

Scuola di
specializzazione
in Diritto
sindacale,
del lavoro
e della
previdenza

50°
1967-2017

Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?

a cura di Guido Canavesi

m eum

Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?

Atti del Convegno in occasione del cinquantennio
della Scuola di Specializzazione in Diritto sindacale
del lavoro e della previdenza dell'Università di
Macerata

a cura di Guido Canavesi

eum

Isbn 978-88-6056-604-1
Prima edizione: maggio 2019
©2019 eum edizioni università di macerata
Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata
info.ceum@unimc.it
<http://eum.unimc.it>

Impaginazione: Vanessa Latartara e Carla Moreschini
Copertina: Vanessa Latartara

Il presente volume è stato sottoposto a *peer review* secondo i criteri di scientificità previsti dal Regolamento delle eum (art. 8) e dal Protocollo UPI (Coordinamento delle University Press Italiane).

Indice

- Guido Canavesi
7 Introduzione
- 11 Elenco delle abbreviazioni delle riviste
- Paola Olivelli
13 La Scuola di specializzazione di Macerata e Valente Simi
- Mattia Persiani
27 L'evoluzione del sistema pensionistico
- Maurizio Cinelli
39 «Pubblico», «privato» e Costituzione nelle dinamiche della previdenza
- Pasquale Passalacqua
57 La tutela pensionistica nel pubblico impiego tra armonizzazione e *spending review*
- Giampiero Proia
97 La previdenza dei liberi professionisti e la privatizzazione degli enti gestori
- Leonardo Carbone
107 La previdenza forense dopo le recenti riforme legislative e regolamentari
- Giuseppe Sigillò Massara
115 I fondi di solidarietà bilaterali: natura e regime delle prestazioni

- Irene Di Spilimbergo
133 La tutela del padre libero professionista
- Gabriele Franza
141 Autonomia delle casse previdenziali e vincoli pubblici di bilancio: un'ambigua pronuncia della Corte costituzionale
- Marco Gambacciani
145 I limiti dell'autonomia normativa degli enti previdenziali privati
- Guglielmo Corsalini
153 Evoluzione del sistema INAIL
- Vitaliana Vitaletti
159 La previdenza sociale dalle Società operaie di mutuo soccorso all'A.P.E.

Guido Canavesi*

Introduzione

Per un'istituzione formativa *post lauream* qual è la Scuola di Specializzazione in diritto sindacale del lavoro e della previdenza dell'Università di Macerata, cinquant'anni di vita sono un bel traguardo.

Il tempo segna la validità dell'intuizione di chi l'ha concepita e voluta e di chi l'ha poi proseguita con fedeltà all'idea originaria.

In effetti, come evidenzia nella sua relazione la prof.ssa Paola Olivelli, la Scuola ha finora attraversato tutte le stagioni di riforma dell'ordinamento universitario senza mutare, al di là del cambio di denominazione, la primigenia vocazione alla previdenza e/o alla sicurezza sociale, che l'ha caratterizzata e ancora la caratterizza come un *unicum* nel panorama dell'istruzione universitaria.

Quando la Scuola nasce, la previdenza sociale non aveva ancora cent'anni ed era una materia, se così può dirsi, nel pieno rigoglio dell'adolescenza: aspirava ad un'identità precisa, cercando la propria collocazione nel contesto delle attese di trasformazione sociale, politica e normativa dell'epoca.

Non sopito, infatti, era il sussulto di speranza recato dalla Carta costituzionale, con l'affermata centralità della persona e l'idea(le) di uno Stato sociale che rompesse con le tradizioni politico-culturali precedenti, *in primis* il fascismo, ma anche il liberalismo della prima stagione dello Stato italiano.

* Professore Ordinario di Diritto del lavoro, Direttore della Scuola di Specializzazione in Diritto sindacale del lavoro e della previdenza, Università di Macerata.

Ancora nel 1967, in realtà, il cantiere legislativo della materia previdenziale era *in fieri*, se non ancora da aprire. E ad agitare le acque era, in particolare, la teorica della sicurezza sociale, veicolata da oltre Manica, che prospettava al dibattito politico e giuridico una via di cambiamento alternativa al modello delle assicurazioni sociali, ereditato dal regime precedente.

In questo quadro, la Scuola non volle solo contribuire a formare giuristi esperti di una materia fino ad allora appannaggio pressoché esclusivo dei tecnici degli Enti previdenziali, ma anche offrire un contributo scientifico al dibattito, nell'ottica della valorizzazione di quel principio di sussidiarietà, che l'art. 2 della Costituzione contempla pur senza nominarlo.

La Scuola è divenuta pertanto fucina di un pensiero "ideale", come ebbe a riconoscere il prof. Mattia Persiani, parlando, in tempi non lontani, di *scuola previdenziale maceratese*.

Un pensiero di principio alternativo a quello pubblicistico/statuale che, in realtà, ha finito per prevalere nelle scelte politico-legislative e nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale.

Peraltro, l'inevitabile eccedenza della realtà rispetto ai modelli teorici mostra oggi sviluppi inattesi nella direzione di un'integrazione fra strutture e azioni pubbliche e non, che sembra muoversi nella direzione di un diverso equilibrio fra quelle linee di pensiero, a volte perfino andando oltre i limiti comunque tracciati alla valorizzazione dei soggetti privati.

Si sa che i compleanni sono anche occasione di celebrazione, ma non sembri enfatico quanto osservato. È uno sguardo retrospettivo che aiuta a riannodare i fili di una storia che si sono dipanati nel nascondimento della quotidianità.

Della vitalità di questa storia non c'è conferma migliore che l'esperienza personale. Ed allora devo dire che, prima di iscrivermi alla Scuola, niente conoscevo della previdenza sociale. Anzi, alla fine degli anni '80 del secolo scorso, nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Statale di Milano, dove ho fatto i miei studi, come, del resto, nella maggior parte delle Facoltà giuridiche d'Italia, neppure esisteva l'insegnamento del Diritto della previdenza sociale (o del Diritto della sicurezza sociale).

È stato a partire ed attraverso la Scuola che sono stato introdotto allo studio della materia, altresì nella consapevolezza delle

differenti opzioni interpretative, oltre che della complessità del quadro normativo e in una dimensione aperta al dialogo e attenta ai cambiamenti. E non solo io: come ricorda ancora la prof.ssa Paola Olivelli, infatti, non sono pochi i docenti universitari che hanno accostato la materia previdenziale attraverso la Scuola.

Il convegno *Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?*, di cui ora pubblichiamo gli atti, in fondo, testimonia tutto questo. Lo fa, innanzitutto, attraverso i relatori, tutti docenti e/o studenti della Scuola, con l'autorevole eccezione del prof. Mattia Persiani, da tempo "amico", credo di poter dire senza errare, di tanti rappresentanti della scuola maceratese, pur nella diversità di opinioni sulla previdenza sociale. Lo testimonia, però, anche nella scelta dei temi trattati, tutti attenti alle dinamiche e alle prospettive della materia, sia che riguardino aspetti di maggior impatto sistemico, come la sempre più attuale questione della "prestazione adeguata" o le relazioni pubblico-privato, sia che si volgano ad esplorare ambiti ancora poco studiati, quali la previdenza del pubblico impiego e quella delle casse privatizzate.

Peraltro, guardando all'oggi, c'è un ultimo e prezioso insegnamento illustrato da questi cinquant'anni di storia. È l'impronta, per così dire, "genetica", di lungo periodo o intergenerazionale, propria della previdenza sociale. Impronta, purtroppo, oggi tanto spesso dimenticata a favore di un'assolutizzazione del presente, che rischia di minare alle fondamenta l'intera costruzione previdenziale.

Ancona, 2 febbraio 2019

Elenco delle abbreviazioni delle riviste

- Arg. dir. lav.* = Argomenti di diritto del lavoro
Dig. disc. priv. sez. comm. = Digesto - discipline privatistiche - sezione commerciale
Dig. disc. pubbl. = Digesto - discipline pubblicistiche
Dir. lav. = Il diritto del lavoro
Dir. lav. merc. = Diritti lavori mercati
Dir. rel. ind. = Diritto delle relazioni industriali
Enc. dir. = Enciclopedia del diritto
Enc. giur. Treccani = Enciclopedia giuridica Treccani
Fam. pres. succ. = Famiglia, persone e successioni
Foro it. = Il Foro italiano
Giorn. dir. amm. = Giornale di diritto amministrativo
Giorn. dir. lav. rel. ind. Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Giur. cost. = Giurisprudenza costituzionale
Giust. civ. = Giustizia civile
Guida. dir. = Guida al diritto
Lav. dir. = Lavoro e diritto
Lav. giur. = Il lavoro nella giurisprudenza
Lav. prev. oggi = Lavoro e previdenza oggi
Mass. giur. lav. = Massimario di Giurisprudenza del lavoro
Nuove leggi civ. comm. Nuove leggi civili commentate
Pol. dir. = Politica del diritto
Prev. ass. pubbl. priv. = Previdenza e assistenza pubblica e privata
Riv. dir. sic. soc. = Rivista del diritto della sicurezza sociale
Riv. giur. lav. = Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
Riv. inf. mal. prof. = Rivista degli infortuni e delle malattie professionali
Riv. it. dir. lav. = Rivista italiana di diritto del lavoro

Riv. it. prev. soc. = Rivista italiana di previdenza sociale

Var. temi dir. lav. = Variazioni su temi di diritto del lavoro

W.P.C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» = Working papers del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona»

Paola Olivelli*

La Scuola di specializzazione di Macerata e Valente Simi

SOMMARIO: 1. La nascita della Scuola di specializzazione in sicurezza, assistenza e previdenza sociali – 2. La Scuola di specializzazione in diritto sindacale, del lavoro e della previdenza – 3. La personalità di Valente Simi – 4. Simi e la previdenza sociale

1. La nascita della Scuola di specializzazione in sicurezza, assistenza e previdenza sociali

La Scuola di specializzazione nasce ufficialmente con d.P.R. 24 maggio 1967, n. 711, recante la modifica dello Statuto dell'Università di Macerata del 1939 – già modificato nel 1941 –, con l'aggiunta di un articolo 25 che riporta il nome, lo statuto e il regolamento didattico della Scuola stessa.

Il nome era *Scuola di specializzazione in sicurezza, assistenza e previdenza sociali*, con durata di due anni e dedicata specificamente alla formazione di studiosi ed esperti della materia; già nel nome sta, come dirò poi, il senso e l'importanza per quei tempi di una tale istituzione, che da allora ha sempre costituito una prestigiosa e rilevante specificità dell'Università di Macerata, come giustamente ha osservato Maurizio Cinelli in diverse occasioni.

La Scuola nasce per volontà di Valente Simi, studioso della materia, allora Direttore dell'Istituto di Diritto del lavoro e della previdenza sociale e Rettore dell'Università – “per una felice

* Già Direttore della Scuola di specializzazione e Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Macerata.

intuizione e impegno creativo”, sono ancora parole di Maurizio Cinelli –, con il sostegno di Giorgio Cannella, capo dei servizi legali dell’INPS, e di Giuseppe Alibrandi, vice direttore generale dell’INAIL e all’epoca Direttore della *Rivista degli Infortuni e Malattie Professionali*, a quei tempi una delle più importanti in materia e forse la maggiore dal punto di vista dei contenuti scientifici. Successivamente portarono il loro fattivo contributo anche Enzo Cataldi, Aldo Ceci e Ferdinando Loffredo, direttori centrali INPS.

L’apporto di queste personalità ebbe un rilievo specifico nei contenuti e nello sviluppo della Scuola nei primi anni; bisogna ricordare infatti che, come ha scritto Mattia Persiani, all’epoca il diritto della previdenza sociale, dopo gli studi corporativi, era ignorato dagli stessi giuslavoristi. Il suo studio e anche le prime pubblicazioni erano affidati a coloro che negli enti previdenziali se ne occupavano concretamente e questo va a loro merito.

In quegli anni forte era il dibattito sul concetto di sicurezza sociale: le norme contenute nei documenti internazionali, a partire dalla *Carta atlantica* del 1941, che ad essa si indirizzavano, erano fortemente influenzate dalle concezioni del *Rapporto Beveridge* del 1942. Questo prospettava il superamento del sistema delle assicurazioni sociali cosiddetto bismarkiano, introduceva sia l’idea della liberazione dal bisogno, non più solo contro il rischio per i lavoratori, sia la tutela universalistica, da estendersi tendenzialmente a tutti i cittadini.

In Italia si poneva il problema di una interpretazione della Costituzione in tal senso ed erano già usciti negli anni ’50 alcuni studi che avevano aperto il dibattito: ricordo i saggi di Francesco Santoro Passarelli, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, del 1948, e di Lionello Levi Sandri, *Sicurezza sociale e diritto del lavoro*, del 1959, e il volume di Augusto Venturi, *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*, del 1954.

Nel 1960, inoltre, era uscito un volume di un giovane studioso, Mattia Persiani, intitolato *Il sistema giuridico della previdenza sociale*. Di recente, l’Autore ha scritto che il libro passò praticamente sotto silenzio, ma esso ebbe invece una grande rilevanza nelle concezioni della Scuola di cui stiamo trattando, nonostante l’antitesi esistente tra queste e l’idea di

previdenza sociale ivi contenuta. Forse il silenzio fu dei giuslavoristi, ma coloro che allora si occupavano di previdenza sociale lo avevano ben presente.

Io ho cominciato a conoscere il professor Mattia Persiani proprio per i discorsi e i temi che si trattavano allora nella Scuola di Macerata. Mi azzarderei a dire che probabilmente la Scuola nacque nella mente dei suoi fondatori proprio per contestare quell'idea di un compito essenziale dello Stato in materia e di una solidarietà generale, che si doveva ricavare dagli articoli 3, 2° comma, e 38 della Costituzione; tesi che, peraltro, andava consolidandosi. Ma su questo tornerò successivamente, ricordando Valente Simi e i primi anni della Scuola stessa.

Ho cercato invano, nei verbali del Consiglio di Facoltà, se ci fosse stata una discussione o almeno una presentazione sui motivi della istituzione della Scuola. Purtroppo i verbali sono sempre molto sintetici ed infatti esistono solo le votazioni finali di due decisioni: l'una, del 9-10 dicembre 1965, in cui il Consiglio dà mandato al Preside, che allora era Paolo Grossi, e al prof. Valente Simi, in accordo con il prof. Clemente Puccini, Direttore dell'Istituto di medicina legale, di elaborare uno schema per l'istituzione di un corso *post* universitario di perfezionamento in materie attinenti alla sicurezza sociale; l'altra, del 30 marzo 1966, in cui il Consiglio all'unanimità vota per la modifica dello Statuto con l'istituzione e il regolamento della Scuola, che poi è quello che risulta dal d.P.R. del 1967. Mi piace ricordare chi erano i membri del Consiglio che votarono, perché restino anche nella memoria dei più giovani: oltre Paolo Grossi, Valente Simi e Clemente Puccini, già ricordati, c'erano Vincenzo Spagnuolo Vigorita, amministrativista, Domenico Pettiti, commercialista, Alfredo Molari, penalista, e Stefano Rodotà, civilista, che fungeva da segretario.

La prima riunione del Comitato della Scuola data al 3 febbraio 1968, con Domenico Pettiti come Preside, Valente Simi come Direttore dell'*Istituto di diritto del lavoro e della previdenza sociale* e Mario Graev come Direttore dell'*Istituto di medicina legale*; al Consiglio del 12 ottobre dello stesso anno, con Preside Antonino Cataudella e i due direttori dei suddetti istituti, vengono assegnati i primi incarichi per gli insegnamenti,

fra i quali mi piace ricordare Sergio Magrini, che insegnerà *Principi della sicurezza sociale* insieme a Valente Simi e poi, nel 1971, al posto di Simi, quando questi diverrà nel 1970 Direttore della Scuola; Magrini scrisse anche una corposa dispensa che purtroppo è andata perduta.

Nel 1972 iniziano le prime pubblicazioni della Scuola, con gli Atti di un Convegno – svoltosi a Roma il 6,7 e 8 marzo in collaborazione con la *Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale* – sugli *Aspetti internazionali, comunitari ed interni della sicurezza sociale*, cui seguiranno nel tempo gli scritti di allievi e docenti della Scuola fra i quali ricordo quelli di Siniscalchi, di Maurizio Cinelli e di Vitaliana Vitaletti.

Il 15 gennaio 1975, Preside della Facoltà Carlo Fiore, Matteo Dell'Olio viene nominato Direttore della Scuola e nello stesso anno viene dato a Maurizio Cinelli il primo incarico di insegnamento, una parte del corso di *Principi della sicurezza sociale* tenuto da Carlo Gessa; da questa data, Maurizio Cinelli, che aveva frequentato la Scuola anche come allievo, continuerà a insegnarvi e ne diverrà Direttore nel 2010.

Dall'anno precedente, il 1973-1974, avevo avuto anch'io un incarico di insegnamento: da allora ho sempre insegnato alla Scuola e ne divenni Direttore dal 1987, prima come delegato del Preside e poi eletta dal Consiglio, fino al 2010, anno del mio pensionamento.

