in quanto misurata sulle possibilità di successo dell'una o dell'altra opzione.

Così si può capire – anche se non condividere – la interpretazione che della propria funzione nel procedimento fornisce la stessa Commissione, di cui è convinta anche il Tribunale quando ricorda ai ricorrenti come la discrezionalità di quest'organo goda di un margine «ampio» (punto 109) e «intenso» (punto 110). Infatti si esercita anzitutto nella verifica della rappresentatività delle parti, si sofferma sulla «rigorosa legittimità» (*strict legitimacy*) delle clausole contrat-

(39) Santini 2010, 247.

tuali (punti 108 e 109) e giunge a controllare la «opportunità» dell'attuazione dell'accordo «alla luce di considerazioni di ordine politico economico e sociale» (punto 79), e infine completa la propria «missione» istituzionale chiedendosi se l'accordo è «appropriato alla luce dell'interesse generale» (punto 79).

Al quadro si aggiunge anche il divieto di «imporre vincoli amministrativi finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese» (art. 153 TfUe, par. 2, lett. b).

È una interpretazione della dinamica procedurale in cui la Commissione impone la sua presenza con una intensità crescente e invasiva dell'autonomia collettiva che non risponde né alla lettera né allo spirito del canone della integrazione positiva attraverso il diritto. Invece la Commissione diventa – secondo i giudici – «padrona» dell'intero modulo procedurale che nelle intenzioni del legislatore era «immaginato» come sostegno ai *social partners*. Essa ne misura l'identità, la materia negoziata, la qualità della *ratio* politica, la sostenibilità politico-istituzionale rispetto all'ordinamento giuridico complessivo. Come dire che adotta gli attrezzi che l'ordine costituito le fornisce come il giudizio della conformità della misura proposta alle norme giuridiche (legittimità) e alle esigenze (opportunità) e quello della congruità rispetto ai fini della Ue (proporzionalità).

Il Tribunale «ricorda» e «spiega» agli interessati come la Commissione debba svolgere «pienamente» il suo ruolo, secondo l'art. 17, par. 1, TUE, consistente nel «promuovere l'interesse generale dell'Unione». La norma muta significativamente il testo dell'art. 211 TCE, che limitava tale promozione all'obiettivo di «assicurare il funzionamento e lo sviluppo del mercato comune». Quel lessico, però, era antiquato e in sintonia dunque con la ispirazione puramente mercantile di cui erano nutriti tanto il sistema normativo quanto la maggior parte della cultura giuridica coeva.

Con l'ampliamento delle attività della Unione e con l'innesto di principi e norme nuove, si è aperto il respiro costituzionale dei Trattati alla dimensione sociale del mercato. La stessa nozione di interesse «generale» viene introdotta alla origine con l'intento di rendere indipendente la Commissione, quale rappresentante *super partes* della *polis*, dalle influenze della partitocrazia (40). La fisionomia quantitativa e qualitativa del mercato unico è caratterizzata da una economia multidimensionale (la compresenza di imprese di varia caratura, il traffico transnazionale delle merci, dei capitali e dei servizi), ed è geneticamente modificata. È la finanza che oggi vi si aggiunge con «connotati vasti e complessi» perché il capitale non è più monosettoriale ma attraversa tutte la

(40) Di Bucci, Martenczuck 2015, 204.

aree della produzione (41). La Unione va equilibrata con il peso della sua fisiologia sociale connotata dai principi e dai valori indicati nel Preambolo dei Trattati di Lisbona, dalle Disposizioni comuni del Titolo I, dai principi democratici del Titolo II e dal Titolo X e, soprattutto, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

Oggi l'obbligo della Commissione come istituzione politica consiste nel dare sostanza pregnante all'interesse generale con cui realizza l'«economia sociale di mercato»; espressioni che rischiano di essere vaghe e generiche se non vengono contestualizzate. È da pensare che solo l'inosservanza dell'art. 17 TUE, quale norma decisiva con cui misurare la legittimità dell'accordo, possa condurre al giudizio di rifiuto della Commissione (42).

In ogni caso, per non incorrere nel rischio di rendere l'interesse generale una delle formule magiche della scienza giuridica che nasconde «strumenti di incantesimo del diritto» (43) vanno rese effettive le fonti normative che lo riempiono di senso. D'altro canto, era stata la stessa Corte di Giustizia a riconoscere alla tutela dei diritti dei lavoratori il valore di «ragione imperativa di interesse generale» capace di prevalere sulle libertà economiche (44).

Il Tribunale liquida con sbrigatività anche il richiamo letterale agli artt. 28 e 12 della Carta dei diritti fondamentali e agli artt. 3, par. 3, TUE e 9 TFUE (punto 99 della motivazione) in quanto norme prive di forza giuridica vincolante tale da obbligare le «istituzioni ad attuare un [...] accordo a livello dell'Unione» (punto 100). Non c'è che dire: la conclusione dei giudici è coerente con le premesse, e pertanto deludente.