Nel 1978, Preside di Facoltà Matteo Dell'Olio, insegnano alla Scuola anche Roberto Pessi e Giuseppe Santoro Passarelli, che svolgono insieme l'insegnamento di *Assicurazione, infortuni e malattie professionali*; nel 1980, Preside Mario Sbriccoli, è Direttore della Scuola Antonino Mattarella, che in Facoltà aveva l'incarico di *Diritto della previdenza sociale*, mentre Roberto Pessi assume l'incarico di *Diritto della Prevenzione* e Giuseppe Santoro Passarelli quello di *Assicurazione, infortuni e malattie professionali*; quest'ultimo dirigerà la Scuola dal 1981 al 1987, anno in cui diventa Preside della Facoltà.

Nel 1983 viene affidato un corso introduttivo a Giuliana Ciocca insieme al dott. Gabriele Gabrielli; in seguito, dal 1989, Giuliana assumerà un incarico di insegnamento presso la Scuola che manterrà fino al momento della prematura scomparsa,

nel 2010: anch'ella era stata allieva della Scuola e la sua tesi di specializzazione sarà la traccia per la sua prima monografia, dedicata a *La libertà della previdenza privata*¹.

2. *La Scuola di specializzazione in diritto sindacale, del lavoro e della previdenza*

Nel 1987 la scuola cambia nome e regolamento didattico; diventa *Scuola di specializzazione in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza*, non per volontà dei suoi cultori, ma del Ministero dell'Istruzione e dell'Università.

Cosa era accaduto? Nel 1982 il d.P.R. n. 162, nel riordinare le scuole dirette a fini speciali, le scuole di specializzazione e i corsi di perfezionamento, con considerevoli innovazioni alla precedente normativa, prevede la necessità di uniformare gli ordinamenti per tipologia di materia e, per le nostre prese, ad esempio la Scuola di Roma.

Il Consiglio della Scuola di Macerata, convinto della necessità di mantenere il carattere particolare del suo ordinamento, chiese al Consiglio di Facoltà di proporre una modifica del titolo in *Scuola di specializzazione in Diritto della sicurezza sociale*: il Consiglio accolse la richiesta, ma non altrettanto fece il Ministero. Non sono riuscita a trovare la risposta del Ministero – forse ci vorrebbe una ricerca più approfondita –, ma ricordo benissimo che essa fu veramente sorprendente, indicativa dell'ignoranza degli uffici ministeriali e, forse, anche del cambiamento di clima in materia. Infatti, ci risposero che la “sicurezza sociale” era affare delle Facoltà di medicina, e non di quelle di giurisprudenza.

Intanto, aspettando che il Ministero approvasse un ordinamento didattico per tutte le scuole di specializzazione in materia di diritto del lavoro, cosa mai avvenuta a tutt'oggi, ne facemmo uno noi – approvato dal Consiglio di Facoltà e dal consiglio di amministrazione – e con d.P.R. 9 giugno 1987 venne nuovamente modificato lo Statuto dell'Università di Macerata con l'istituzione della *Scuola di specializzazione in Diritto sinda-*

¹ G. Ciocca, *La libertà della previdenza privata*, Milano, Giuffrè, 1998, con presentazione di Mattia Persiani.

cale, del lavoro e della previdenza, nella quale, tuttavia, gli insegnamenti rimasero praticamente gli stessi della precedente Scuola, pur se spalmati in tre anni e non più in due, mentre venne aggiunto l'insegnamento di *Principi di diritto del lavoro*, che Matteo Dell'Olio ricoprì dall'inizio e mantenne fino a poco prima della sua morte, nel 2006. La specificità della Scuola, destinata agli approfondimenti relativi alla sicurezza sociale e alla previdenza, rimase e continua tuttora.

Con la sessione di esami e di diploma del 1989 si chiuse la *Scuola di specializzazione in sicurezza, assistenza e previdenza sociale*. Al di là delle questioni formali, però, questa vicenda è indicativa di un cambiamento significativo nelle concezioni della società e degli studiosi sulle materie in oggetto. Infatti, mentre negli anni sessanta era forte e vivo il dibattito sul concetto di sicurezza sociale, che avrebbe dovuto sostituire quello di previdenza sociale, già nel 1987 di sicurezza sociale, come espressione globale dell'intervento sui bisogni sociali, non si parlava più o era relegata agli aspetti sanitari, mentre ci siamo abituati a parlare sempre e solo di previdenza sociale.

Eppure, nella nostra Scuola resta, in particolare nell'insegnamento di *Principi della sicurezza sociale*, pur nei cambiamenti verificatisi in questi 50 anni, una eco di quel dibattito e un'interpretazione della norma costituzionale che tiene conto di esso: forse è qui la specificità di quella scuola di pensiero che Mattia Persiani, bontà sua, ha voluto chiamare in senso ampio e non riferendosi specificamente alla Scuola di specializzazione, la "scuola previdenziale di Macerata", che si ispira, anche nella solidarietà sociale, ai concetti di libertà e sussidiarietà.

Nella nuova Scuola di specializzazione hanno insegnato, oltre i già citati, fra gli altri, i professori Giuseppe Vitaletti, Giampiero Proia, Roberto Romei, inoltre Stefano Giubboni e Giuseppe Sigillò Massara, che nella Scuola hanno incontrato le rispettive consorti, Daniela Gasparrini, nonché, da sempre e fino al recente pensionamento, Giuseppe Napolitano, mentre tra gli economisti voglio ricordare Valerio Selan. Ed ancora, gli avvocati – o dirigenti – dell'INPS, Leonardo Carbone, Costantino Gullì e Vitaliana Vitaletti, dell'INAIL, Guglielmo Corsalini o, comunque, esperti della materia, come Carlo Alberto Nicolini e Fabrizio Mastrangeli.

Numerosi sono anche gli allievi della Scuola poi divenuti professori universitari: ho già citato Maurizio Cinelli e Giuliana Ciocca, ma mi piace ricordare anche Stefano Giubboni, Pasquale Passalacqua, Antonio Di Stasi, Guido Canavesi, attuale Direttore, Irene Di Spilimbergo e Filippo Olivelli.

3. *La personalità di Valente Simi*

Non si può parlare della Scuola di specializzazione di Macerata e dei suoi contenuti senza soffermarsi sulla figura umana e di studioso del suo fondatore, Valente Simi.

Ho tratto molte delle cose che dirò non solo dai miei ricordi personali, ma anche da una relazione della Facoltà del 1972 e dagli interventi inediti di Antonino Cataudella, Matteo Dell'Olio e Sergio Magrini, svolti in una giornata a Lui dedicata in questa Università.

Nato a La Spezia nel 1908, Simi giunge all'Università dopo una carriera come Avvocato dello Stato, quindi senza essere passato per i consueti percorsi accademici. Vinto il primo concorso a cattedra del dopoguerra, con Giuseppe Suppiej e Federico Mancini, arriva a Macerata come straordinario nel 1963 e vi rimane, poi, come ordinario, fino al 1974; dal 1966 al 1972 fu Rettore, eletto per due mandati, e Direttore della Scuola da lui fondata fino al 1973-1974. Lasciata Macerata, andò alla Sapienza alla Facoltà di Economia.

L'esperienza di Avvocato dello Stato, lo studio del diritto amministrativo, prima, documentato da molti scritti e opere scientifiche, e del diritto del lavoro, poi, gli dettero una formazione giuridica e culturale molto ampia che gli consentì di inquadrare i problemi tecnico-giuridici di amministrazione dell'Università, nella quale dimostrò capacità di gestione e prudenza nell'assumere decisioni talora delicate.

Antonino Cataudella lo definì un vero servitore dello Stato, ma anche capace di felici iniziative. Nella relazione della Facoltà si legge che: «il prof. Simi si è rivelato dotato di largo ascendente, equilibrio, dignità, fermezza, doti che unite all'immediata e appassionata visione dei problemi hanno consentito attraverso felici iniziative il progressivo affermarsi del nostro Ateneo dal

punto di vista delle realizzazioni concrete come da quello spirituale e culturale; anche nei momenti delicati di contestazione (ricordiamoci che siamo nel 1968, *nda*), il suo ascendente, il suo equilibrio, la sua coerente fermezza hanno contenuto le agitazioni, evitando violenze e favorita la rapida distensione».

In realtà, a Macerata l'occupazione dell'Università da parte degli studenti avvenne solo nel 1971, fu molto tranquilla e si mantenne su un piano non violento; il periodo più brutto fu nel 1974, quando qui si svolsero le prime elezioni universitarie nazionali, anzi bisogna dire che Macerata fu scelta, proprio per la sua tranquillità, per sperimentare questo sistema di partecipazione degli studenti al governo delle università. Per impedire le elezioni, vennero contestatori da tutta Italia, mentre i gruppi dei neofascisti del FUAN si erano organizzati per difenderle, perciò esse si svolsero in un clima di grande tensione. Ma questa è un'altra storia, Simi non c'era già più e il Rettore era Cataudella.

Fra le realizzazioni innovative, vorrei ricordare che, quando si decise, nel 1965, di istituire gli Istituti accorpando le materie di insegnamento, Simi propose che l'*Istituto di diritto del lavoro* si chiamasse anche "della previdenza sociale", dimostrando un'attenzione per questa materia certamente poco sentita dai cultori di diritto del lavoro dell'epoca.

Nell'insegnamento egli si distinse per lo zelo, il senso del dovere e la ricerca del contatto umano e del dibattito con gli studenti, mentre le lezioni erano improntate non solo ad approfondite rielaborazioni della materia, ma proponevano anche spunti nuovi ed originali; inaugurò, inoltre, quella tradizione di non rifiutare mai una tesi, che poi Matteo Dell'Olio continuò con grande larghezza, come pure i suoi successori.

Simi fu un uomo serio, ma anche aperto allo scherzo, alla battuta, con una visione spiritosa di fatti ed eventi: Antonino Cataudella e Matteo Dell'Olio ricordavano una poesia, che narrava in maniera spiritosa un'animata e contrastata vicenda di elezione di un preside di Facoltà.

Di Simi giuslaburista, Sergio Magrini disse che era ingiusta l'accusa di essere unicamente uno studioso serio e rigoroso, attento solo alla realtà fenomenica o normativa di base, poiché, se anche muoveva da una simile base ed era attento a non

scostarsene, tuttavia, da questa si elevava a livelli di grande costruzione, con indipendenza di posizione e di giudizio, anche dalla giurisprudenza, e attualità di contenuti; dal punto di vista metodologico, inoltre, le sue opere erano costruttive, dirette a ricercare lo spirito, i principi generali e l'unitarietà dell'ordinamento.

Di Simi giussindacalista, Matteo Dell'Olio ricordò, in contrasto con coloro che lo ritenevano ancora dipendente dal corporativismo, la distinzione del concetto di categoria professionale di quell'ordinamento da quella contenuta nell'art. 39 della Costituzione e scaturente dalla nozione di formazione sociale di cui all'art. 2 della stessa: preconstituita la prima, spontanea la seconda. Sempre Dell'Olio attribuisce a Simi la prima elaborazione del concetto di rappresentatività sindacale, quale titolo di idoneità alla rappresentanza degli interessi collettivi, come pure il consolidamento della configurazione privatistica del sindacato, cui egli sarebbe arrivato in anticipo anche rispetto a Francesco Santoro Passarelli, allontanandosi, senza ripudiarlo, dall'insegnamento di Costantino Mortati e di Ubaldo Prosperi, del quale ultimo si sentiva quasi allievo, anche se poi si avvicinò a Santoro Passarelli. Infine, Simi collaborò con Vigorelli per la legge n. 741 del 1959 sull'efficacia generale del contratto collettivo, anche se la soluzione individuata non sarebbe stata la sua scelta, che invece era per l'attuazione dell'art. 39, come raccontò a Dell'Olio.

4. *Simi e la previdenza sociale*

Di Simi previdenzialista non esiste una monografia, come quelle in materia di diritto del lavoro su *L'estinzione del rapporto di lavoro*² e *Il favore dell'ordinamento giuridico per il lavoratore*³, o di diritto sindacale su *La funzione della legge*

² V. Simi, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1948.

³ V. Simi, *Il favore dell'ordinamento giuridico per il lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1967.

*nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro*⁴. C'è, però, una raccolta di saggi, raccolti sotto il titolo *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*⁵, che sono un'espressione completa del suo pensiero in materia, pensiero che, si è già detto, animò i primi anni della Scuola di cui oggi celebriamo il cinquantesimo anno e fu, anzi, la ragione della sua istituzione.

Successivamente la Scuola, anche per gli apporti di altri studiosi, prese una strada tutta sua, ma ha mantenuto, anche nel suo ordinamento didattico, una distinzione fra sicurezza sociale, previdenza e assistenza, che concorrerebbero insieme a realizzare il disegno costituzionale.

Comunque, i saggi contenuti in quel volume erano stati pubblicati negli anni '60, ma nel 1986, data di edizione della raccolta, non erano invecchiati e per alcuni versi sono importanti ancora oggi per chi voglia approfondire l'interpretazione dell'art. 38 Cost.

I problemi del pluralismo e della *previdenza privata o libera*, come la definiva nel 1972 nella *Rivista degli Infortuni e Malattie Professionali*, sono stati affrontati da Simi nell'ambito delle norme costituzionali, e proprio in relazione ad esse egli verificava continuamente la legittimità dei progetti di riforma che via via venivano presentati. Così, la distinzione fra sicurezza, previdenza e assistenza sociali era elaborata in una interpretazione dell'art. 38 Cost., in contrasto con la caratterizzazione universalista che il sistema sociale andava assumendo e che, secondo Simi, tendeva ad appiattire in una indistinta solidarietà generale tutti i cittadini, imponendo formule "mitiche" come la libertà dal bisogno. La sicurezza sociale, considerata come finalità di integrazione della sfera protetta della persona umana, ispirata ai principi di uno Stato solidarista che ha come fine la piena realizzazione della persona umana, e il concorso fra previdenza e assistenza per la realizzazione di tale finalità erano ascrivibili agli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione.

⁴ V. Simi, *La funzione della legge nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1962.

⁵ V. Simi, *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1986.

Che il pluralismo previdenziale fosse fortemente radicato nel combinato disposto degli artt. 2 e 38 della Costituzione viene affermato nel 1964 in un articolo sulla *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, che esamina criticamente la relazione della Commissione ministeriale dell'economia e del lavoro, la c.d. *Commissione Varaldo*, istituita nel 1962 per pensare ad una riforma delle pensioni. Dal riconoscimento delle formazioni sociali nell'art. 2 e sul loro ruolo nell'ordinamento giuridico dello Stato, su cui esiste un approfondito studio negli *Annali* di questa Università del 1964⁶, egli faceva discendere l'impianto pluralistico, rispetto al quale opera il c.d. principio di sussidiarietà sociale elaborato dalla filosofia cristiana, secondo il quale lo Stato dovrebbe intervenire in modo suppletivo quando gli individui e i corpi intermedi non sono in grado di realizzare *ex sé* il fine legittimo perseguito.

Da questo principio, Simi faceva discendere il riconoscimento di libertà ed autonomia alle categorie professionali, sancito dall'art. 38, 2° comma, laddove l'espressione "istituti integrati" denoterebbe l'autonomia delle forme previdenziali pur operanti nel campo del diritto pubblico ed il ruolo affidato allo Stato di sistemazione e di integrazione, se necessario. In tal senso sarebbero da inquadrare le grandi tipologie degli enti previdenziali sostitutivi, integrativi, esonerativi ed esclusivi, quindi le categorie professionali in cui vanno ricompresi anche i lavoratori autonomi. Si attua così la libertà voluta dal Costituente con il principio di cui all'art. 2, dando origine al pluralismo previdenziale.

Partendo da questa interpretazione della Costituzione, si può capire la strenua difesa di Simi del principio del pluralismo previdenziale, ferma restando la garanzia costituzionale della previdenza obbligatoria statale per i lavoratori subordinati, rispetto ai disegni di riforma tendenti ad unificare gli enti, conosciuta come omogeneizzazione, che egli definiva «un carrozzone unitario» e un «accasermamento previdenziale generale». La «omogeneizzazione per il miglior rendimento della previdenza

⁶ V. Simi, *Annali della Università di Macerata, a cura della Facoltà giuridica*, vol. 27, Milano, Giuffrè, 1964.

e per una maggiore giustizia sociale» fu aspramente criticata nel 1980 da Simi, a Venezia, durante il Convegno sui *Principi costituzionali della previdenza sociale*, per la palese violazione non solo del principio sancito dagli artt. 2 e 38 Cost., ma anche di quello dell'art. 53, in quanto il soggetto è chiamato a concorrere alle spese pubbliche con i criteri della progressività e in relazione alla sua posizione economica, ma non può caricarsi di altre esigenze, come quelle previdenziali, in nome di una pretesa solidarietà, profilandosi anche la violazione dell'art. 36 Cost.

Per venti anni, dunque, Simi criticò sul piano della legittimità costituzionale, come pure su quello dell'attuazione concreta, i sistemi uniformali che, in nome di una solidarietà generale contrapposta a quella collettiva, di fatto avrebbero attuato un dispositivo di massa, sopprimendo istituti voluti dalle categorie organizzate autonomamente e capaci di amministrarsi senza gravare sullo Stato e venendo meno alla previsione costituzionale di uno Stato libero e pluralista.

Quanto a quella che noi oggi chiamiamo previdenza complementare, emerge chiaramente che nell'ottica pluralista non può non trovare spazio e libertà anche un fenomeno come questo, significativamente individuato da Simi come *previdenza privata*, per distinguerla da quella pubblica; anch'essa è una forma di protezione collettiva solidaristica, che ben si inserisce nel quadro generale della tutela della persona umana nel contesto della sicurezza sociale. La garanzia di libertà posta nell'ultimo comma dell'art. 38, nonché quella dell'art. 18, impediva per Simi che la previdenza e assistenza privata potessero essere oggetto diretto di soppressione, di divieto o di condizionamento, anche nel caso in cui l'evoluzione del sistema di sicurezza sociale dovesse prevedere l'eliminazione della previdenza sociale o un ampliamento della previdenza obbligatoria.