Nel contesto dei Trattati Ue si ritrovano i valori (art. 2 TUE) e gli obiettivi (art. 3 TUE) che sono categorie giuridiche dotate dal carattere della «universalità». Al loro interno il più scrupoloso giurista positivista rintraccerebbe i paradigmi del diritto del lavoro in quanto diritto umano, dei quali l'uno di natura giuridica, come l'uguaglianza, e l'altro, di carattere politico, come la piena occupazione. Per di più quest'ultimo è il fine con il quale l'art. 3, par. 3, TUE – più esplicito rispetto alla formula «miglioramento delle condizioni di lavoro» dell'art. 117 TCE – denota uno dei più «nobili» interessi generali

(41) Galgano 1993, 213.

(42) Roccella, Treu 2012, 513; Guarriello 1999, 250-251.

(43) Wietholter 1998, 27.

(44) Triggiani 2014, 13; C. Giust. 21.10.2004, C-445/2003, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.*, 2004, I-10191, punto 29; C. Giust. 7.1.2002, C-279/00, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 2002, I-1460, punto 19; C. Giust. 25.7.1991, C-288/89, *Stichting collectieve Antennevoorziening Gouda*, in *Racc.*, I-4007, punto 14; C. Giust. 23.11.1999, C-369 e C-376/96, *Arblade*, punto 36; C. Giust. 23.5.1996, C-237/94, *John O'Flynn c. Adjudication Officer*, punto 19; C. Giust., 17 12 1981, C-279/80, *Webb*.

dell'Unione. È anche su questo terreno della tutela dei diritti dei lavoratori, del *welfare* e del mercato del lavoro che la Commissione svolge il suo ruolo promozionale consistente nel «dialogo con le associazioni rappresentative della società civile» (art. 11 TUE).

Gli articoli ricordati dai ricorrenti e ripresi dai giudici vanno letti considerando il loro significato e la loro funzione nel sistema Ue.

Essi sono indirizzati, prima che agli Stati membri, alla stessa Unione. È sempre questa la destinataria dei compiti tracciati dal legislatore, il primo dei quali è la fondazione della economia sociale di mercato (art. 3, par. 3). Infatti è l'Unione che «riconosce» le libertà e i diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (art. 6 TUE) e, con le sue «istituzioni organi e organismi», si obbliga «ad attuare» le sue norme (art. 51, par. 1), «tiene conto» (art. 9 TfUE) di obiettivi tassativamente indicati come la promozione di un elevato livello di occupazione istruzione e formazione, adeguata protezione sociale, lotta contro la esclusione sociale e tutela della salute umana. E si dovrebbero aggiungere tutte le norme che prevedono i modelli di forte impatto strategico come il dialogo sociale, il coinvolgimento dell'autonomia collettiva nel processo di formazione della legge, il diritto di informazione e consultazione (previsto anche nell'art. 27 della Carta). Ma non basta per comporre il mosaico.

8. — *L'interpretazione teleologica* — Nella architettura dei Trattati, l'art. 9 TfUE è una «clausola sociale orizzontale» innovatrice del precedente articolo 2 TCe modificato a Nizza, e si proietta sul terreno tutto interno all'etica del potere pubblico europeo consapevole di dover governare con coerenza tra politiche, obiettivi e responsabilità sociale di ampio respiro transnazionale. È una norma di organizzazione che rende possibile la cooperazione di istituzioni e gruppi attivi nel perseguire «un fine comune» (45) che nel contesto della *civitas* europea è il modello sociale europeo.

Quest'ultimo è invocato nel *Libro bianco* (46) e diventa *Leitmotiv* nelle strategie successive (47).

Vale la pena far notare che l'art. 9 è collocato nella Parte I del TfUE in quanto «Principio» attinente alle «Disposizioni di applicazione generale», dove esso convive con principi sul funzionamento della organizzazione (art. 1), sulla

(45) Bobbio 2007, 40.

(46) *Libro bianco* su *Crescita, competitività, occupazione – Sfide e vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, Com(93)700 def., del 5.12.1993.

(47) Comunicazione della Commissione del 3.3.2010, «Europa 2020: una strategia intelligente, sostenibile ed inclusiva. Consiglio europeo del 25 marzo 2010. Conclusioni della presidenza»; Alaimo 2013, 260.

competenza esclusiva (art. 2) e sulle misure di indirizzo (art. 5), coerenza tra varie politiche e azioni (art. 7) e principi sugli scopi quale la eliminazione delle disuguaglianze e promozione della parità (art. 8) nonché divieto delle discriminazioni (art. 10).

È in tale contesto che l'art. 9 è funzionale alle esigenze generali della *societas* europea e alle sue «politiche e azioni», per le quali l'intero Titolo X, con i meccanismi *ex* artt. 154 e 155, funge da struttura portante. Il suo contenuto infatti non coincide necessariamente con quello presente in altri Titoli del Trattato, ma è relevantissimo ai fini della costruzione della dimensione sociale, esprimendone gli interessi generali da soddisfare che sono indotti da politiche fiscali, economiche, di bilancio (48). La sua operatività si può collocare anche nelle relazioni internazionali in funzione di *antidumping* sociale a favore della tutela dei diritti fondamentali del lavoro (49).

L'art. 9 va utilizzato per interpretare le altre disposizioni dei Trattati e del diritto derivato in materia sociale (50). E va corroborato da tutte le norme derivanti da fonti internazionali, *maxime* dalla Carta di Nizza, che offrirebbero agli stessi giudici europei lo slancio per superare le esitazioni con cui hanno dovuto affrontare gli istituti giuridici strettamente attinenti alla occupazione come il lavoro nei pubblici appalti, la flessibilità, la continuità e la durata dei rapporti e la cessazione dei contratti (51).

Valori, principi e diritti sono entrati nel circuito dei Trattati come norme di rango costituzionale da porre alla base dei diritti del lavoro e del *welfare*. Non è stato un percorso facile. La Carta dei diritti fondamentali era penetrata nelle aule di giustizia di Lussemburgo nel 2006 quando non era ancora giuridicamente vincolante. Tuttavia se ne auspicava l'attuazione, perché proprio il capitolo della Solidarietà assicurava visibilità e identità di categoria giuridica all'autonomia collettiva «altrettanto fondamentale» anche se posta in «equivalenza gerarchica» con le libertà «fondamentali della economia» (52).

E sarà proprio questa equivalenza di uguale rango a costituire un'altra delle formule magiche della scienza giuridica.

Oggi il Tribunale, posto «di fronte a interessi confliggenti», riconosce che la Commissione, nel rifiuto di inoltrare la proposta, non adduce come causa né la rappresentatività delle parti firmatarie dell'accordo né la legittimità delle sue

(48) Cisotta 2015, 459-461.

(49) Triggiani 2014, 23.

(50) Villani 2015, 246.

(51) Orlandini 2013, 163 ss.

(52) Conclusioni dell'Avv. Gen. Trstenjak del 14.4.2010, C-271/108, *Commissione contro Germania*.

clausole (punto 122 della motivazione). Essa, continuano i giudici, ha valutato la congruità dell'iniziativa dei *partners* sociali che non hanno tenuto nel debito conto né la specificità delle amministrazioni centrali pubbliche né la circostanza che l'accordo potrebbe avere «una incidenza sul loro funzionamento [...] modificando i rapporti di queste ultime con i propri funzionari e dipendenti» (punto 130). L'attuazione del negoziato, pertanto, inciderebbe in maniera variabile sugli Stati membri in ragione del loro grado di decentramento amministrativo.

Le argomentazioni della Commissione – condivise dal Tribunale – attengono al profilo della opportunità dell'iniziativa e suonano come una censura per i contraenti incapaci di misurare il proprio sforzo regolatore sulla complessità del fenomeno. Eppure i ricorrenti non avevano fatto altro che tentare di applicare il principio di uguaglianza e non discriminazione di cui agli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali, riducendo le disuguaglianze tra dipendenti pubblici e privati con una disciplina che ne riducesse le diversità di garanzie economiche e giuridiche.

Era una esigenza di cui la Corte di Giustizia nel 2010 si era fatta paladina quando, nell'interpretare le clausole dell'Accordo quadro sul congedo parentale, aveva affermato che «il principio della parità tra uomini e donne sul lavoro [...] ha una portata generale e si applica ai rapporti di impiego nel settore pubblico» (53). Il ricorso all'Accordo quadro è, nell'armamentario di un ordinamento intersindacale e di relazioni industriali, uno strumento duttile e idoneo a rispondere a quella specificità territoriale costituita dal livello di decentramento connotato all'articolazione propria del pubblico impiego. Da tempo peraltro si è avviato nei paesi europei il tentativo di ridurre le distanze tra impiego pubblico e privato rendendone omogenee le tutele (54). La Commissione era perfettamente consapevole di come le ricerche empiriche avessero dimostrato quanto le distanze tra entrambi i settori si fossero ridotte. Di qui la necessità di introdurre diritti di informazione e consultazione sulle ricadute sociali negative dei processi di ristrutturazione delle pubbliche amministrazioni degli Stati membri (55).

Certo toccare queste ultime significa premere su di un autentico «nervo scoperto» del sistema europeo, riluttante a incidere nella struttura amministrativa del singolo Stato, organizzata secondo un accorto dosaggio tra il decentramento delle funzioni e la devoluzione dei poteri. Tuttavia non è mancato alla Corte

(53) C. Giust. 16.9.2010, C-149/10, *Chatzi vs Ypourgos Oikonomikon*, punto 30.