La previdenza privata, studiata da Simi in tutti i suoi profili strutturali e funzionali, è da lui legata all'intrinseca natura della solidarietà umana, e non può che esser aggiuntiva al sistema pubblico, con il miglioramento delle prestazioni da esso fornite, o prevedendo nuove forme di bisogno o nuove tipologie di soggetti, in questo operando in totale libertà; in tal senso, la funzione della previdenza sociale e quella della previdenza

privata non avevano alcun punto di contatto e di saldatura. La previdenza privata gode della protezione costituzionale, che non può essere intaccata dal legislatore ordinario e deve potersi svolgere nel modo prescelto, specie se le organizzazioni hanno basi associative, senza condizioni, restrizioni e ingerenze dei pubblici poteri. Anche in questo caso, Simi si pone a difesa delle solidarietà collettive, sempre in senso aggiuntivo, autonomo, separato e non obbligatorio. Come per i fondi di categoria.

In conclusione, emerge nelle due forme esaminate una difesa del pluralismo previdenziale che non è ideologica, ma ancorata ad una interpretazione dei principi costituzionali che può non essere condivisa, ma che è certo rispettabile e che, in una prospettiva di approfondimento scientifico della evoluzione del sistema, non può essere trascurata e non verificata.

Mattia Persiani*

L'evoluzione del sistema pensionistico

1. Festeggiamo i cinquanta anni della Scuola di perfezionamento maceratese. Scuola che non solo ha raggiunto il mezzo secolo dando segno di una grande vitalità, ma che si segnala per la caratteristica di aver sempre dedicato particolare attenzione ai problemi della previdenza sociale.

Questa fu una scelta lungimirante del fondatore, il prof. Valente Simi, perché cinquanta anni fa, se il diritto del lavoro era considerato la cenerentola dei diritti, il diritto della previdenza sociale era, addirittura, fuori dalla porta.

Scelta non solo lungimirante, ma anche feconda in quanto ha fornito, per anni, l'occasione, prima, di suscitare e, poi, di incrementare l'interesse di molti giovani studiosi agli studi di diritto della previdenza sociale.

Basti pensare agli importanti contributi dati da Giuliana Ciocca, da Paola Olivelli, da Maurizio Cinelli e da Guido Canavesi che hanno continuato, e continuano, la tradizione iniziata da Valente Simi.

2. Significativo, però, è soprattutto il prevalente orientamento culturale, che in tema di previdenza sociale, caratterizza la Scuola maceratese.

Orientamento culturale che continua ad essere ispirato alla tutela dei valori della persona (*“della persona e non già solo dell'individuo”* come diceva Matteo Dell'Olio).

* Professore emerito di Diritto del lavoro de La Sapienza romana.

Ed infatti, la principale preoccupazione avvertita, sia pure in termini e con significato diversi, da quasi tutti i componenti della Scuola maceratese è quella segnata dalla preoccupazione di salvare, anzitutto, i valori della libertà individuale considerati come valori della dignità personale.

Valori, cioè, che, pur nel contesto delle strutture pubbliche destinate a realizzare la liberazione dal bisogno, postulano anzitutto la capacità di ciascuno di provvedere autonomamente ai propri bisogni futuri mediante iniziative volontarie individuali e collettive.

3. Da qui, l'esigenza, costantemente avvertita, di non sminuire e di non umiliare i valori della responsabilità sociale e morale considerati, appunto, come costitutivi della dignità di ciascun uomo.

Sul punto, indicative sono le considerazioni svolte da Giuliana Ciocca quando riteneva che un «sistema previdenziale pubblico perfettamente organizzato per garantire sicurezza, se pure garantisce la libertà in senso negativo (e cioè dal bisogno), potrebbe paradossalmente finire per negare la libertà in senso positivo e, cioè, la libertà “del” singolo e la libertà “per” il singolo».

4. Certo, questo orientamento, come tutti gli orientamenti che esprimono l'esigenza di tutelare i valori della persona umana, è significativo e importante, onde deve essere condiviso da quanti sono consapevoli di quell'esigenza.

Tuttavia, quell'orientamento, a mio avviso, ha determinato, nell'approccio alle valutazioni sulla tutela previdenziale, una qualche venatura, direi, antistatalista risultante, se non altro, dalla prevalenza assegnata alla “*mutualità*”, in quanto espressione di interessi privati, rispetto alla “*solidarietà*” che coinvolge necessariamente interessi pubblici.

Ed è così che quell'orientamento ha, a volte, finito per attenuare il significato dei profili pubblicistici che, alla stregua dei principi accolti dalla Costituzione repubblicana, caratterizzano, ormai, la tutela previdenziale.

Di conseguenza, quell'orientamento, molto probabilmente, ha finito anche per assegnare rilevanza, se non prevalente quanto

meno significativa, agli interessi individuali rispetto agli interessi riferibili nell'intera comunità organizzativa nello Stato e, di conseguenza, ha finito, spesso, per privilegiare una prospettiva nella quale gli interessi individuali dei pensionati prevalgono su quello pubblico generale che realizza il principio costituzionale della solidarietà (cfr. art. 2 Cost.).

Così, per una sorta di eterogenesi, è accaduto che quell'interesse individuale, "*della persona*", che doveva essere tutelato al di fuori, e a prescindere, dalla tutela previdenziale volta a realizzare interessi pubblici, ha finito per essere tutelato, in luogo degli, se non contro gli, interessi pubblici che, come impongono le disposizioni costituzionali, dovrebbero essere soddisfatti dalla tutela previdenziale.

5. Orbene, non v'è dubbio che, se la tutela previdenziale è destinata, come è destinata, a realizzare il principio di uguaglianza sostanziale sancito dal secondo comma dell'art. 3 Cost., il punto di riferimento non può essere soltanto quello degli interessi pubblici, ma deve essere anche quello degli interessi dei soggetti protetti.

Senonché, non può essere dimenticato che, quando si tratta di tutela previdenziale pubblica, gli interessi dei soggetti protetti non sono soltanto i loro interessi individuali ed egoistici. Ed infatti, nella previdenza pubblica, questi interessi hanno rilevanza, e meritano tutela, esclusivamente nella misura in cui rispondono a valutazioni politiche generali che hanno riguardo a *standards* di esigenze sociali rispetto ai quali sono irrilevanti gli interessi individuali dei soggetti protetti.

Ed è nella prospettiva generale di quest'ultima che la soddisfazione degli interessi dei soggetti protetti dalla tutela previdenziale pubblica è inevitabilmente condizionata dalla disponibilità delle risorse finanziarie.

6. Disponibilità di risorse finanziarie che, oramai da trent'anni, è andata sempre più riducendosi in conseguenza della crisi della finanza pubblica e, quindi, della crisi delle gestioni pensionistiche.

Crisi, a sua volta, influenzata dalla crisi finanziaria dello Stato e resa più urgente dal calo del gettito contributivo conseguente alla riduzione dell'occupazione e dal contemporaneo incremento dei costi per prestazioni determinate dall'aumento della speranza di vita.

Ne consegue che, a voler descrivere l'evoluzione del nostro sistema pensionistico, sembra inevitabile si debba escludere che, negli ultimi decenni, un'evoluzione ci sia stata, almeno se, per evoluzione, si voglia intendere progresso o sviluppo.

Anzi, sembra inevitabile affermare che quel sistema ha perso, e sta perdendo, di effettività.

7. Ne derivano due problemi che, esprimendo un conflitto di interessi, hanno soluzioni contrapposte.

Quello della conservazione dei diritti oramai acquisiti dai già pensionati e quello di non alterare la solidarietà intergenerazionale a tutela di chi ancora lavora e finanzia le pensioni in godimento.

Solidarietà intergenerazionale che non può essere considerata, come qualcuno ha ritenuto, questione che *“tende ad essere apprezzata più con i sentimenti che con la ragione”*.

Ed infatti, quella questione è una questione che, non solo pone problemi di giustizia distributiva, ma, a mio avviso, anche di civiltà giuridica per la responsabilità che tutti abbiamo di garantire alle generazioni future gli stessi diritti che stiano godendo.

8. Resta che, con riguardo a questa, potremo dire, involuzione del nostro sistema pensionistico, due considerazioni devono essere fatte.

9. La prima considerazione è che, nel valutare quelle che, negli ultimi anni, sono state le vicende del nostro sistema pensionistico, l'unico, vero, problema da risolvere è quello di sapere se, nonostante tutto, hanno continuato, o no, ad essere rispettati i principi costituzionali in materia.

In altri termini, se, pur con le riduzioni rese necessarie dal tentativo di arginare la crisi, il nostro sistema pensionistico continua, o no, a garantire quei “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*” di cui al secondo comma dell’art. 38 Cost.

10. Orbene, mancano indicazioni definitive sul significato che deve essere attribuito all’espressione “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*”.

Ed infatti, è noto come la giurisprudenza costituzionale, al riguardo, non ha ancora fornito indicazioni che possano essere considerate definitive e, quindi, possono costituire sicuri punti di riferimento.

Non escluderei che, com’è stato ritenuto, questo atteggiamento sia stato, almeno in parte, determinato dalla scarsità di apporti della dottrina.

Anche questa, infatti, ha rinunciato ad interpretare la formula costituzionale di cui trattasi. Anzi, a volte, ha addirittura escluso sia possibile individuare una nozione *a priori* dei “*mezzi adeguati*” ritenendo che quel concetto, a ragione della “*oggettiva relatività*” del termine “*adeguatezza*”, potrebbe, se mai, essere individuato soltanto in via empirica in quanto il suo significato sarebbe condizionato dal mutevole stato della finanza pubblica e dalle variabili esigenze di redistribuzione dei redditi.

11. Senonché, a mio avviso, non è consentito sottrarsi al dovere di ricercare il significato delle disposizioni costituzionali.

Ed infatti, l’interpretazione di quelle disposizioni è essenziale perché i principi in esse enunciati condizionano l’attività legislativa e, comunque, costituiscono il necessario punto di riferimento per valutare la legittimità costituzionale delle leggi.

Allo stesso modo, lascia perplessi l’idea che quello di “*adeguatezza*” sia un “*concetto giuridico indeterminato*”.

Ed infatti, una cosa è il principio enunciato dal legislatore costituzionale che attende di essere interpretato e che, comunque, definisce l’obiettivo che deve essere perseguito dal legislatore ordinario nell’esercizio della sua discrezionalità.

Altra cosa è la determinazione delle prestazioni previdenziali

che, essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario è determinazione inevitabilmente condizionata da situazioni mutevoli e, quindi, variabili nel tempo.

12. Se mai, è da dire che i giudici costituzionali hanno evitato di definire il concetto di “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*” anche a ragione di ciò che, quando sono stati chiamati a scrutinare disposizioni della legge che dettavano i criteri per determinare l’importo delle prestazioni previdenziali, hanno, quasi sempre, fatto affidamento alla discrezionalità del legislatore e, quindi, hanno supposto che le prestazioni previste fossero idonee a garantire “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*” alla sola condizione che non risulti violato il “*principio di ragionevolezza*”.

E molto probabilmente è questa la ragione per cui i giudici costituzionali, più che ricondurre il sistema previdenziale ai principi costituzionali, si sono assai spesso limitati a razionalizzare un complesso legislativo disorganico e poco perequato, limitandosi ad applicare, all’inizio, il “*principio di eguaglianza*” e, poi, ad applicare alle prestazioni pensionistiche, sia pure in modo incerto, il tradizionale “*principio di corrispettività*”.

13. Peraltro, il “*principio di corrispettività*” e quello di “*proporzionalità*” sono il cavallo di battaglia utilizzato da quanti, come già accennato, privilegiano la tutela dei diritti acquisiti e, quindi, degli interessi individuali.

Senonché, è necessario insistere nel far presente che, quando si tratta di tutela previdenziale, è errata l’utilizzazione di quei principi.

Ed infatti, il “*principio di corrispettività*” e quello di “*proporzionalità*” hanno senso soltanto per la retribuzione in quanto, per questa, forniscono il necessario punto di equilibrio tra interessi privati individuali in conflitto: gli interessi di chi possiede i mezzi di produzione e vuole ricavare dalla loro utilizzazione il maggior profitto possibile e gli interessi di quanti lavorano per vivere e per i quali la retribuzione costituisce l’unico mezzo di sostentamento.

Non ha senso, invece, applicare il “*principio di corrispettività*” e quello di “*proporzionalità*” alle prestazioni pensionistiche.

14. Ciò perché, la prospettiva nella quale deve essere presa in considerazione la tutela previdenziale è diversa da quella nella quale si confrontano interessi individuali.

Al riguardo, è sufficiente ricordare che Giuseppe Di Vittorio nel corso dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, affermò che «attraverso la previdenza statale la collettività nazionale adempie un suo dovere verso i lavoratori che si trovano in condizioni di bisogno»¹.

15. Ond'è che le prestazioni previdenziali, a differenza della retribuzione, non sono destinate a superare un conflitto di interessi privati, ma soddisfano un interesse pubblico generale in quanto hanno la funzione di adempiere ad un “*dovere della collettività nazionale*”.

Hanno, cioè, la funzione di soddisfare l'interesse non già di chi ha versato i contributi previdenziali, ma di chi si trova in condizioni di bisogno e attende dalla solidarietà dell'intera collettività organizzata dallo Stato (art. 2 Cost.) gli sia garantito l'effettivo esercizio dei diritti civili e politici (secondo comma, art. 3 Cost.).

Si aggiunga che, il “*principio di corrispettività*”, se è stato utilizzato per difendere i cosiddetti diritti acquisiti, non ha fatto avvertire l'esigenza di verificare se anche i minimi di pensione (che i giudici costituzionali considerano “*nucleo essenziale di protezione previdenziale*”) garantiscano o no i “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*”.

16. Orbene, a voler tentare un'interpretazione della garanzia costituzionale dei “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*”, le mosse, a mio avviso, devono essere prese dalla individuazione degli interessi che quei “*mezzi*” sono chiamati a soddisfare.

Ed infatti, se la garanzia di “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*” fosse stata prevista in funzione degli interessi individuali

¹ Cfr., L. Pelliccia, A. Tandoi, *La “filosofia sociale” della previdenza e dell'assistenza*, in L. Gaeta (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto dell'Assemblea Costituente*, Roma, Ediesse, 2014, p. 227.

dei titolari di pensione, ben potrebbe essere giustificata l'utilizzazione del "*principio di proporzionalità*" e, al limite, la conservazione dei diritti acquisiti.

Senonché, se la funzione di quella garanzia fosse quella di soddisfare interessi individuali non avrebbe senso l'adozione del sistema finanziario della ripartizione, né il riconoscimento della discrezionalità del legislatore nel determinare l'importo dei trattamenti pensionistici. Sarebbe sufficiente applicare le regole proprie dell'assicurazione privata che, se garantiscono la "*proporzionalità*" tra premi e benefici, sono indifferenti all'effettività di questi ultimi.

17. Del resto, la dottrina che studia la tutela previdenziale condividendo, in tutto o in parte, il "*principio di corrispettività*", non si pone due problemi.

Uno è il problema di sapere se il "*principio di proporzionalità*" vale, o no, anche per chi, con il suo lavoro, finanzia le prestazioni in godimento, ma non avrà la stessa tutela di chi già è pensionato.

Il secondo problema è quello di sapere chi, allora, dovrebbe garantire "*mezzi adeguati alle esigenze di vita*" a tutti i lavoratori e anche a quelli che, non avendo trovato un lavoro stabile, hanno maturato una scarsa contribuzione previdenziale.

18. Né il richiamo ai principi di "*corrispettività*" e di "*proporzionalità*" può essere giustificato mettendo, come più volte è stato proposto, l'accento sulla diversità delle formulazioni che definiscono la tutela prevista nel primo e quella prevista nel secondo comma dell'art. 38 Cost.

Il primo comma, infatti, garantisce a tutti i cittadini il "*mantenimento*", mentre il secondo comma garantisce ai lavoratori "*mezzi adeguati alle esigenze di vita*".

19. Orbene, non può essere dubitato che, nel disegno del legislatore costituente, la tutela di chi lavora debba avere un'effettività più intensa rispetto a quella riservata a tutti i cittadini

proprio perché i lavoratori concorrono, ovvero hanno concorso, al “*progresso materiale e spirituale della società*” (art. 4 Cost.).

Fatto è, però, che la maggiore effettività della tutela previdenziale garantita ai lavoratori non significa, e non può significare, che quella tutela sia destinata a soddisfare, in modo immediato e diretto, i loro interessi individuali, né che i trattamenti pensionistici debbano, allo stesso modo della retribuzione, essere proporzionati al lavoro prestato.

20. Del resto, il richiamo ai principi di “*corrispettività*” e di “*proporzionalità*” non può essere condiviso perché contrastate da ciò che le prestazioni previdenziali non sono funzionalizzate esclusivamente alla soddisfazione di un interesse del pensionato, ma sono, piuttosto e soprattutto, espressione di una solidarietà estesa a tutta la collettività (art. 2 Cost.).

Hanno, infatti, la funzione di «*rimuovere gli articoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*» (secondo comma, art. 3 Cost.).