(54) Ferner 1991.

(55) Commissione, Documento di consultazione Com(2015)2303 final del 10.4.2015.

di Giustizia in un passato non molto lontano il coraggio di richiamare l'applicazione della Carta sociale europea (IV capoverso del Preambolo TUE) – alla quale peraltro la Ue non aderisce – per sostenerne l'applicazione e la interpretazione di norme tendenti a privare il lavoratore di una protezione sociale fondamentale «a causa dell'esercizio di una semplice facoltà lasciata alle amministrazioni pubbliche» (56).

In questo caso l'atto di rigetto della Commissione ha come effetto il blocco di un procedimento legislativo volto ad applicare un principio generale *ex artt.* 152 e 155 TUE e il diritto fondamentale della Carta. È un sacrificio sproporzionato rispetto al danno, tutto da dimostrare, che subirebbero i poteri pubblici multilivello (centrale e periferico).

È un timore che si manifesta proprio quando nell'orbita dell'autonomia collettiva viene ricompreso – come nel caso dell'Accordo quadro – il binomio informazione e consultazione che rappresenta il meno invasivo dei modelli della democrazia partecipativa. Il timore dei giudici diventa panico se lo prevede una norma di natura «costituzionale» come l'art. 27 Carta dei diritti con un linguaggio chiaro e inequivoco nell'indicare l'identità dei destinatari, l'ambito di esercizio del potere e i suoi limiti. Il lessico è perentorio e la norma in questione non è solo un principio: la informazione e consultazione sono il contenuto essenziale di un diritto, la cui osservanza è un obbligo giuridico («deve essere garantito») per l'Unione, le prassi e le leggi nazionali. Non c'è alcun dubbio, come si legge in qualche opinione dell'Avvocatura Generale dell'Ue, che solo una norma formulata «in termini astratti e non in modo più sostanzioso può essere considerata come principio» (57). Ciò non toglie che – sostiene la Corte di Giustizia –, pur essendo «un principio fondamentale del diritto comunitario tale da incidere sulla discrezionalità degli Stati, non può risolversi nello svuotare di ogni sostanza la sua attuazione» (58).

E quindi la scelta della Carta dell'Ue è chiara nel qualificarlo come diritto.

I giudici europei, è vero, erigono barriere difensive a tutt'oggi incomprensibili. La linfa vitale che percorre i Trattati – grazie agli innesti dell'art. 152 TUE e del capitolo sulla Solidarietà della Carta – si fa strada a fatica in sede applicativa, ma niente impedisce che possa essere impiegata per corroborare l'interpretazione sistematica e teleologica della legge europea. In altre parole

(56) Curti Gialdino 2012, 43; Tribunale Funzione pubblica, 29.9.2009, *O/Commissione*, F-69/07 e F-60/08, punto 134.

(57) Avv. Gen. Trstenjak, punti 76-78 della opinione dell'8.9.2011, nella causa C-282/10, *Dominguez*; e C. Giust. 24.1.2008, C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff and others*, punto 38.

(58) C. Giust. 18.1.2007, C-385/2005, *Confederation Générale du travail (Cgt) e altri v. Premier ministre*; in *GU Ue*, C-330 del 24.12.2005, punto 29.

anche l'art. 152 TfUe, in quanto principio generale del economia sociale dell'Unione, può avere il suo «effetto utile» secondo cui «ogni norma debba essere interpretata in modo che possa raggiungere nella maniera più efficace il proprio obiettivo» (59).

È da tempo che la Corte europea impiega la interpretazione teleologica in modo da giudicare in sintonia con «lo spirito, la struttura e il tenore del Trattato» (60).

Così i principi del corretto funzionamento del mercato interno e del primato del diritto comunitario sono corroborati da una interpretazione orientata ad assicurare l'attuazione degli scopi del Trattato stesso. È quest'ultimo che «ha costituito un ordinamento giuridico a sé e non è concesso ammettere che gli Stati membri possano adottare o mantenere in vigore misure atte a minare gravemente l'effetto utile del Trattato» (61).

Il richiamo a siffatto canone interpretativo è invocato anche nel settore della politica sociale, ai fini dell'applicazione uniforme degli elementi costitutivi del diritto comunitario, per garantire il principio della libera circolazione dei lavoratori, della protezione di alcuni diritti previdenziali e assicurativi e la libera prestazione di servizi (62).

Allora è possibile pensare che il rifiuto della Commissione di presentare la proposta di accordo delle parti impedendo il completamento della procedura legislativa finisca con il privare di effetto utile il principio della promozione dell'autonomia collettiva di cui all'art. 152 TfUe, posto alla base della procedura *ad hoc* tipizzata dagli artt. 154 e 155 TfUe.

L'utilità dell'effetto è ancora più evidente in un settore come l'amministrazione pubblica che appare dotato, nella migliore delle ipotesi, di un idealtipo «tenu» di democrazia partecipativa. Secondo il Tribunale Ue del Servizio pubblico, la normativa esistente impone all'amministrazione Ue l'obbligo di consultare il Comitato dei dipendenti prima di adottare un provvedimento *erga omnes* sulle condizioni di lavoro. Certo si tratta del riconoscimento di un semplice «dovere di ascolto» dallo stesso Tribunale considerato una «modesta forma di partecipazione» al fine rilevante di rendere «effettivo il principio generale della «buona» amministrazione» (par. 23).

Dunque alla saggezza dei giudici europei, non più tardi di quattro anni fa, non è apparso eterodosso ricorrere a questo principio generale dell'ordinamen-

(59) Villani 2015, 266; C. Giust. 14.10.1999, C-223/98, *Adidas*, in *Racc.*, I-7081, punto 24.

(60) Ingravallo 2017, 83.

(61) *Ivi*, 117.

(62) *Ivi*, 103.

to europeo per riconoscere che l'amministrazione pubblica «debba adempiere pienamente all'obbligo di consultazione» ogni qualvolta «coinvolgere il comitato di Staff sia in grado di esercitare una influenza sul contenuto della misura da adottare» (63).

9. — *Conclusioni: la semantica della Commissione e il ruolo del ricercatore* — La parola dei giudici oggi è la chiosa e la consacrazione del potere di rigetto della Commissione di un atto dell'autonomia collettiva. Un evento senza precedenti nella storia di questo organismo che aveva contribuito allo sviluppo del modello procedurale di attuazione degli accordi di settore per il tramite del loro recepimento in direttive. Il passato copre un arco temporale ampio e ricco di risultati che sembrano consolidare la tipologia di equilibri che il modello richiede: tra il 1996 e il 2016 ne beneficiano a livello settoriale e intersettoriale i temi del permesso retribuito parentale, del lavoro *part-time* e a termine, dell'orario di lavoro per settori del trasporto tramite aviazione civile, della navigazione interna e della tutela dei rischi per lavoratori del trasporto in generale (64).

Siamo dunque a cavallo di due periodi in cui si inaugura l'ennesima crisi della economia europea che segna il momento in cui l'ordo-liberismo della scuola di Friburgo si ripropone in una versione neoclassica. E ciò significa la necessità di accentrare le decisioni degli organi di comando dell'Ue, sempre più attenti a contenere nel recinto di limiti ben definiti e rigorosi la esuberanza creativa dei poteri collettivi dei privati.

Non che manchino le reazioni ai pericoli indotti dalla globalizzazione e dall'austerità verso le quali il Parlamento europeo chiede all'Ue di offrire «il potenziale di civilizzazione del mercato interno» con il ricorso alle norme fondamentali dei Trattati e della Carta dei diritti (65).

Le risposte istituzionali fornite dall'Ue non sono incoraggianti.

(63) C. Giust., T-129/14, *Andres e altri v Ecb*, punto 191; C. Giust., T-96/92, *Comité central d'entreprises de la Société générale des grands sources and others v Commission of EC*, punti 33-34. Un principio entrato in circolo nella giurisprudenza e divenuto un «classico» catalogato nella graduatoria di quelli di origine giurisprudenziale da Ferraro, Carmona 2015, 6.

(64) Tricart 2019, 6.

(65) Parlamento europeo, *EU social and Labour Rights and EU Internal market Law*, Publication office, Bruxelles, 2015, 20. Così anche Oil: *Dichiarazione dell'Oil sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta*, Ginevra, giugno 2008, 11. I rischi della globalizzazione implicano fatalisticamente l'accelerazione e il rafforzamento del dialogo sociale e degli accordi collettivi a ogni livello: Commissione, *Report of the high level group on industrial relations and change in EU*, Bruxelles, 2002, 5.

L'Accordo interistituzionale sul miglioramento della procedura di formazione legislativa tra il Parlamento europeo il Consiglio e la Commissione del 2003 attribuisce alla Commissione il più marcato ruolo di giudice del dialogo sociale, in grado di respingere e rifiutare gli accordi già conclusi per sostituirli con un atto legislativo. Secondo l'accordo, la Commissione è l'unica incaricata del compito di esaminare le esperienze di autoregolazione valutandone il contributo al conseguimento degli obiettivi del Trattato e compatibili con le sue disposizioni (66).