21. Conclusione quest'ultima confermata anche dalla considerazione dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente che ben possono, se non devono, essere utilizzati quando si tratti di interpretare le disposizioni costituzionali.

Ed infatti, elementi significativi devono essere tratti da quanto accaduto in sede di approvazione del testo definitivo dell'art. 38 della Costituzione (e cioè nella seduta plenaria dell'Assemblea Costituente del 10 maggio 1947).

Ed infatti, in quell'occasione, da un lato, venne soppresso, al secondo comma dell'art. 38, l'inciso “*in ragione del lavoro che prestano*” riferito alla garanzia dei “*mezzi adeguati*”².

² Cfr., Pelliccia, Tandoi, *La “filosofia sociale”*, cit., p. 227.

D'altro lato, quella soppressione, secondo il proponente on. Lanconi, venne motivata con la preoccupazione che *“il legislatore futuro abbia una libertà più ampia e possa adottare i criteri che gli appariranno più adatti alla situazione e più efficaci”*³.

Soppressione dell'inciso *“in ragione del lavoro prestato”* che, messa in relazione alle considerazioni che in quella stessa sede erano state formulate da Giuseppe Di Vittorio (cfr. n. 14), impone di escludere che la garanzia costituzionale dei *“mezzi adeguati”* possa, o debba, essere interpretata nel senso che l'*“adeguatezza”* significhi attitudine a soddisfare soprattutto le esigenze individuali dei pensionati determinate *“in ragione del lavoro che prestano”* e, dunque, in applicazione del *“principio di proporzionalità”* con la retribuzione percepita o con la contribuzione versata.

22. Sono queste le ragioni per cui ho sempre considerato con qualche sospetto e, cioè, come se fossero espressioni di una apparente ingenuità, le tesi sostenute da quanti sembrano ignorare la crisi finanziaria che da quasi trent'anni affligge non solo il sistema pensionistico, ma anche dello Stato.

Ed infatti, solo se non si tiene conto di questa crisi, è possibile caldeggiare, comunque, qualsiasi prospettiva che tenda a conservare i livelli di tutela raggiunti dai già pensionati e, al tempo stesso, a contestare le limitazioni di quella tutela.

Certo, questi caldeggiatori non negano che le risorse disponibili sono sempre più limitate, ma, poi, non ne tengono conto.

23. Così è avvenuto quando, di recente, è stato contestato il prelievo imposto alle pensioni di importo elevato, in quanto non sarebbe stato giustificato dall'*“assenza di soluzioni alternative”*.

Contestazione che, postulando una diversa distribuzione delle risorse disponibili come alternativa alla riduzione dell'importo delle pensioni già maturate, esprime esclusivamente un'in-

³ Cfr. V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Milano, Mondadori, 1976, pp. 132 ss.

dicazione di politica del diritto che, però, nulla ha a che fare con l'interpretazione dei “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*” garantiti dal secondo comma dell'art. 38 Cost.

24. Soprattutto, quella contestazione non tiene conto di ciò che i giudici costituzionali riservano alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei livelli della tutela previdenziale e, quindi, deve ritenersi, a maggior ragione, che a quella discrezionalità sia esclusivamente affidata la destinazione delle risorse disponibili al perseguimento dei diversi obiettivi di interesse pubblico quali la sanità, la scuola, la giustizia, la difesa e, tra questi, anche la realizzazione della tutela previdenziale.

E, se la discrezionalità riguardante la determinazione dei livelli della tutela previdenziale è stata spesso oggetto di un controllo costituzionale di ragionevolezza, quel controllo non è, invece, consentito quando si tratti di discrezionalità nella distribuzione delle risorse finanziarie disponibili al perseguimento dei diversi interessi pubblici che attendono di essere soddisfatti.

Ciò perché quest'ultima distribuzione è oggetto di “*atti politici*”, come tali, insindacabili anche dai giudici costituzionali.

25. Soprattutto, atteggiamenti come quello ora riferito, sembrano avere una qualche credibilità soltanto a ragione di un vuoto esistente nel nostro armamentario culturale.

Ed infatti, mai è stata data una soluzione convincente al problema di sapere qual è la funzione che la Costituzione assegna alla tutela previdenziale e, in particolare, a quella che si realizza mediante l'erogazione di pensioni.

Ed infatti, la giurisprudenza, e anche – se non soprattutto – quella costituzionale, e la dottrina non hanno risolto la contrapposizione tra “*solidarietà*” e “*mutualità*” e, quindi, non hanno individuato quale dovrebbe essere, alla stregua dei principi costituzionali, un equilibrato temperamento tra l'esigenza di garantire l'adeguatezza delle prestazioni e la scarsità dei mezzi finanziari disponibili.

Ed invece, l'individuazione della funzione che la Costituzione assegna al sistema pensionistico fornirebbe non solo un possibile

punto di riferimento per il legislatore, ma anche, e soprattutto, il criterio da utilizzare per scrutinare la legittimità costituzionale delle leggi che tentano di arginare la crisi finanziaria del sistema pensionistico e segnano, sia pure in senso negativo, l'evoluzione del nostro sistema pensionistico.

26. La seconda delle considerazioni annunciate (cfr. n. 8) può essere utilizzata a conclusione del nostro discorso.

Ed infatti, la storia insegna che, a volte, situazioni da considerare negative hanno, però, finito per costituire lo stimolo, se non l'occasione, per realizzare un qualche progresso.

Se ciò fosse vero, potremmo prospettare l'ipotesi che la situazione negativa costituita dalla perdita di effettività del nostro sistema pensionistico, conseguente alla crisi finanziaria, abbia finito per avere conseguenze che potrebbero essere considerate positive.

Ciò almeno nel senso che la perdita di effettività ha ricondotto la tutela previdenziale nei limiti che, come tutela destinata a soddisfare interessi pubblici, avrebbero dovuto essere suoi propri.

In altri termini, si potrebbe ritenere che la riduzione di effettività della tutela pensionistica ne ha determinato una razionalizzazione nel senso che ha messo in luce la vera, ed unica, funzione che era stata assegnata dal legislatore costituente.

Ed è in questa prospettiva che può essere riscoperto anche il significativo apporto della Scuola maceratese agli studi di diritto della previdenza sociale (cfr. n. 2).

Una tutela previdenziale pubblica, ricondotta ai limiti che gli derivano da quella che è la sua funzione, non costituisce attentato alla dignità dei soggetti protetti nella misura in cui presuppone che, per soddisfare i loro interessi individuali, essi siano abilitati a far ricorso, con senso di responsabilità sociale e personale, alla loro stessa iniziativa.

Facciano, cioè, ricorso al risparmio o alla previdenza complementare individuale o collettiva.

Maurizio Cinelli*

«Pubblico», «privato» e Costituzione nelle dinamiche della previdenza

SOMMARIO: 1. Pubblico *versus* privato? – 2. L'interazione dei ruoli nel sistema dalle origini – 3. Continuità/discontinuità dell'ordinamento repubblicano – 4. La solidarietà intergenerazionale – 5. La plasticità delle operazioni del sistema previdenziale – 6. L'ibridazione tra pubblico e privato – 7. La rigidità dei fini – 8. Il problema dell'effettività – 9. ... e quello dei vincoli di bilancio – 10. Quale regia?

1. *Pubblico versus privato?*

La combinazione di «pubblico» e «privato» all'interno del sistema nazionale di protezione sociale suole essere considerata come uno degli aspetti attualmente di maggior rilevanza e, insieme, di maggior criticità di quel sistema.

In effetti, il rapporto di coesistenza e reciproca interazione tra interventi riferibili alla mano pubblica e interventi riferibili al circuito privato, che, di fatto, caratterizza l'attuale sistema nazionale di protezione sociale, comunemente tende ad essere apprezzato – piuttosto che come dato «fisiologico» – alla stregua di una convivenza necessitata dalle circostanze: cioè, come espressione emblematica di una più generale, diffusa situazione di malessere, che, a partire, più o meno, dalla seconda metà degli anni '80 dello scorso secolo, alimenta – per dirla con il massimo della semplificazione – una sempre più estesa richiesta

* Già Direttore della Scuola di Specializzazione e Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Macerata.

di intervento privato, a supplenza di una ritenuta (e comunque sofferta) incapacità/inidoneità della mano pubblica a soddisfare la richiesta di tutela che promana dal corpo sociale.

La contaminazione tra «pubblico» e «privato» in un settore così delicato, quale è quello del *welfare*, è situazione ricca di innegabili suggestioni.

Ma è anche realtà che, per poter essere valutata in maniera appropriata, richiede, a mio avviso, di essere esaminata con particolare cautela, forse anche al di là degli schemi correnti.

2. *L'interazione dei ruoli nel sistema dalle origini*

Come prima cosa, se si rivolge lo sguardo al passato, si può riscontrare che la compenetrazione di «pubblico» e «privato» è fenomeno risalente all'origine stessa del sistema di protezione sociale.

Invero, alla configurazione «obbligatoria», che, *ab origine* (l. n. 80 del 1898), ha assunto l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (che, però – va sottolineato –, ha sempre presentato una fisionomia del tutto particolare rispetto agli altri settori dell'ordinamento previdenziale), si sono contrapposte, in quello stesso periodo, forme di tutela pensionistica caratterizzate dalla «facoltatività»: cioè, con il connotato che, con maggior immediatezza, identifica la componente «privata» del binomio in considerazione.

Basti ricordare che la prima struttura, in ordine cronologico, destinata alla tutela pensionistica per la vecchiaia e l'invalidità – quella Cassa nazionale di previdenza, che è stata l'antesignana dell'INPS –, è stata configurata dalla legge istitutiva di fine ottocento (l. n. 350 del 1898) come assicurazione volontaria. Con un'unica particolarità: l'incentivo all'adesione, rappresentato da un contributo statale a favore degli aderenti: una misura promozionale, questa, che è tutto quanto è valso a distinguere tale «primitiva» forma di tutela sociale «pubblica» dal suo diretto antecedente storico di successo: la mutualità privata.

Quando poi ha visto la luce, nel 1919, la prima forma di tutela previdenziale propriamente pubblica – cioè, la previdenza pensionistica obbligatoria, finanziata con contributi degli inte-

ressati (l. n. 603 del 1919) –, non poche, né di poco rilievo sono state le situazioni materiali escluse dalla soggezione a quell'obbligo assicurativo; o, comunque, affidate alla tutela di forme di previdenza regolate sulla base di atti di autonomia privata.

Senza entrare in troppi dettagli, può essere ricordata, innanzitutto, per il suo carattere paradigmatico, l'esperienza che ha caratterizzato, a partire dal 1924, i c.d. fondi esonerati (art. 142, r. d. 28 agosto 1924 n. 1422; artt. 5, 8 e 32 r. d. l. 14 aprile 1939 n. 636), forme di previdenza aziendale, attivabili, in alternativa alla soggezione all'assicurazione generale obbligatoria, a condizione della loro regolamentazione secondo criteri atti ad assicurare ai relativi iscritti una tutela almeno equivalente a quella del regime generale.

Una soluzione, quella dei fondi esonerati, che – come è stato osservato – ha avuto motivo di essere particolarmente apprezzata dai diretti interessati, se non altro perché in grado di soddisfare anche interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli perseguiti dalla previdenza pubblica: comprese, se del caso, prestazioni di importo più elevato (ovviamente, a fronte di maggiori contributi), anche parametrabili all'ultima retribuzione. Una situazione che spiega a sufficienza come e perché quell'esperienza sia proseguita per un lungo periodo anche nell'ordinamento repubblicano (cfr. art. 15, l. n. 55 del 1958), per estinguersi soltanto sul finire del secolo appena trascorso (l. n. 218 del 1990; art. 70, l. n. 144 del 1999).

Promiscuità tra pubblico e privato, altrettanto risalente e significativa, è quella che ha caratterizzato le forme facoltative di previdenza, individuali o collettive; e, ciononostante, affidate alla gestione diretta dell'ente pubblico previdenziale.

Paradigmatica di tale «ibridazione» è l'assicurazione facoltativa istituita nel 1924 e successivamente inclusa tra i compiti istituzionali dell'INPS (artt. 56-75, r.d. n. 1422 del 1924; art. 3, r.d.l. n. 1827 del 1935), fin dall'origine riservata ai soli cittadini italiani non destinatari dell'assicurazione obbligatoria, e appartenenti a specifiche categorie (precisamente quelle indicate dall'art. 29, r.d. n. 3184 del 1923), selezionate prevalentemente in relazione alle condizioni reddituali.

Già all'atto dell'introduzione dell'assicurazione sociale obbligatoria, in effetti, ampie fasce di lavoratori sono state esplicitamente esentate dal relativo obbligo, in quanto fornite di un reddito da lavoro superiore ad un certo importo: è noto che, all'epoca, soltanto gli operai e gli impiegati con retribuzioni di importo più basso (inferiore, cioè, alle 800 lire dell'epoca) erano soggetti all'obbligo assicurativo (d.lgs. n. 603 del 1919; r.d.l. n. 1827 del 1935; r.d.l. n. 636 del 1939).

Un limite alla copertura assicurativa obbligatoria che sarebbe stato eliminato soltanto nell'immediato dopoguerra (art. 1, l. n. 633 del 1950), non appena i principi posti dal nuovo ordinamento costituzionale hanno iniziato a dare i primi frutti.

Il fatto è che in quella prima, non brevissima, ma comunque vivace stagione dell'ordinamento di previdenza sociale, l'area esentata dall'obbligo assicurativo era potenzialmente regolabile (e, di fatto, in gran parte concretamente regolata) dai contratti collettivi corporativi (art. 4, l. 3 aprile 1926 n. 563): una funzionalizzazione *ante litteram*, se vogliamo, della previdenza di fonte contrattuale (anche se – bisogna darne atto –, stanti l'efficacia *erga omnes* di quei contratti, e la natura pubblicistica delle relative fonti, le forme previdenziali di fonte sindacale potevano essere considerate equivalenti, nella sostanza, a quelle proprie della previdenza pubblica, regolata per legge).

Per dirla in breve, e riassuntivamente: alle soglie dell'ordinamento democratico, nell'ambito delle tutele sociali risultava già consolidata una concezione – una «tradizione culturale», si potrebbe dire –, fondata non già sulla divaricazione tra ruolo dello Stato e ruolo dei soggetti privati, bensì sulla combinazione/interazione di quei ruoli.

Un'impostazione fondata, in altre parole, su di un sistema la cui struttura includeva le iniziative delle singole categorie interessate; con quanto ne consegue in termini di (tendenziale) parcellizzazione del sistema stesso in regimi differenziati, appunto, per categorie o per centri di interesse.

3. *Continuità/discontinuità dell'ordinamento repubblicano*

Prendere atto che il concorso di «pubblico» e «privato» nel sistema generale di protezione sociale non è peculiarità dell'oggi, ma fenomeno risalente, non basta, però, a fornirci tutto quello che serve per un'adeguata contezza del quadro.

E, infatti, occorre chiedersi, innanzitutto, se, a seguito del nuovo assetto repubblicano e della promulgazione della Costituzione, detto perdurante assetto combinatorio nel campo del sociale tra interventi del circuito pubblico e interventi del circuito privato abbia assunto, di fatto, una diversa valenza rispetto al passato.

Ebbene, la logica categoriale propria del precedente ordinamento può considerarsi ripresa dall'art. 2 Cost., per effetto dell'accoglimento della concezione pluralistica – uno dei cardini dell'ordinamento repubblicano –, in sostanziale continuità, dunque, da tale punto di vista, con la precedente realtà, caratterizzata da uno stretto legame della previdenza con le logiche proprie dei rapporti di lavoro (e, conseguentemente, delle relative differenziazioni per categorie di lavoratori).

Forte è stato, viceversa, l'impatto innovativo – e, dunque, la cesura rispetto al passato –, rappresentato dalla logica solidaristica che accomuna l'ulteriore portato di quella stessa disposizione costituzionale e l'obiettivo di cui al successivo art. 3: universalità della protezione sociale, da un lato, e redistribuzione della ricchezza in funzione di un processo di parificazione sostanziale tra le varie componenti del corpo sociale, dall'altro lato.

Principi ovviamente di portata generale, questi; non specificamente dettati, cioè, per i soli rapporti economici e politici (artt. 35-54). E, tuttavia, destinati ad incidere fortemente sulla regolamentazione delle forme di tutela sociale tanto dei cittadini (assistenza), quanto dei lavoratori (previdenza).

4. *La solidarietà intergenerazionale*

La discontinuità più netta rispetto agli schemi precedenti è rappresentata indubbiamente dal principio dettato dall'art. 3, c. 2, Cost.: l'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli

di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, la pari dignità, l'effettiva partecipazione di ognuno all'organizzazione del Paese.

Quella discontinuità, tuttavia, è stata resa palpabile soprattutto per effetto dell'adozione, nel settore della previdenza, del criterio di gestione a ripartizione delle risorse finanziarie, in luogo del precedente, fondato sulla capitalizzazione.

Un'innovazione, la suddetta, resasi necessaria, come ben sappiamo, dopo che l'inflazione generata dagli eventi bellici ha sostanzialmente azzerato il valore degli accantonamenti finanziaria, già destinati al settore delle pensioni.

Ma anche innovazione che ha inevitabilmente determinato l'instaurazione di uno strutturale, stretto legame solidaristico tra generazioni: un legame destinato non solo ad aggiungersi a quello rappresentato dalla solidarietà intragenerazionale, propria delle politiche redistributive, ma, soprattutto, a vedersi affidata, di fatto, la sorte stessa del sistema nei suoi svolgimenti presenti e futuri.