Anni dopo le proteste dei *partners* sociali (67), il linguaggio è diventato allarmante. Il progetto «Legiferare meglio» non può ignorare la riforma avvenuta a Lisbona ed è più esplicito nel riferirsi agli artt. 154 e 155 TfUe, anche se la semantica è cauta e sospettosa. Certo va «considerata l'autonomia delle parti sociali» ma alla consultazione della Commissione prevista dall'art. 154 TfUe e al suo potere di fare proposte dell'art. 155 TfUe «si applicheranno accordi specifici» (68). La frase è volutamente imprecisa ed è inserita in un contesto in cui il modo migliore per legificare è «tenere sempre conto delle ripercussioni economiche, sociali e ambientali e del rispetto dei diritti fondamentali» (69). Il fatto che questi ultimi siano ricompresi nella «cassetta degli attrezzi» (*Tool box*) con cui procedere nello svolgimento del lavoro dei Commissari europei non impedisce di pensare che la valutazione di impatto rappresenti un controllo politico di straordinaria intensità (70).

Non è dunque un caso che gli artt. 154 e 155 TfUe rientrino nell'orbita dei poteri della Commissione per la quale l'impatto di ogni misura normativa va graduata in ragione degli obiettivi che le diverse opzioni hanno sull'economia, sulla politica sociale e sull'ambiente (71). Appare pertanto difficile credere all'affermazione secondo cui «migliorare» la procedura legislativa, presente nel contesto dell'art. 155 TfUe, significhi il dovere di attuare l'accordo «senza pregiudizio del ruolo e dell'autonomia delle parti sociali» (72). Questa attribuzione ai sindacati di una «nobiltà di ruolo» come protagonisti è un dono che cela una riserva tale da sminuirne il significato. Infatti dopo la valutazione di impatto la Commissione avrà piena libertà, e non potendo

(66) Accordo ratificato il 16.12.2003, in *GU Ce*, C 321, del 1.12.2003, punto 17.

(67) Veneziani 2006, 512.

(68) Commissione, Comunicazione su «Legiferare meglio per ottenere risultati migliori - Agenda dell'Ue», del 19.5.2019, Com(2015)215 final, 4.

(69) *Ivi*, 6.

(70) Commissione, *Better Regulation «Tool Box»*, Swd(2017) 350.

(71) Commissione, Comunicazione su «Legiferare meglio per ottenere risultati migliori - Agenda dell'Ue», cit., 55.

(72) *Ivi*, 60.

«emendare il testo dell'accordo lo "dovrà" solo accettare o respingere in ragione dello scenario di partenza» (73).

La valutazione dell'impatto sarà tanto più rigida quanto più compatibile sia il contenuto dell'accordo da recepire con una economia di mercato «aperta», tale da rendere efficiente l'allocazione delle risorse, la quantità e qualità dei beni e servizi (74). In questo quadro anche il modello della co-regolamentazione che si giova dell'esperienza delle parti interessate viene soggetta a una torsione ideologica strumentale in quanto può aiutare a «rimuovere le barriere al mercato unico» (75).

La verità è che per la Commissione «legiferare meglio» implica innanzitutto controllare e valutare se ogni riforma legislativa incide direttamente anzitutto sulla stabilizzazione macroeconomica (76), sulla libertà di movimento dei beni servizi, capitali, persone (77), sull'incremento dei consumi e sulla riduzione dei prezzi. È pur vero che per giurisprudenza costante anche i diritti fondamentali devono soggiacere a un esame svolto non solo secondo i principi della necessità e proporzionalità, ma che deve spingersi sul terreno più delicato, perché più insidioso per i giuristi del lavoro, che è quello della natura «assoluta» dei diritti fondamentali che sono in gioco (78).

Ma, in questo progetto di riforma, tra i principi che devono informare il modello della *co-regulation* non appare l'art. 152 né aleggia il suo «spirito del tempo». Poi niente di più che un tiepido omaggio viene riservato alla Carta dei diritti fondamentali. È vero, scrive la Commissione, che dovrà porsi attenzione a preservare di essi il «contenuto essenziale», ma la strategia giudiziaria del bilanciamento tra libertà economiche e diritti collettivi non ha prodotto entusiasmi né nell'accademia né tra i *social partners*. Questi ultimi riemergono dall'oblio in occasione dell'attuazione delle finalità di cui all'art. 9 TfUE, e ai sindacati si assegna un diritto di consultazione sull'impatto sociale delle misure in quanto attori di un dialogo sociale «ridotto» però a semplice «meccanismo importante per la risoluzione dei conflitti» (79).

Non è certo la prima volta che il diritto del lavoro soffre di una crisi oggi per di più multidimensionale, e cioè politica, economica e sociale. E anche ora, quanti hanno cuore le sorti della democrazia si mobilitano per ricomporre il mosaico delle garanzie faticosamente composto nella storia della nostra disci-

(73) *Ibidem*.

(74) *Ivi*, 87.

(75) *Ivi*, 110.

(76) *Ivi*, 129.

(77) *Ivi*, 174.

(78) *Ivi*, 211.