È da sottolineare che è proprio per effetto di tale innovativo connotato che il nuovo ordinamento previdenziale mal si presta (anche concettualmente) a defezioni o forme di *opting out*. E ciò a differenza di quanto, con molta maggiore disinvoltura, poteva consentire, invece, la regolamentazione delle origini, imperniata, come era, sulla sostanziale corrispettività tra contributi e prestazioni (e, dunque, suscettibile di subire, senza particolari «danni», «frazionamenti» al suo interno).

Detta impostazione solidaristica e le conseguenti logiche di stampo egualitaristico – sulle quali ovviamente non mi soffermo (l'impostazione egualitaria, solo per fare un esempio, è stata alla base del «congelamento» delle forme di previdenza integrativa già in essere nel pubblico impiego, ad opera della legge n. 70 del 1975) – hanno, però, come caratteristica, quella di porsi in tensione con il principio pluralistico, atteso che, quest'ultimo, viceversa, legittima (anche nel settore in esame) regolamentazioni «dedicate» a specifiche «formazioni sociali» (e, dunque, discipline differenziate).

Le misure che, a più riprese, il legislatore ha adottato per smussare gli effetti sperequativi più evidenti di tale situazione, e, comunque, nelle direzioni della armonizzazione e del coordinamento dei diversi regimi pensionistici, possono essere apprezzate come manifestazioni – più o meno efficaci – di quell’esigenza di bilanciamento che si pone in tutte le occasioni in cui valori di pari rilevanza costituzionale entrino in reciproca competizione.

E a detta logica di bilanciamento è da ricondurre, come mi sembra, anche quella giurisprudenza costituzionale che dichiara legittime (in via di principio) le iniziative di prelievo solidaristico sulle pensioni di importo più elevato. A condizione, però, che le risorse così raccolte siano destinate a specifiche finalità endoprevidenziali; quando, in altri termini, quelle risorse, raccolte in nome della solidarietà, non siano destinate all’erario, bensì al settore previdenziale stesso.

È stato enucleato, in tal modo, dal Giudice delle leggi, un concetto di solidarietà «di sistema» non già (o non più) «generale», bensì «endoprevidenziale» (Corte cost. 2016, n. 173), se non addirittura «endocategoriale» (Corte cost. 2017, n. 7), come nel caso delle Casse di previdenza dei professionisti: una questione sulla quale non è possibile soffermarsi, ma che merita di essere sottolineata per quanto intuitivamente è di implicazione sistematica.

5. La plasticità delle operazioni del sistema previdenziale

A questo punto, c’è da chiedersi in che termini il fenomeno in considerazione – il concorso di «pubblico» e «privato», nel perseguimento dei fini sociali cui tende il sistema di *welfare* – interagisca o possa interagire con tali, innovativi aspetti di ordine costituzionale.

Ebbene, a ben considerare, il dato costituzionale non risulta porre, al proposito, aprioristici condizionamenti. Una situazione che va messa in relazione con le caratteristiche dello specifico precetto costituzionale che governa la materia.

E, in effetti, il precetto di cui all’art. 38 Cost. ha – come si suol dire – carattere «aperto»: lascia libero, cioè, il legislatore ordinario di organizzare il sistema di *welfare* nelle forme che

esso ritenga più opportune, senza alcun condizionamento (di ordine costituzionale) per quanto riguarda l'assetto organizzativo e istituzionale della materia (è quanto già esplicitato, d'altra parte, negli stessi lavori preparatori dell'Assemblea costituente).

In sostanza, e più precisamente, la formulazione di detta specifica disposizione costituzionale autorizza a ritenere che lo Stato, oltre che come «gestore», possa proporsi di operare nel settore anche come «regolatore».

Dove l'oggetto da regolare da parte dello Stato (potenzialmente) si estende anche alle componenti del sistema che ascendano, in ipotesi, al circuito privato. A patto, ovviamente, che sia tecnicamente possibile rendere funzionali quelle componenti alla realizzazione dell'obiettivo sociale, risultante dalla combinazione del dettato dello stesso art. 38 con i principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Tale conclusione non è contraddetta (nonostante quanto potrebbe ad un primo sguardo apparire) dalla «libertà» garantita dal co. 5 di quel medesimo articolo alle forme private di previdenza e assistenza. E neppure dal principio di sussidiarietà, di cui all'art. 118, co. 4, Cost.

La funzionalizzazione di specifiche manifestazioni di previdenza privata – come nel nostro Paese è notoriamente avvenuto fin dai primi anni novanta, con l'inserimento strutturale nel sistema della previdenza complementare – non può considerarsi equivalente, infatti, a pretesa di esclusiva dello Stato sulla previdenza privata (pretesa che, in effetti, contrasterebbe con quel principio di libertà); indipendentemente dalla fattispecie di (parziale o occasionale) funzionalizzazione, la previdenza e l'assistenza private restano «libere», e, dunque, suscettibili di coprire *ad libitum* spazi «altri».

Il principio di sussidiarietà, dal suo canto, concorrendo con quanto al medesimo proposito risulta dagli altri principi già indicati, non può essere considerato rappresentativo di un vincolo preclusivo di forme di protezione pubblica diversamente impostate e articolate.

6. *L'ibridazione tra pubblico e privato*

Per altro verso, già un velocissimo *excursus* vale ad evidenziare la profonda ibridazione tra pubblico e privato pressoché in tutti gli snodi “sensibili” della materia: dalla previdenza complementare (che è l’oggetto sul quale, invero, fin dall’inizio si è sostanzialmente polarizzata e modulata – forse restandone in qualche modo condizionata – la discussione sulla problematica in riferimento), al *welfare* aziendale; dai fondi integrativi sanitari, agli ammortizzatori sociali «contrattuali»; dalle Casse di previdenza «privatizzate» (per i liberi professionisti e non), alla mutualità e al terzo settore, alla posizione intermedia tra «pubblico» e «privato», comunque impressa al c.d. «privato sociale».

Basti, per esemplificare, qualche schematico accenno. Sulla previdenza complementare, tema assai noto e dibattuto, non è necessario insistere: in quanto forma di tutela pensionistica integrativa ad accesso volontario, incardinata nella struttura stessa del sistema di cui all’art. 38, c. 2, Cost., per esplicita scelta del legislatore, per giudicarsi rappresentativo di un dichiarato disegno di conciliazione e reciproca integrazione tra pubblico e privato (espresamente enunciato, difatti, dall’art. 3, l. n. 421 del 1992, dall’art. 1, d.lgs. n. 124 del 1993, dall’art. 1, l. n. 335 del 1995, e condiviso dalla stessa Corte costituzionale, con le sentenze 3 ottobre 1990 n. 427; 8 settembre 1995 n. 421; 5 giugno 2000 n. 178, e altre). Una scelta che, se dovessero essere prese in considerazione, in ipotesi, questioni di legittimità costituzionale, potrebbe risultare censurabile, eventualmente, sul fronte dei possibili effetti di discriminazione soggettiva per ragioni di censo, ben difficilmente sul fronte della funzionalizzazione alla garanzia di cui al co. 2 dell’art. 38.

I regimi previdenziali dei liberi professionisti, dal loro canto, si collocano nel circuito privato sicuramente per quanto riguarda la natura giuridica dei rispettivi enti gestori, nonché (se si vuole), la porzione di potestà regolamentare che il legislatore ha trasferito loro; ma tutto il resto si colloca inequivocabilmente nell’area pubblicistica (come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale), compresa – anche se non dichiarata (o addirittura disconosciuta) – la garanzia di ultima istanza impli-

cita nell'art. 38, c. 4 (invocabile nel caso di eventuale dissesto dell'ente previdenziale).

Passando al campo degli ammortizzatori sociali, i fondi bilaterali di solidarietà, sebbene promossi e costituiti tramite atti di iniziativa privata di natura collettiva (e, dunque, riferibili, a rigore, al circuito privato), sono destinati ad essere regolamentati e gestiti sostanzialmente secondo le logiche del circuito pubblico, e, cioè, come una struttura dell'INPS: sulla base di disposizioni eteronome (essenzialmente decreti interministeriali), rispetto all'iniziativa dei promotori del fondo stesso. E altrettanto può dirsi per il FIS, o fondo di integrazione salariale (già fondo di solidarietà residuale).

Infine, anche la più tipica e più risalente manifestazione dell'iniziativa privata nel campo del sociale – il mutualismo, già regolato dalla l. n. 3818 del 1886 – ha assunto una fisionomia ibrida, man mano che, a partire dagli anni '80 dello scorso secolo, è cresciuto l'interesse delle Regioni per tale risalente esperienza nel sociale. Una ibridazione resa ancor più evidente, da ultimo, per effetto dell'iniziativa regolatoria adottata dal d. l. n. 179 del 2012, che, in una logica di efficientamento e di razionalizzazione dell'intera materia – ma concretamente indirizzando le società di mutuo soccorso a svolgere (prevalentemente) funzioni di assistenza integrativa nel settore socio sanitario –, ha novellato (art. 23) parti importanti della storica legge del 1886, a scapito della altrettanto storica «libertà» del mutualismo. E l'attuazione della recente legge delega n. 106 del 2016, per la «riforma del terzo settore», potrebbe aprire al proposito ulteriori, nuovi scenari.

Sull'opposto fronte, alla funzionalizzazione del privato corrisponde la sedimentazione nel tempo di un ampio catalogo di «innesti» del «privato» nel «pubblico».

Anche qui nei limiti all'enunciazione, per così dire, *random*, di qualche specifica situazione a mero titolo esemplificativo: la prosecuzione volontaria dell'assicurazione obbligatoria; il variegato catalogo delle «opzioni» (che, in alcuni casi, consentono addirittura di scegliere il regime previdenziale), rappresentativo del c.d. supermercato previdenziale (come qualcuno lo ha definito); i riscatti (compresa quella particolarissima forma di riscatto introdotta dalla l. n. 247 del 2007, che consente ai

neolaureati di costruirsi un peculio nell'assicurazione obbligatoria prima ancora di iniziare qualsiasi attività lavorativa), e altro ancora.

In sostanza, e per dirla in due parole: una varietà di situazioni che potrebbe far dubitare della reale appropriatezza dei termini sulla base dei quali la questione del concorso di «pubblico» e «privato» all'interno del sistema di previdenza suole essere attualmente dibattuta.

7. *La rigidità dei fini*

Le ragioni di detta promiscuità o ibridazione sono molteplici.

Va dato atto, innanzitutto, che oggi sarebbe ben difficile resistere alle spinte che vanno nella direzione di una pluralità di registri nelle tecniche costruttive del sistema di *welfare*: una delle molle dell'intervento del «privato» nel settore è l'accrescimento – in intensità e in numero – dei bisogni di una società evoluta, che, a parte e nonostante la crisi, si fa, al proposito, sempre più esigente.

È scontato, d'altra parte, che, pur in assenza di specifici condizionamenti di carattere costituzionale, sorti e caratteri del sistema di *welfare*, a fronte di tanti stimoli, siano destinati a restare fortemente condizionati, nel bene e nel male, dal più o meno sapiente dosaggio degli strumenti concretamente disponibili, tanto se riferibili all'un comparto, quanto se riferibili all'altro.

E ciò tanto più da quando il legislatore si trova a dover realizzare le tutele costituzionalmente garantite non solo attraverso prestazioni economiche, ma anche attraverso una opportuna combinazione di prestazioni individualizzate e prestazioni non individualizzate (o servizi) di vario genere: abitativi, ricreativi, assistenziali, formativi; eventualmente anche attraverso forme di *welfare* aziendale. Un intervento, questo, nel quale effettivamente possono essere realizzate le più varie combinazioni tra strumenti del circuito pubblico e strumenti del circuito privato, anche in ragione delle diverse «attitudini», dell'uno e dell'altro, a rispondere alla variegata tipologia di eventi da affrontare e di servizi da assicurare.

Bastano questi pochi accenni, credo, a dar conto del perché il dibattito sul c.d. *welfare mix* sia oggi così vivace.

Vero è, però – e qui si pone una ulteriore, delicatissima, fondamentale questione –, che, pur a fronte di detta innegabile “plasticità” del sistema di *welfare* nel suo complesso, uno specifico condizionamento costituzionale in realtà esiste.

Si tratta, per la precisione, del condizionamento posto dal “risultato” da conseguire, questo, sì, vincolato, e «rigido».

In altre parole, va riconosciuto che alla «flessibilità dei modi» corrisponde, a livello costituzionale, una «rigidità dei fini».

Tale circostanza implica che, quali che siano la natura e la combinazione degli strumenti concretamente utilizzati o utilizzabili, ai sensi del precetto costituzionale, l’obiettivo da realizzare – quello al quale lo Stato si è impegnato con il massimo della solennità – è uno e stringente: assicurare ai lavoratori che versino in condizioni di bisogno “mezzi adeguati alle loro esigenze di vita” (art. 38, co. 2).

Inutile sottolineare come detta garanzia di tutela, per essere veramente tale, debba essere “effettiva”, non soltanto nominale (o «di principio»).

8. *Il problema dell’effettività*

Senonché, è proprio in relazione al concetto di «effettività» della tutela garantita che emergono questioni di singolare, forte problematicità. E non solo in ragione della relatività della nozione di «adeguatezza», di per sé considerata, anch’essa scontatamente problematica.

In effetti, proclamare che l’idea politica di *welfare* si aggancia all’«effettivo» godimento dei diritti fondamentali può non risultare sufficiente, se si accetta senza riserve il sottinteso che quel godimento possa avvenire soltanto all’interno di un *plafond* di risorse finanziarie date, anche se potenzialmente ritagliate sulla base di esigenze “altre”.

Così concependo l’«effettività», infatti, si rischia paradossalmente un rovesciamento logico. E, cioè, che siano ragioni prettamente economiche a delimitare l’area della tutela garantita. Un’area, dunque, di estensione variabile nel tempo, e secondo

le mutevoli condizioni economiche e le diverse maggioranze di Governo: di fatto, in contrasto, dunque, con la definitività/stabilità dei connotati del bene garantito, una volta per tutte, dal Costituente.

Indubbiamente – è inutile sottolinearlo – il confronto con la realtà materiale e, dunque, con l’innegabile limitatezza delle risorse finanziarie a disposizione – e con quanto esso implica nella pratica – non può essere eluso. E, d’altra parte, si tratta di esigenza che trova espressione concreta nel principio di equilibrio di bilancio, di cui al nuovo testo dell’art. 81 Cost.

Tuttavia, per orientarsi correttamente in detto insidioso territorio, anche in tal caso può essere di ausilio ancora una volta la giurisprudenza costituzionale, là dove puntualizza come il principio di cui all’art. 81 Cost. non sia un “super principio”, destinato a prevalere sugli altri, bensì sia principio anch’esso soggetto alle esigenze di bilanciamento con gli altri interessi di rilevanza costituzionale.

«È la garanzia dei diritti incompressibili a incidere sul bilancio e non l’equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione», ha precisato icasticamente, da ultimo, la sentenza n. 275 del 2016.

E, allora, con il conforto di tale *dictum*, va ritenuto che la «rigidità» dell’obiettivo di protezione sociale in riferimento implichi per il legislatore ordinario un vincolo che si impone indipendentemente dalle contingenti, variabili maggioranze politiche. Un limite, d’altra parte, dello stesso genere, a ben considerare, di quello che incontra la stessa libertà di iniziativa economica privata, quando si trovi a doversi confrontare con l’utilità sociale e con quanto abbia a che fare con la sicurezza, la libertà e la dignità umane (giusto l’art. 41, co. 2, Cost.).

Anche il concetto di «effettività», in conclusione, va liberato da possibili equivocità.

Invero, riferito all’adeguatezza della tutela sociale, quel concetto implica un «obiettivo», una «tensione verso» un risultato, «verso» scelte che si prospettano «effettivamente» idonee ad assicurare la soddisfazione dei diritti protetti; una tensione alimentata e sostenuta anche dai valori accolti dalle carte sovranazionali.

In altre parole, per dar corpo a quella «effettività», occorre una volontà operativamente tesa al perseguimento di una idealità. Senza aver paura delle parole, potremmo dire una volontà guidata dall'«utopia».

Senza utopia il concetto di effettività si rattrappisce su criteri eminentemente economicistici; si ripiega inevitabilmente sul dato di fatto, sull'accettazione della aprioristica preclusione di qualsiasi possibilità di sindacato sui criteri di ripartizione delle risorse disponibili fra i diversi obiettivi dell'azione pubblica.

Si può facilmente ironizzare sull'utopia applicata al diritto, e sulla sua valenza propulsiva. Specie in un settore come il *welfare*; e specie in un periodo di conclamata scarsità di risorse, e soprattutto di crisi di valori come l'attuale. Non si può non rendersene conto; così come sarebbe impossibile non rendersi conto che l'argomento, comunque lo si consideri, è delicatissimo, meritevole di approfondimenti (ovviamente impossibili nella presente occasione) anche in direzioni metagiuridiche.

E, tuttavia, come non richiamare l'attenzione sul fatto che nel vigente ordinamento l'«utopia» è ben presente, e si incarna in norma di diritto positivo di primaria rilevanza, la cui piena operatività non è minimamente in discussione?

Mi riferisco proprio all'art. 3, co. 2, Cost., con il programma di parità sostanziale elevato a principio in favore di tutti i membri del corpo sociale che esso consacra.