(79) *Ivi*, 218.

plina. «È per puro caso – si chiede Christian Joerges – che nel costituzionalismo europeo è toccato ai giuslavoristi, prima di altri, di ricordarci l'importanza che ha il tema sociale per il costituzionalismo democratico?» (80).

A fronte della «decostruzione del diritto del lavoro» intesa come inversione dei propri valori fondanti (81), l'impegno dell'interprete è anzitutto ricomporre le basi del sistema europeo da ricondurre alla sua essenza pluralista e garantista della dignità del lavoro, che non è «una merce», come ricordano l'art. 427 del Trattato di Versailles del 1919 e la Dichiarazione di Filadelfia del 1944.

La ricomposizione si effettua cercando di analizzare le singole norme con il metro della loro congruenza alle caratteristiche della qualità «sociale» della economia di mercato e dell'impianto costituzionale multilivello che la sorregge. Ci prova il sindacato europeo che delinea i profili della democrazia partecipativa in virtù della quale «la dignità e la libertà di chi lavora non si arrestano al cancello della fabbrica» e si garantiscono «attraverso lo sviluppo della informazione e conoscenza» (82). È un progetto di intervento che appartiene alla strategia di una organizzazione sindacale pronta al conflitto e al compromesso.

Il ricercatore non è un profeta disarmato che si avvia sulla «landa desolata» alla ricerca della «terra promessa» anche se oggi egli vede «il venir meno della vecchia fede nel progresso globale della ragione» (83). Il suo terreno è quello del confronto con le fonti del diritto europeo per misurare i propri sforzi di intellettuale militante sul piano della razionalità critica e nella convinzione che «il diritto nella sua essenza, fisiologicamente, è espressione fedele di una civiltà» (84). È ancora più doveroso il dialogo con i giudici europei per ricomporre il sistema europeo dei diritti riempiendo di senso le «nuove parole» di un sistema in cui persino la certezza del diritto «che è stato un principio di civiltà diventa una necessità economica» (85). Un principio si direbbe sconvolto dai compromessi della politica e dai dogmi della contingenza (86).

(80) Joerges 2011, 119.

(81) Ojeda Aviles 2010, 28.

(82) Etuc 2019, parr. 60 ss.

(83) Hobsbawn 2013, 207.

(84) Grossi 1988, 264.

(85) Galgano, 103.

(86) Sciarra (2014, 4) invita a sfuggire alle «traiettorie neoliberiste»; Giubboni 2019, 59 ss.; in generale, Joerges, Rodl 2004.

Riferimenti bibliografici

- Adobati E. *et al.* (2010), in U. Draetta (a cura di), *Elementi di diritto della Unione europea*, vol. II, Giuffrè, Milano, 170 ss.
- Alaimo A. (2013), *Presente futuro del modello sociale europeo. Lavoro e investimenti sociali e politiche di coesione*, in q. Riv., I, 260 ss.
- Andreoni A. (2009), *Sciopero, contratto collettivo e diritti della economia: la svolta politica della Corte di Giustizia*, in A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nella Unione europea*, Ediesse, Roma, 90 ss.
- Bandsaz K. (2014), *A framework agreement in hairdressing sector: the European Social Dialogue at crossroad*, in *Transfer*, vol. 20, n. 4, 505 ss.
- Bercusson B. (2001), *Fundamental Trade unions Rights*, in U. Muckenberger (a cura di), *Manifesto Social Europe*, Etui, Bruxelles, 207 ss.
- Bobbio N. (2007), *Dalla struttura alla funzione*, Laterza, Bari.
- Caruso B., Alaimo A. (2011), *Il contratto collettivo nell'ordinamento della Unione europea*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 87, 1 ss.
- Caggiano G. (2017), *Dialogo sullo Stato del diritto negli Stati membri della Unione europea*, in Aa.Vv., *Dialoghi con U. Villani*, Cacucci, Bari, 1 ss.
- Carbonnier J. (1997), *Flessibile diritto*, Giuffrè, Milano.
- Cisotta R. (2012), *Commento all'art. 9*, in C. Curti Gialdino (a cura di), *Codice della Unione europea*, Ed. Simone, Napoli, 458 ss.
- Curti Gialdino C. (a cura di) (2012), *Codice della Unione europea*, Preambolo, Ed. Simone, Napoli.
- Di Bucci V., Martenczuck B. (2012), *Commento all'art. 17*, in C. Curti Gialdino, *Codice della Unione europea*, Ed. Simone, Napoli, 200 ss.
- Etuc (2019), *Action program 2019-2023*, Bruxelles.
- Eurofound (2012), *Social dialogue in global economic crisis*, EU publisher, Bruxelles.
- Ferner A. (1991), *Changing public sector industrial relations in Europe*, in *Warwick papers inn Industrial relations*, University of Warwickn, n. 37.
- Ferraro F., Carmona J. (2015), *The role of the Charter after the Lisbon Treaty*, Eprs, Eu.
- Galgano F. (1993), *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna.
- Giubboni S. (2019), *L'unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico*, in *Studi sulla integrazione europea*, XIV, 59 ss.
- Grossi P. (1988), *Pensiero giuridico (appunti per una «voce» enciclopedica)*, in *Quaderni fiorentini*, n. 17, 263 ss.
- Guarriello F. (1992), *L'Europa Sociale dopo Maastricht*, in *DL*, 231 ss.
- Guarriello F. (1999), *Il ruolo delle parti sociali nella produzione e nella attuazione del diritto comunitario*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, 250 ss.
- Hobsbawn E. (2013), *La fine della cultura*, Rizzoli, Milano.
- Ingravallo I. (2017), *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto della Unione europea*, Cacucci, Bari.
- Irti N. (1998), *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari.
- Joerges C. (2011), *Will the welfare State survive european integration?*, in *European Journal of Social law*, I, 119 ss.