E – attenzione – non è una utopia da poco, se è vero, come è vero, che detta norma rappresenta incontestabilmente la *grund norm* dell'intero assetto costituzionale.

9. ... e quello dei vincoli di bilancio

Le problematiche di eminente rilievo che pone lo specifico argomento, peraltro, non si esauriscono in tale, pur fondamentale aspetto.

In effetti, problematiche non sono soltanto le questioni che nascono al proposito dal confronto-scontro con i vincoli di bilancio. Di particolare rilievo problematico è anche la individuazione di quanto debba ritenersi rilevante nel processo di determinazione dei «valori» che danno «sostanza» al concetto

di «adeguatezza» della tutela sociale: in altre parole, dei valori rilevanti ai fini della determinazione del *quantum* e della *qualitas* della prestazione garantita.

Anche su tale non di certo secondario aspetto sussiste una divergenza netta di opinioni, anzi, direi che vi è una vera e propria contrapposizione di concezioni. E ciò, a seconda che venga privilegiata la logica egualitarista, fondata sul concetto di bisogno socialmente rilevante, come *ratio* della protezione stessa; oppure, si tenda a valorizzare il profilo meritocratico, a contemperamento della logica solidaristica.

In nessun caso, però, quale che possa essere l'opzione da preferire, l'approccio a detta controversa questione potrebbe giustificatamente prescindere, a mio avviso, da quanto ricavabile al proposito dal raffronto dei primi due commi dell'art. 38 Cost.

Dove la tutela di cui al comma 1 non è un *minus* di quella garantita dal comma 2, come talvolta si assume. È quella del comma 2 che rappresenta un *plus* di quella di cui al comma 1.

Chiarisco subito, e molto velocemente, il nesso di tale apparente *calambour*.

Se l'obiettivo del fondamentale principio di cui all'art. 3, co. 2 Cost. – alla cui realizzazione i commi 1 e 2, art. 38 Cost. idealmente si ispirano – è garantire la dignità e il pieno sviluppo della persona umana, non può non riconoscersi, come mi sembra, che è già il criterio della «sufficienza» delle prestazioni – cioè, il criterio dettato dal primo di quei due commi, in riferimento a tutti i cittadini non abbienti – a dover attingere l'obiettivo di soddisfare il requisito della effettività rispetto a quella garanzia essenzialmente di base: dignità e pieno sviluppo della persona, appunto.

Nel contempo, però, non può sfuggire che, rispetto al criterio della «sufficienza», il criterio dell'«adeguatezza», adottato dal secondo dei due suddetti commi in riguardo alla tutela dei cittadini lavoratori, implichi un *quid pluris*. Precisamente, un *quid pluris* che – stanti l'inequivocabile diversità semantica dei due termini, da un lato, e, da un altro lato, la autorevolezza della fonte che li esprime – non può essere apprezzato, secondo ragione, se non come indicativo dell'emersione, a livello costituzionale, di un ulteriore valore di carattere basilare.

E detto valore aggiuntivo – anche in conformità del dato culturale al quale ho già accennato – non può essere altro che il «merito». Precisamente, il «merito» acquisito dal soggetto lavoratore che abbia puntualmente assolto il dovere di svolgere «un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», sancito dall'art. 4, co. 2, Cost.: un «merito» la cui rilevanza (anche) a fini pensionistici è da ritenere che concorra a valorizzare proprio quella «responsabilizzazione» che giustamente si pretende di difendere dalle logiche deresponsabilizzanti dello «Stato assistenziale».

In fondo, a ben riflettere, la stessa riferibilità della previdenza complementare (come attualmente disciplinata dalla legge) al comma 2, anziché al comma 5 dell'art. 38 Cost., può giustificarsi contestualmente proprio in virtù della rilevanza che tramite essa viene riconosciuta al «merito», quale valore «socialmente rilevante».

La questione che pone il confronto tra primo e secondo comma dell'art. 38 Cost. appare evidenziare, dunque – per dirla ancor più schematicamente –, la coesistenza, nelle valutazioni espresse dalla fonte costituzionale, dei valori della «retribuzione» e della «redistribuzione».

Una tensione tra «merito» e «solidarietà» che è inequivoca metafora del binomio privato-pubblico.

Una metafora che rimanda alla doppia anima che impronta di sé *ab origine* la stessa struttura del sistema previdenziale nazionale: appunto, solidaristica, per un verso, meritocratica, per un altro verso; in una logica complessiva di reciproca interazione e conciliazione, a termini della quale si può ben dire che la «solidarietà» tempera il credito fondato sul «merito», ma non lo soffoca.

E anche in tal caso può essere d'ausilio il diritto costituzionale vivente.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, riconosce, non da oggi, l'ancoraggio – seppure in modo elastico e non proporzionale, come è giusto che sia – dell'importo delle prestazioni pensionistiche alle dinamiche retributive (come da ultimo espressamente riconosciuto dalle sentenze n. 70 del 2015 e n. 173 del 2016): il che è, appunto, un modo per far spazio anche al profilo meritocratico.

10. *Quale regia?*

Sarebbe conseguente chiedersi, a questo punto – ove vi fosse ancora del tempo a disposizione, che però non c'è – come sono state concretamente regolate e vissute, nei settanta anni che ci separano dalla promulgazione della Carta costituzionale, le ragioni del «pubblico» e le ragioni del «privato», alla luce delle questioni e degli *input* costituzionali dei quali ho tentato di dire qui.

E, soprattutto, sarebbe utile indagare a quali tensioni dette ragioni siano state esposte in un così lungo periodo, a quali sinergie, a quali convergenze; ma anche a quali distorsioni.

Con questo mio *excursus*, in realtà, ho cercato soltanto di tratteggiare (non so se ci sono realmente riuscito) quelli che mi sembrano i caratteri salienti e imprescindibili del quadro generale: lo sfondo del proscenio, sul quale muovono, ciascuno con le proprie specifiche questioni, i singoli, grandi temi che ho inteso evocare.

Tutti attori protagonisti, quei temi; e tutti impegnati nella medesima *pièce*.

Resta, però, un'incognita: quella che attiene all'abilità e alla buona volontà del «regista».

Pasquale Passalacqua*

La tutela pensionistica nel pubblico impiego tra armonizzazione e *spending review***

SOMMARIO: 1. Il piano dell'indagine: armonizzazione e *spending review* quali forze contrapposte nei tortuosi percorsi del sistema pensionistico per i pubblici dipendenti – 2. Evoluzione e caratteri peculiari del sottosistema delle pensioni nel pubblico impiego – 3. L'andamento a clessidra dei rapporti tra il settore privato e quello pubblico. La prima fase nata con la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico – 4. La seconda fase a partire dalla riforma Monti-Fornero: la riemersione delle perduranti differenze di fondo – 5. Il nuovo registro della *spending review* “anomala” nei più recenti interventi del legislatore: l'abolizione dell'istituto del trattenimento in servizio, il prepensionamento “forzato” e i limiti alla prosecuzione del rapporto – 6. La compatibilità di tali interventi sul piano della normativa antidiscriminatoria di fonte comunitaria – 6.1 La conformità sul piano costituzionale – 7. I percorsi di armonizzazione in corso di realizzazione: il transito dal trattamento di fine servizio al trattamento di fine rapporto – 7.1 La faticosa implementazione della previdenza complementare nell'impiego pubblico – 8. Alcuni percorsi in prospettiva auspicabili: il superamento delle diverse regole sulla rettifica dei trattamenti pensionistici – 8.1 Il superamento della giurisdizione della Corte dei conti – 9. Una possibile sintesi: l'armonizzazione intermittente nella prospettiva del ricambio generazionale finanziariamente condizionato nel bilanciamento dei valori costituzionali

* Professore Associato di Diritto del lavoro, Università di Cassino, del Lazio Meridionale.

** Il saggio riproduce, con alcune variazioni e aggiornamenti, la relazione svolta al Convegno “Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?”, Macerata 8-9 giugno 2017. Desidero ringraziare Paola Olivelli e Guido Canavesi per l'occasione, offertami nonché per l'accoglienza *temporibus illis*.

1. *Il piano dell'indagine: armonizzazione e spending review quali forze contrapposte nei tortuosi percorsi del sistema pensionistico per i pubblici dipendenti*

Nell'ambito del convegno maceratese, teso a tratteggiare le possibili linee evolutive del sistema previdenziale nel suo complesso, di fronte alle oramai permanenti sfide poste dai mutati e mutevoli assetti economico-sociali, il *focus* del presente contributo attiene alla tutela pensionistica, nel particolare versante di quella destinata ai lavoratori del pubblico impiego.

In via preliminare, allora, occorre avere presente che il sistema pensionistico italiano, come noto, è stato costruito su un materiale normativo fortemente stratificato, magmatico e particolaristico. A differenza del settore del diritto del lavoro in senso stretto, regolato da norme, tutto sommato, almeno formalmente facilmente individuabili, il settore della previdenza, entro il quale si muove quello pensionistico sul versante del pubblico impiego, qui oggetto di particolare analisi, risulta, come noto, nel suo complesso difficilmente intellegibile. Si vuol dire che il tentativo di conoscere, anche solo a livello di individuazione delle fonti, tutte le peculiari normative succedutesi nel corso degli anni, o anche solo in relazione al diritto vigente, si rivela impresa non solo ardua, ma, quale chimera, destinata al fallimento.

Pertanto, l'indagine si può incentrare sul raffronto tra i due versanti del sistema pensionistico, toccando i ritenuti principali punti di attuale divergenza, pur nella consapevolezza delle tangenziali questioni di rilevanza generale che affliggono l'intero sistema previdenziale italiano, da ritenere, ove possibile, implicitamente presupposte nell'economia del presente lavoro e di cui, comunque, non mancherà qualche cenno.

Delimitato dalle espresse premesse il quadro dell'indagine, occorre definirne il tracciato. Seguendo il tema enucleabile dal titolo della relazione, la linea interpretativa prescelta nel vaglio dell'evoluzione e delle possibili prospettive del sistema delle pensioni per i dipendenti pubblici è quella dell'analisi dei mutamenti avvenuti, avendo presente, ove possibile, l'impatto di due forze che, nella maggior parte dei casi, si sono rivelate contrapposte. Si tratta, da un lato, della prospettiva dell'armonizzazione

del sistema previsto per i pubblici dipendenti a quello disegnato per i lavoratori privati e, dall'altro, di quella della cd. *spending review*, entrambe determinanti, come vedremo, con diverse intensità in relazione agli specifici ambiti di intervento, un rilevante impatto nei tortuosi percorsi di evoluzione del sistema pensionistico per i pubblici dipendenti. Altre perduranti differenze trovano le loro ragioni in logiche di altro tipo, a nostro avviso non "filtrabili" attraverso i due criteri qui prescelti, tanto da esulare dal raggio della presente indagine¹.

2. Evoluzione e caratteri peculiari del sotto-sistema delle pensioni nel pubblico impiego

Animati da tali consapevolezze, osserviamo che le diversificazioni strutturali e congiunturali del sistema pensionistico italiano relative ai due settori dell'impiego privato e dell'impiego pubblico hanno radici lontane, che tentiamo in estrema sintesi qui di ricordare.

Nel nostro Paese, è proprio in relazione al settore del pubblico che nasce un primo sistema organico di tutela pensionistica obbligatoria: *ab initio* mediante il recepimento della legge sabauda 14 aprile 1864, n. 1731 (per gli impiegati civili dello Stato) e, poi, attraverso il r.d. 21 febbraio 1895 n. 70 (Approvazione del testo unico delle leggi sulle pensioni civili e militari in esecuzione della l. 15 giugno 1893, n. 279)². Furono, altresì,

¹ Si può far riferimento, solo ad es., alle perduranti differenze in tema di cumulo tra pensione e retribuzione, dove, a fronte della liberalizzazione presente sul versante dell'impiego privato (art. 19, terzo comma, d. l. n. 112 del 2008), nell'ambito dei rapporti di impiego pubblico permane il divieto di cumulo nel caso in cui i dipendenti siano riammessi in servizio presso Pubbliche Amministrazioni (art. 4, d.P.R. 5 giugno 1965, n. 758). Sul tema v. P. Bozzao, *Anzianità e uscita dal lavoro: connessioni previdenziali, tra interferenze e resistenze del sistema multilivello*, in *Var. temi dir. lav.*, 2017, pp. 109 ss. Peculiarità del genere paiono trovare le loro ragioni nell'intento di prevenire e arginare fenomeni di corruzione, attraverso la forzata recisione del legame tra il dipendente pubblico e la Pubblica Amministrazione.

² Per i dipendenti privati, occorrerà, invece, attendere la l. 17 luglio 1898, n. 350, di istituzione della "Cassa nazionale di previdenza per la invalidità e per la vecchiaia degli operai". Si trattava, peraltro, di una forma assicurativa non obbligatoria, ma volontaria, che registrò scarsa diffusione: v. M. Jessoula, *Le assicurazioni sociali dalle origini alla Seconda guerra mondiale*, in M. Ferrera, V. Fargion, M. Jessoula, *Alle radi-*

istituite Casse di previdenza autonome, con iscrizione obbligatoria per particolari categorie di pubblici dipendenti, come la Cassa per le pensioni agli insegnanti elementari³; la Cassa per le pensioni ai sanitari⁴; la Cassa per le pensioni agli ufficiali giudiziari⁵; la Cassa per le pensioni agli impiegati degli enti locali⁶.

Fin dagli albori (così riassunti), emerge il carattere premiale del trattamento di quiescenza riconosciuto al dipendente pubblico, tanto che, nella citata l. n. 1731 del 1864, non si fa riferimento all'età pensionabile, assumendo rilievo il solo periodo di servizio svolto e la cessazione del rapporto senza demerito⁷. È da un tale assetto che si deduce la costruzione delle prestazioni pensionistiche come retribuzione differita, che è stata poi travasata sul piano generale⁸.

Le condizioni di accesso alla pensione vengono poi di nuovo definite dal r.d.l. n. 1970 del 1919, poi modificato dal successivo r.d. n. 2960 del 1923. In seguito – sempre limitandoci agli interventi di maggiore rilievo – interverranno in materia anche i d.P.R. nn. 17 e 20 del 1956 e, poi, la legge n. 1047 del 1957.

Per quanto attiene al parallelo versante dell'indennità di anzianità nel pubblico impiego, le origini dell'istituto si ritrovano nel r.d.l. n. 2480 del 1923 per i dipendenti dello Stato, che riconosceva la cd. "indennità di buonuscita", e nella l. n. 733 del 1930, che attribuiva, invece, "l'indennità premio di fine servizio" ai dipendenti delle (allora) istituzioni sanitarie e delle amministrazioni locali, al momento della definitiva cessazione dell'attività lavorativa⁹.

Pertanto, a differenza dell'indennità di anzianità per i dipendenti privati, legata in origine al licenziamento o alle dimissioni

ci del welfare all'italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato, Venezia, Marsilio, 2012, pp. 34 ss.

³ L. n. 4646 del 16 dicembre 1878.

⁴ L. n. 335 del 14 luglio 1898.

⁵ L. n. 754 del 12 dicembre 1907.

⁶ L. n. 88 del 6 marzo 1904.

⁷ Cfr. M. Vari, *Pensioni ordinarie*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1982, vol. XXXII, p. 942.

⁸ Cfr. A. Avio, *Vecchiaia nel diritto della sicurezza sociale* (agg.), in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, UTET, 2013. Sul punto v. *infra*, § 9.

⁹ Entrambi i trattamenti vengono complessivamente identificati quali trattamenti di fine servizio, Tfs.

del lavoratore, nel settore pubblico l'indennità di buonuscita assume fin dalle origini funzione previdenziale simile a quella della pensione. La suddetta indennità è volta a tutelare il lavoratore nel periodo di "carezza" tra la cessazione dell'attività lavorativa e il godimento della pensione, tanto che in origine era di importo assai modesto, ma successivamente venne via via aumentata attraverso l'aggancio all'ultima retribuzione percepita.

Successivamente – tornando alle pensioni –, abbiamo assistito, anche a causa di una forte pressione sindacale, a un processo di avvicinamento-armonizzazione del sistema delle pensioni per i dipendenti privati a quelle per il pubblico impiego, nella direzione di ampliamento delle tutele, anche attraverso l'introduzione di più favorevoli requisiti di accesso ai trattamenti pensionistici. Tale processo raggiunse il suo apice attraverso la l. n. 153 del 1969, che, recependo l'impostazione originaria delle pensioni per i pubblici dipendenti sulla pensione come retribuzione differita, introdusse per tutti il sistema cd. "retributivo" di calcolo della pensione, nonché la pensione di anzianità, legata non alla vecchiaia anagrafica, ma, appunto, all'anzianità contributiva¹⁰. In questo modo, tuttavia, si aprì "la porta al dissesto finanziario delle gestioni pensionistiche"¹¹.

In seguito, la materia pensionistica sul versante dell'impiego pubblico è stata riordinata dal d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092 (Testo Unico delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato)¹². Proprio in quel testo normativo si annidava quello che sarà percepito come il punto di massima distanza "percepita" tra i due sistemi. Si trattava delle cd. "pensioni *baby*"¹³, quelle cui potevano accedere tutti i dipendenti pubblici dopo soli 20 anni di lavoro, nonché, in particolare, le donne sposate o con figli, dopo soli 15 anni di lavoro. Sul piano sistematico, si possono leggere tali dispo-

¹⁰ Cfr. M. Persiani, *La nuova riforma delle pensioni*, in *Dir. lav.*, 1969, I, pp. 177 ss.; P. Boer, *Sicurezza sociale per particolari categorie di lavoratori*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, UTET, 1996, vol. XIII.