- Joerges C., Rodl F. (2004), «*Social Market Economy*» as Europe's Social Model?, in *Working Paper Law*, European University Institute, n. 8.
- Joerges C., Rodl F. (2008), *On De-formalisation in European Politics and formalism European Jurisprudence to the «Social Deficit» of the European Integration Project*, in *European Law*, 3 ss.
- Kahn Freund O. (1977), *Labour and the law*, II ed., Londra.
- Lo Faro A. (1999), *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano.
- Muckenberger U. et al. (1996), *Manifeste pour une Europe Sociale*, de Brouver, Parigi.
- Ojeda Aviles A. (2010), *La deconstruction dell derecho del trabajo*, Wolters Kluwer, ed. laley, Madrid.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Peruzzi M. (2011), *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, il Mulino, Bologna.
- Roccella M., Treu T. (2012), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Russo T. (2012), *Commento all'art. 2 TUE*, in C. Curti Gialdino (a cura di), *Codice della Unione europea*, Ed. Simone, Napoli, 53 ss.
- Santini A. (2010), *La politica sociale e dell'occupazione*, in U. Draetta, N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto della Unione europea*, Parte speciale, III ed., Giuffrè, Milano, 247 ss.
- Sciarra S. (2014), *Social law in the wake of the crisis*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 108.
- Tricart J.P. (2019), *Legislative implementation of European social partners agreements: challenges and debates*, in *Etui Working Papers*, Bruxelles, 1 ss.
- Triggiani E. (2014), *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nella Ue*, in *Studi sulla integrazione europea*, n. 1, 13 ss.
- Van Gerven W. (2009), *Wanted: more democratic legitimacy for the Eu*, in J. Wouters et al., *European constitutionalism beyond Lisbon*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 147 ss.
- Veneziani B. (2006), *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in q. Riv., I, 512 ss.
- Villani U. (2015), *Le istituzioni di diritto della Unione europea*, Cacucci, Bari.
- Vimercati A. (a cura di) (2009), *Il conflitto «sbilanciato»*, Cacucci, Bari.
- Wietholter R. (1998), *Le formule magiche della scienza giuridica*, Laterza, Bari.

ABSTRACT

Dieci anni dopo le decisioni che compongono il «quartetto» Laval, il caso Epsu fa registrare il rifiuto della Commissione di presentare al Consiglio una proposta di accordo delle parti relativo all'informazione e consultazione per i funzionari e dipendenti delle amministrazioni centrali. Questo inedito rigetto, che impedisce il completamento della procedura legislativa, impone una riflessione sul Titolo X del TfUE, con particolare riferimento alla qualità e alla ratio delle norme, alla funzione della procedura, al ruolo degli attori sociali e a quello della Commissione e del Consiglio. Secondo l'Autore si rischia di alterare l'equilibrio tra poteri pubblici e privati nel procedimento di formazione della legge, privando di effetto utile il principio della promozione dell'autonomia collettiva di cui all'art. 152 TfUE, posto alla base della procedura prevista dagli artt. 154 e 155 TfUE.

THE *EPSU* CASE: THE COURT AND THE JURIDICAL «MAGICAL» FORMULAS

Ten years after the Laval «quartet», in the Epsu case the Commission refused to submit to the Council a proposal for a social partners' agreement about information and consultation of the public workers. This unprecedented rejection, which broke the legislative procedure, requires a reflection on Title X of the TFEU, with particular reference to the quality and to the ratio of the rules, to the function of the procedure, and to the role of the social actors, of the Commission and of the Council. According to the Author, there is a risk of altering the balance between public and private subjects in the process of forming the law, and also of denying the «effect utile» of the principle of promoting collective autonomy as set out in Art. 152 TFEU, that is a guiding principle of the procedure laid down in Arts. 154 and 155 TFEU.