¹¹ Così M. Persiani, *Intervista a Mattia Persiani*, in *Dialoghi sul welfare*, a cura di G. Canavesi, in «Quaderni della Sussidiarietà», n. 14, 2015, p. 103.

¹² Su quel sistema v. L. Carbone, *I trattamenti pensionistici*, in G. Volpe (a cura di), *Il pubblico impiego. Principi generali*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 429 ss.

¹³ Art. 42, d.P.R. n. 1092 del 1973.

sizioni come riprova della peculiarità del settore, dove l'età di collocamento a riposo prescindeva totalmente dall'identificazione di una determinata età di vecchiaia. A questo sistema fu posto fine solo molto più tardi con la riforma Amato del 1992¹⁴.

Inoltre, dobbiamo ricordare che fino agli anni '90, precisamente fino al 31 dicembre 1995, il settore non ha avuto una propria autonomia finanziaria, in quanto le pensioni venivano direttamente erogate dal Ministero del Tesoro¹⁵.

3. *L'andamento a clessidra dei rapporti tra settore privato e quello pubblico. La prima fase nata con la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico*

La stagione della privatizzazione del rapporto di impiego pubblico aperta all'inizio degli anni '90 comportò un forte impulso alle trasformazioni della previdenza dei pubblici impiegati, segnando una decisa inversione di tendenza, giacché, da quel momento, il processo di armonizzazione è stato teso all'avvicinamento anche del settore delle pensioni per i dipendenti pubblici a quello dei dipendenti privati¹⁶.

Invero, la medesima legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, mentre all'art. 1 delegava il Governo a «privatizzare» il rapporto di impiego con lo Stato e gli enti pubblici, al contempo, all'art. 3, delegava il Governo ad emanare provvedimenti tesi a omogeneizzare i trattamenti pensionistici obbligatori dei dipendenti privati e pubblici. In attuazione di quella delega, venne realizzata la già ricordata Riforma Amato del 1992, con la quale è iniziato il percorso di avvicinamento alla disciplina prevista per i dipendenti privati¹⁷.

¹⁴ D.lgs. n. 503 del 1992.

¹⁵ V. *infra*, § successivo.

¹⁶ Cfr. A. Andreoni, *Privatizzazione del pubblico impiego e armonizzazione del sistema pensionistico*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1996, pp. 271 ss.

¹⁷ Sulla riforma Amato, v. G. Ferraro, F. Mazziotti (a cura di), *Il sistema pensionistico riformato*, Napoli, Jovene, 1994; M. Cinelli, M. Persiani (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale; dalle leggi "Amato" alla finanziaria 1995*, Milano, Giuffrè, 1995.

In questa direzione, il d.lgs. n. 503 del 1992 dispose la graduale unificazione dell'età pensionabile, dei requisiti assicurativi e contributivi per il diritto a pensione, dei criteri per la determinazione della retribuzione pensionabile e delle condizioni di accesso alla pensione anticipata di anzianità. Ne deriva, sul piano sistematico, che da questo momento fatica a tenere la ricostruzione della pensione dei pubblici dipendenti quale retribuzione differita, come proiezione del trattamento di servizio oltre la sua cessazione, emergendo la sua natura di trattamento determinato con criteri autonomi, tanto da discostarsi sempre più da quanto percepito dal dipendente pubblico durante l'ultimo periodo della sua vita lavorativa attiva¹⁸.

Poi, con il d. l. 16 febbraio 1993, n. 34¹⁹, viene istituito l'INPDAP (Istituto Nazionale di Previdenza per i Dipendenti dell'Amministrazione Pubblica) e, al contempo, attraverso tale normativa si procede alla soppressione di varie gestioni previdenziali, le cui funzioni vengono affidate dal decreto stesso all'INPDAP. Si tratta dell'ENPAS, dell'INADEL, dell'ENPDEP e della Direzione Generale degli Istituti di Previdenza (organismo formato dagli istituti di previdenza amministrati dal Tesoro).

Successivamente, attraverso la legge Dini di riforma pensionistica del 1995²⁰, il legislatore si prefiggeva di nuovo l'obiettivo dell'armonizzazione dei due sistemi. In quella sede viene istituita la gestione autonoma INPDAP²¹, a partire dal 1° gennaio 1996, data in cui è venuta dunque a cessare la gestione diretta da parte del Ministero del Tesoro delle pensioni dei dipendenti pubblici. L'armonizzazione ha ivi toccato la determinazione della base contributiva e della base pensionabile nel settore pubblico, disponendo l'applicazione delle regole vigenti nel settore privato, pur nella permanenza di alcune peculiarità²².

¹⁸ Cfr. Boer, *Sicurezza sociale*, cit.,

¹⁹ Il suddetto decreto legge fu reiterato per ben sette volte in attesa di conversione e poi confluito nel d.lgs. n. 479 del 30 giugno 1994.

²⁰ L. n. 335 del 1995. Sulla riforma Dini v. C. Cester (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, Giappichelli, 1996; M. Persiani, *Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico*, in *Arg. dir. lav.*, 1996, pp. 53 ss.; R. Pessi (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, Cedam, 1996.

²¹ Art. 2, l. n. 335 del 1995.

²² Art. 2, nono e decimo comma, l. 335 del 1995.

Si estende, in particolare, la nozione di retribuzione imponibile vigente nel settore privato ai dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche a partire dal 1° gennaio 1996.

Dalle riforme degli anni '90, quindi, la prospettiva di fondo dell'armonizzazione dei due versanti del sistema pensionistico può essere annoverata tra gli assi portanti della sua evoluzione.

Così, in questa direzione pareva muoversi anche l'ultimo intervento organico di riforma del sistema pensionistico realizzato attraverso la cd. Riforma Monti-Fornero del 2011²³, la quale pone tra i propri principi e criteri quelli della “semplificazione, armonizzazione ed economicità dei profili di funzionamento delle diverse gestioni previdenziali”²⁴. La stessa legge porta a compimento un noto percorso di armonizzazione qui “inversa” (ovvero della normativa dell'impiego privato su quella dell'impiego pubblico), in relazione alla parificazione dell'età pensionistica tra uomini e donne, anticipata nell'impiego pubblico dietro impulso della normativa comunitaria²⁵, e ora recepita anche nel settore privato²⁶.

Il processo di armonizzazione iniziato negli anni '90 ha, poi, comportato una necessaria rivisitazione anche dell'assetto isti-

²³ Art. 24, d. l. 6 dicembre 2011, n. 201, *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, convertito con modificazioni con l. 22 dicembre 2011, n. 214.

²⁴ Art. 24, primo comma, lett. c), d. l. n. 201 del 2011. Sul tema v. P. Sandulli, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, pp. 1 ss.; M. Cinelli, *La riforma delle pensioni del “Governo tecnico”. Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, pp. 385 ss.

²⁵ Art. 22 *ter*, d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009, che ha novellato l'art. 2, comma 21, l. n. 335 del 1995, in ottemperanza a Corte giust. 13 novembre 2008, c-46/07: cfr. P. Sandulli, *Età pensionabile e parità uomo donna per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia fra omissioni e ridenominazione*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, pp. 97 ss.; G. Ciocca, *La Corte di giustizia, la parità retributiva e l'età pensionabile*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, pp. 125 ss.; P. Bozzao, *La Corte di Giustizia coglie nel segno sbagliando la mira: paradossi della previdenza nel pubblico impiego*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, pp. 147 ss.; F. Ravelli, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT-83/2009.

²⁶ Art. 24, sesto comma, l. n. 214 del 2011: cfr. O. Bonardi, *Non è un paese per vecchi. La riforma delle pensioni e i suoi effetti di genere*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, pp. 513 ss.; Ead., *Povere vecchie. L'età pensionabile nella prospettiva di genere*, in *Var. temi dir. lav.*, 2017, pp. 113 ss.

tuzionale, che ha toccato gli stessi enti gestori delle forme di quiescenza e di previdenza del settore pubblico. Così, nel 2011 vengono soppressi INPDAP (Istituto Nazionale di Previdenza per i Dipendenti dell'Amministrazione Pubblica) ed ENPALS (Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza per i Lavoratori dello Spettacolo) e viene disposto, al 31 marzo 2012, il trasferimento all'INPS di tutte le competenze dei due suddetti Enti. Il percorso di fusione anche degli apparati amministrativi non è stato, peraltro, "indolore" o immune da ritardi e frizioni di vario tipo. A partire dalla soppressione dell'INPDAP, è partito poi un processo di armonizzazione anche degli aspetti procedurali-amministrativi tra settore del pubblico impiego e settore privato, sempre nella direzione di avvicinamento del primo alle regole previste per il secondo²⁷.

4. La seconda fase a partire dalla riforma Monti-Fornero: la riemersione delle perduranti differenze di fondo

Se dai primi anni '90 alla riforma Monti-Fornero del 2011 abbiamo potuto notare un progressivo riavvicinamento, nella prospettiva dell'armonizzazione, tra i due versanti vagliati, nel percorso più recente, che per questo abbiamo voluto definire a clessidra, i due ambiti tendono di nuovo ad allontanarsi a causa di interventi del legislatore di rilevante impatto, ascrivibili, come vedremo, al soddisfacimento di esigenze comunque assimilabili alla *spending review*, in una sua particolare declinazione.

Sebbene la strada dell'armonizzazione vada considerata un registro permanente da ormai oltre vent'anni, ciò non toglie che permangano differenze diremmo "di sistema", che a questo punto sono riemerse. Se, invero, i requisiti generali di accesso ai trattamenti pensionistici sono stati, pur nella permanenza di età diverse per particolari categorie di lavoratori, in generale unifor-

²⁷ Così, abbiamo assistito a una serie di unificazioni procedurali che hanno riguardato: il pagamento al primo del mese delle pensioni; l'estratto conto contiene ora i contributi presenti in tutte le gestioni; la domanda di pensione risulta unificata per quella di vecchiaia e quella anticipata; è in atto l'unificazione anche del sistema per il recupero indebiti e pignoramenti. Ringrazio il dott. Alessandro Tombolini, Direttore regionale dell'INPS Marche, per avermi fornito tali dati.

mati tra settore del pubblico impiego e settore dell'impiego privato, questi giocano in maniera diversa nei due versanti. La perdurante differenza, rimarcata dagli interventi recenti del legislatore, ruota attorno al concetto di indisponibilità dell'età pensionistica per i dipendenti del pubblico impiego.

Pur nella consapevolezza della presenza sul tema di varie letture, tutte tese a evidenziare con diversi accenti le peculiarità del settore, quel che emerge con chiarezza è che nell'ambito del pubblico impiego – a differenza del settore privato, dove sono fissati dalla legge i soli requisiti di accesso (minimi) alla pensione – il datore di lavoro e il lavoratore godono di una libertà “condizionata” nel decidere il momento dell'accesso alla pensione. Così, la regola generale per cui al compimento della prevista età massima consegue necessariamente l'estinzione del rapporto di lavoro è stata ritenuta espressione delle peculiarità del settore, come espresse dall'art. 97 Cost.²⁸

La differenziazione dei regimi è risultata accentuata dalle riforme pensionistiche più recenti, a partire dalla Riforma Monti-Fornero del 2011²⁹, che, dunque, può essere considerata, come sopra ricordato, per certi versi, ulteriore tappa del processo di armonizzazione, ma, al contempo, prima tappa di una nuova fase di diversificazione dei percorsi. Invero, attraverso l'innalzamento dell'età per il pensionamento di vecchiaia al di sopra dei 65 anni, esteso anche al settore pubblico³⁰, ma, al contempo, mediante la conferma dei limiti ordinamentali per la permanenza in servizio sul versante del pubblico impiego³¹, si è prodotta una divaricazione tra i due percorsi che non coincidono più, tanto che, in caso di maturazione dei requisiti di

²⁸ Cfr., da ultimo, P. Bozzao, *Anzianità e uscita*, cit., p. 95.

²⁹ Art. 24, d. l. n. 201 del 2001.

³⁰ Art. 24, commi 6 e 7, d. l. n. 201 del 2011.

³¹ Art. 24, comma 4, d. l. n. 201 del 2011. Questi ultimi restano quelli fissati dall'art. 4, d.P.R. n. 1092 del 1973, per cui: “Gli impiegati civili di ruolo e non di ruolo sono collocati a riposo al compimento del sessantacinquesimo anno di età; gli operai sono collocati a riposo al compimento del sessantacinquesimo anno di età, se uomini, e del sessantesimo anno di età, se donne”. Per i dipendenti degli enti pubblici questi restano fissati dall'art. 12, l. n. 70 del 1975 (v. *Circ. Funz. pubbl.* n. 2, 8 marzo 2012, punto 2 e *Circ. Funz. pubbl.* n. 2, 19 febbraio 2015, punto 2.1). Limiti diversi sono tuttora previsti per particolari categorie di lavoratori pubblici.

accesso alla pensione anticipata (sucedanea di quella di anzianità)³², nonché del raggiungimento del limite ordinamentale, il dipendente pubblico deve essere collocato in pensione, anche se non ha ancora raggiunto i limiti anagrafici per la pensione di vecchiaia³³.

5. Il nuovo registro della spending review “anomala” nei più recenti interventi del legislatore: l’abolizione dell’istituto del trattenimento in servizio, il prepensionamento “forzato” e i limiti alla prosecuzione del rapporto

Se, come notato, tratto di persistente peculiarità nel versante del pubblico impiego è rappresentato dall’indisponibilità dell’età pensionistica, allora sul piano sistematico appaiono coerenti gli interventi del legislatore degli ultimi anni, tesi a rimarcarne la valenza.

In questa linea, sembra messa in ombra la prospettiva dell’armonizzazione, in favore di quella della cd. *spending review*, qui, tuttavia, declinata in modo peculiare, laddove volta a ridurre le spese per il personale nelle Pubbliche Amministrazioni³⁴. A ben vedere, invero, ci troviamo di fronte a una sua variante “anomala”, in quanto i costi del personale dalle Pubbliche Amministrazioni vengono ribaltati sulle casse dell’INPS.

In questi casi, allora, affiora e si afferma un’ulteriore *ratio* di interventi del genere: quella di favorire il ricambio generazionale, ovvero l’ingresso di lavoratori giovani anche nel pubblico impiego, quali nuovi assunti, che, peraltro, a parità di mansioni, vengono a costare meno alle casse dello Stato. A tali finalità, pur non in via esplicita, partecipano anche nuovi istituti che il legislatore ha messo in campo di recente, come l’APE (Anticipo Pensionistico), rivolti sia ai dipendenti pubblici, sia a

³² Art. 24, commi 10 e 12, d. l. n. 201 del 2011: si tratta, per il triennio 2016-2018, di 42 anni e 10 mesi di contributi per gli uomini e di 41 anni e 10 mesi per le donne.

³³ Cfr. Bozzao, *Anzianità e uscita*, cit., pp. 98 ss.; G. Canavesi, *L’età pensionabile nella prospettiva previdenziale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2017, pp. 44 ss.

³⁴ Cfr. M. Cinelli, *L’effettività delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 30, il quale parla a riguardo di “controspinte”.

quelli privati, cui si accede su base volontaria³⁵. Interventi del genere appaiono volti a mitigare gli effetti negativi derivanti dal progressivo innalzamento dell'età pensionabile, che nella letteratura economica è conosciuto, non a caso, come spiazzamento generazionale (*crowdingout*), proporzionale alla repentinità e all'ampiezza dei relativi provvedimenti³⁶.

Tale *intentio* non viene palesata chiaramente dal legislatore nell'ambito della Riforma Monti-Fornero del 2011, in cui, con riguardo ai dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, vengono fatti salvi i provvedimenti di collocamento a riposo per raggiungimento del limite di età già adottati, prima della sua data di entrata in vigore, soltanto "Al fine di agevolare il processo di riduzione degli assetti organizzativi delle pubbliche amministrazioni"³⁷.

Invece, in modo esplicito, in questa prospettiva sono state rubricate le disposizioni del d. l. n. 90 del 2014, attraverso il quale si è proceduto all'abrogazione della normativa che consentiva il trattenimento in servizio del dipendente pubblico per due anni, nonché a disporre la possibilità di procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti che abbiano maturato i requisiti contributivi per l'accesso al pensionamento³⁸.

Già prima del citato intervento del 2014, l'anno prima, lo stesso legislatore è intervenuto a bloccare la possibilità per i pubblici dipendenti di accedere alla prosecuzione volontaria del rapporto di lavoro fino a settanta anni, oltre la maturazione dell'età pensionabile, previsto dalla Legge Monti-Fornero del 2011³⁹. Ciò è avvenuto attraverso una norma di interpretazione autentica di quella normativa per i dipendenti delle Pubbliche

³⁵ Cfr. P. Passalacqua, *L'età pensionabile nella prospettiva del ricambio generazionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2017, pp. 149 ss.; R. Casillo, *Pensione di vecchiaia*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, UTET, 2017, pp. 308 ss.

³⁶ V. T. Boeri, P. Garibaldi, E. Moen (a cura di), *A clash of generations? Increase in Retirement Age and Labor Demand for Youth*, "WorkINPS Papers" n. 1/2016.

³⁷ Art. 24, comma 20, d. l. n. 201 del 2011, secondo periodo, così modificato dalla legge di conversione n. 214 del 2001.

³⁸ Art. 1, d. l. 24 giugno 2014, n. 90 (*Disposizioni per il ricambio generazionale nelle pubbliche amministrazioni*), convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

³⁹ Art. 24, comma 4, l. n. 241 del 2011: cfr. G. Canavesi, *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, pp. 665 ss.

Amministrazioni (in un articolo rubricato *Disposizioni in tema di accesso nelle pubbliche amministrazioni, di assorbimento delle eccedenze e potenziamento della revisione della spesa anche in materia di personale*), per i quali “il limite ordinamentale, previsto dai singoli settori di appartenenza per il collocamento a riposo d’ufficio e vigente alla data di entrata in vigore del decreto-legge stesso, non è modificato dall’elevazione dei requisiti anagrafici previsti per la pensione di vecchiaia e costituisce il limite non superabile, se non per il trattenimento in servizio o per consentire all’interessato di conseguire la prima decorrenza utile della pensione ove essa non sia immediata, al raggiungimento del quale l’amministrazione deve far cessare il rapporto di lavoro o di impiego se il lavoratore ha conseguito, a qualsiasi titolo, i requisiti per il diritto a pensione”⁴⁰.

Come si può notare, la prosecuzione del rapporto oltre l’età per il collocamento a riposo è consentita al pubblico dipendente, e, quindi, imposta al datore di lavoro pubblico, solo per il numero di anni necessario a maturare il requisito contributivo minimo per l’accesso alla pensione. Tuttavia, tale possibilità trova il limite del compimento dei 70 anni⁴¹, al quale si applica comunque l’adeguamento alla speranza di vita⁴², tanto che ad oggi si è giunti al limite di 70 anni e sette mesi⁴³.

Successivamente, come già ricordato, nel 2014 il legislatore ha proceduto all’abrogazione delle norme che regolavano l’istituto del trattenimento in servizio per due anni, a loro volta più

⁴⁰ Art. 2, comma 5, d. l. n. 101 del 2013, convertito in l. n. 125 del 2013.

⁴¹ Il suddetto limite si deduce dall’art. 15, l. n. 477 del 1973, nonché dall’art. 1, comma 4*quinquies*, d. l. n. 413 del 1989, convertito dalla l. n. 37 del 1990, come ritenuto da Corte cost. 27 febbraio 2013, n. 33; v., inoltre, *Circ. Funz. pubbl.* n. 2, 19 febbraio 2015, punto 2.3.1, la quale avverte che, al fine di valutare la sussistenza del suddetto requisito contributivo minimo, dovranno essere considerati anche eventuali precedenti rapporti di lavoro, cui corrispondono contributi versati presso le diverse gestioni previdenziali, anche per l’eventuale accesso del dipendente alla totalizzazione, nel qual caso l’Amministrazione dovrà risolvere unilateralmente il rapporto di lavoro. A tali fini, la stessa circolare (si deve ritenere con valore di auspicio) prevede che le Amministrazioni programmeranno per tempo le opportune verifiche con l’ente previdenziale, per conoscere e valutare la situazione contributiva complessiva del dipendente e adottare le misure conseguenti.

⁴² Art. 12, comma 12-*bis*, d. l. n. 78 del 2009.

⁴³ In virtù degli aumenti di tre e, poi, quattro mesi, rispettivamente disposti dai d.m. 6 dicembre 2011 e 16 dicembre 2014; v. circ. INPS 20 marzo 2015, n. 63.

volte modificate nel recente passato⁴⁴. Occorre osservare che in origine quell'istituto fu introdotto “con finalità di contenimento della spesa pubblica in ordine ai trattamenti di previdenza e di quiescenza”⁴⁵. Esigenze di *spending review* sono state, dunque, alla base tanto della sua introduzione, che del suo smantellamento, qui nella sua nuova variante di contenimento della spesa del personale, anche in funzione di favorire il ricambio generazionale. A questa prospettiva ha fornito pieno riscontro la Consulta, allorché ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale della normativa che ha abrogato l'istituto del trattenimento in servizio, ribadendo la legittima finalità della stessa, in quanto “costituisce un primo intervento, peraltro puntuale e circoscritto, di un processo laborioso, destinato a dipanarsi in un arco temporale più lungo, volto a realizzare il ricambio generazionale nel settore”⁴⁶.

Inoltre, come già notato, attraverso il medesimo provvedimento legislativo, si è attribuita alle Pubbliche Amministrazioni la facoltà di procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti che abbiano raggiunto, prima dell'età anagrafica prevista per il collocamento a riposo, i requisiti contributivi per l'accesso alla pensione anticipata.

⁴⁴ Art. 1, primo comma, d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, che ha abrogato: l'art. 16, d.lgs. n. 503 del 2009, l'art. 72, commi 8, 9, 10, d. l. n. 112 del 2008 e l'art. 9, comma 31, d. l. n. 78 del 2010. In origine l'art. 16, d.lgs. n. 503 del 1992 riconosceva al pubblico dipendente il diritto a esercitare l'opzione per la permanenza in servizio per due anni oltre i limiti di età per il collocamento a riposo; successivamente, in seguito alla modifica del 2004, fu ampliata la possibilità del trattenimento in servizio fino a settanta anni, subordinata al consenso dell'Amministrazione (novella apportata dall'art. 1-*quater*, d. l. n. 136 del 2004, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione); poi la disposizione ritornò alla sua formulazione originaria (modifica apportata dall'art. 33, d. l. n. 223 del 2006); nell'ultima versione della suddetta disposizione, era rimessa al datore di lavoro la facoltà di disporre il mantenimento in servizio, ma solo in presenza di determinati requisiti (novella apportata dall'art. 72, settimo comma, d. l. n. 112 del 2008); infine la suddetta possibilità era stata ristretta, in quanto resa possibile in ogni caso soltanto “nell'ambito delle facoltà assunzionali consentite dalla legislazione vigente in base alle cessazioni del personale e con il rispetto delle relative procedure autorizzatorie” (art. 9, sesto comma, d. l. n. 78 del 2010).

⁴⁵ Cfr. Corte cost., 4 giugno 1997, n. 162; cfr., inoltre, Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2005, n. 6241.

⁴⁶ Corte cost. 10 giugno 2016, n. 133.

Questa rappresenta, ad oggi, l'ultima versione dell'istituto, che in precedenza già prevedeva la possibilità di risolvere il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici con 40 anni di contributi, ma senza necessità di motivazione, mentre ora ribadisce tale possibilità, ma solo in quanto sorretta da motivazione, insieme alla verifica del raggiungimento del requisito contributivo per il conseguimento della pensione anticipata⁴⁷. La suddetta motivazione va riferita alle esigenze organizzative e ai criteri di scelta applicati, e deve avvenire senza pregiudizio per la funzionale erogazione dei servizi; in ogni caso, la risoluzione del rapporto di lavoro non può essere disposta prima del raggiungimento di un'età anagrafica che possa dare luogo a riduzione percentuale, ai sensi di quanto disposto dall'art. 24, decimo comma, d. l. n. 201 del 2011⁴⁸. Tali penalizzazioni, tuttavia, non operano per i soggetti che maturino i requisiti per la pensione anticipata prima del 31 dicembre 2017⁴⁹, sicché, entro questa data, si potrà prescindere dall'età anagrafica del dipendente⁵⁰. Peraltro, occorre sul punto ricordare una normativa precedente e ancora vigente, la quale dispone che la decisione del datore di lavoro pubblico di procedere alla risoluzione del rapporto di impiego nelle suddette ipotesi "non necessita di ulteriore motivazione, qualora l'amministrazione interessata abbia preventivamente determinato in via generale appositi criteri di applicativi con

⁴⁷ Art. 1, quinto comma, d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, che ha novellato l'art. 72, undicesimo comma, d. l. n. 112 del 2008.

⁴⁸ Ne deriva che "a decorrere dall'anno 2014, la risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro può trovare applicazione nei confronti dei lavoratori che maturano 42 anni e 6 mesi di anzianità contributiva e compiono 62 anni di età e delle lavoratrici che maturano 41 anni e 6 mesi di anzianità contributiva e compiono 62 anni di età (art. 24, commi 10 e 12, del decreto-legge n. 201 del 2011, citato; decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 6 dicembre 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 289 del 13 dicembre 2011), salva l'applicazione dei successivi adeguamenti alla speranza di vita su requisito contributivo. Non è più possibile, dunque, procedere in regime ordinario alla risoluzione unilaterale nei confronti dei dipendenti che compiono i 40 anni di anzianità contributiva (tranne che nel caso di ricorso ai pensionamenti in deroga per soprannumero, per i quali continuano ad applicarsi le disposizioni anteriori al decreto-legge n. 201 del 2011)" (*Circ. Funz. pubbl.* n. 2, 19 febbraio 2015, punto 3.1).

⁴⁹ Art. 1, comma 113, l. n. 190 del 2014. V. nota *Dip. Funz. pubbl.* 16 aprile 2015, n. 24210.

⁵⁰ Cfr. Bozzao, *Anzianità e uscita*, cit., pp. 99 ss.

atto generale di organizzazione interna, sottoposto al visto dei competenti organi di controllo”⁵¹.

Dal quadro descritto si può desumere, dunque, che la risoluzione obbligatoria del rapporto di lavoro del dipendente pubblico è imposta dalla legge al datore di lavoro nei confronti di coloro che hanno maturato i requisiti per la pensione di vecchiaia, ovvero il diritto alla pensione anticipata, avendo raggiunto l’età limite ordinamentale; invece, si ha risoluzione rimessa alla discrezionalità dell’Amministrazione per coloro che hanno maturato il solo diritto alla pensione anticipata secondo i requisiti di accesso prescritti dalla legge⁵².

6. *La compatibilità di tali interventi sul piano della normativa antidiscriminatoria di fonte comunitaria*

Questi ultimi interventi del legislatore, animati da una *spending review* che abbiamo definito “anomala”, si sono prestati a diffuse critiche sotto diversi profili. A noi, invece, sembra possibile una lettura nel senso della loro tenuta, sia sul versante della compatibilità comunitaria, sia sul piano costituzionale.

Sotto il primo profilo, si è prospettata una possibile violazione della normativa antidiscriminatoria di fonte comunitaria, in quanto gli stessi avrebbero determinato una illegittima situazione di disparità tra diverse categorie di lavoratori (pubblici e privati).

Tuttavia, occorre considerare che la direttiva comunitaria di riferimento del 2000⁵³ consente in ogni caso agli Stati membri di prevedere alcune forme di disparità di trattamento fondate

⁵¹ Art. 16, undicesimo comma, d. l. 6 luglio 2011, n. 98, rubricato *Contenimento delle spese in materia di impiego pubblico*, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111: cfr. Bozzao, *Anzianità e uscita*, cit., 98 ss.; Canavesi, *L’età pensionabile*, cit., pp. 63 ss.; V. Filì, *Sull’obbligo della pubblica amministrazione di motivare il licenziamento del dipendente con quarant’anni di contributi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, pp. 695 ss.

⁵² Art. 24, decimo e dodicesimo comma, d. l. n. 201 del 2011: v. *Circ. Funz. Pubbl.* n. 2 del 19 febbraio 2015.

⁵³ Si tratta della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

sull'età, nel caso in cui queste siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da una finalità legittima, “quale la politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale”, e purché i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. Tra le ipotesi specifiche possibili, vengono espressamente annoverate le “condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi”⁵⁴. Inoltre, la stessa direttiva lascia impregiudicate le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile⁵⁵.

Su tali basi non paiono, invero, emergere problemi di compatibilità comunitaria di un simile assetto. Come confermato di recente dalla stessa Corte costituzionale⁵⁶, la finalità del ricambio generazionale rientra tra le legittime finalità di politica del lavoro di cui alla dir. 2000/78/Ce, sulla scia dell'orientamento già espresso dalla Corte di Giustizia, che ha riconosciuto ampi margini alla discrezionalità dei legislatori nazionali. La giurisprudenza comunitaria ha, invero, in sintesi, a più riprese ritenuto compatibili sul piano comunitario normative nazionali che proponevano disparità di trattamento sul piano dell'età di pensionamento orientate alla promozione dell'occupazione, anche in vista dell'avvicendamento generazionale⁵⁷, che supe-

⁵⁴ Art. 6, n. 1, dir. 2000/78.

⁵⁵ *Considerando* n. 14, dir. 2000/78.

⁵⁶ Corte cost. n. 133 del 2016.

⁵⁷ V., ad es., Corte giust. 12 ottobre 2010, C-45/09, *Rosenbladt*, punto 62, per la quale “clausole di cessazione automatica dei rapporti di lavoro dei lavoratori subordinati che abbiano raggiunto l'età pensionabile sono giustificabili nell'ambito di una politica nazionale diretta a promuovere l'accesso all'impiego per mezzo di una migliore distribuzione di quest'ultimo sotto il profilo intergenerazionale, e si deve considerare che le finalità così perseguite, in linea di principio, giustificano oggettivamente e ragionevolmente, nell'ambito dell'ordinamento nazionale, come previsto dall'art. 6, n. 1, primo comma, della direttiva 2000/78, una disparità di trattamento fondata sull'età stabilita dagli Stati membri”. Cfr. inoltre, nella medesima direzione, tra le tante, Corte giust. 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa*, punti 53, 65 e 66; Corte giust. 12 gennaio 2010, C-841/08, *Petersen*, punti 68 e 77; Corte giust. 18 novembre 2010, C-250/09 e C-268/09, *Georgiev*, punto 45; Corte giust. 21 luglio 2011, C-159/10 e C-160/10, *Fuchs e Köhler*, punti 49-50; Corte giust. 5 luglio

rano il *test* di proporzionalità anche in quanto non arrecano un “pregiudizio eccessivo” ai lavoratori pensionabili, giacché questi vengono a godere di un reddito sostitutivo, costituito appunto dal trattamento pensionistico⁵⁸. Solo in casi estremi il giudice comunitario è giunto a ritenere sproporzionata la normativa interna⁵⁹, dimostrando al contempo, a nostro avviso, buon senso e pragmaticità nell’attenzione anche implicita alla salute finanziaria dei singoli Stati membri⁶⁰.

Peraltro, da studi recenti è dato apprendere che, in un’indagine svolta sui 27 Stati membri di allora, ben 24 contemplano il pensionamento obbligatorio nel settore pubblico, mentre sono solo 6 quelli che lo prevedono nel settore privato⁶¹.

Non mancano, tuttavia, ulteriori dubbi sulla tenuta su questo versante comunitario di misure del genere, sul presupposto di una loro mancanza di proporzionalità, in quanto i costi si riverserebbero sul sistema previdenziale, in mancanza di risparmi di

2012, C-141/11, Hörnfeldt, punto 29; Cfr. sul tema, con notazioni anche critiche su tale giurisprudenza comunitaria, M.V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull’età*, in *Lav. dir.*, 2011, pp. 142 ss.; P. Bozzao, *Anzianità, lavoro e diritti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 188 ss.; D. Izzi *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2014, pp. 588 ss.; F. Ravelli, *Alcune questioni in tema di pensioni e turn over generazionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, I, pp. 355 ss.

⁵⁸ Corte giust. 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa*, punto 73; Corte giust. 12 ottobre 2010, C-45/09, *Rosenbladt*, punto 48; Corte giust. 18 novembre 2010, C-250/09 e C-268/09, *Georgiev*, punto 54.

⁵⁹ Cfr. D. Izzi *Invecchiamento attivo*, cit., pp. 593 ss., la quale fa riferimento a Corte giust. 6 novembre 2012, C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, dove (in relazione al repentino passaggio da 70 a 62 anni dell’età di pensionamento) è stato ritenuto carente il requisito della proporzionalità, nonché a Corte giust. 13 settembre 2011, C-447/09, *Prigge*, dove (in ordine al limite di 60 anni, per contratto aziendale, quale età massima per svolgere il lavoro di pilota) è stata ritenuta la previsione collettiva impugnata in contrasto con l’art. 4, n. 1, della direttiva 2000/78, in quanto non considerato requisito essenziale e determinante per lo svolgimento di quell’attività lavorativa, giacché anche in base alle norme internazionali il limite è fissato in 65 anni.

⁶⁰ Cfr. anche Bozzao, *Anzianità, lavoro*, cit., p. 192, la quale rimarca “l’estrema cautela” della Corte nella valutazione delle politiche nazionali in materia, nonché, nella medesima direzione, Izzi, *Invecchiamento attivo*, cit., pp. 590 ss., la quale parla di parametri di controllo “leggeri” adottati dalla Corte e di suo sindacato “morbido”.

⁶¹ Cfr. Izzi, *Invecchiamento attivo*, cit., p. 588, nota 10, in cui vengono citati i dati diffusi dal rapporto di D. O’Dempsey, A. Beale del 2011 (*Age and Employment, Report to the European Commission from the Network of Legal Experts in the non-discrimination field*), riferito alla situazione al dicembre 2009.

spesa significativi, mentre una reale incidenza sul *turn-over* a favore dell'ingresso di nuove generazioni di lavoratori non vi sarebbe o sarebbe riscontrabile in misura non significativa⁶².

A tali obiezioni pare possibile replicare osservando che l'obiettivo del ricambio generazionale, come la Corte costituzionale ha ritenuto di recente nella pronuncia già sopra citata, va considerato “un processo laborioso, destinato a dipanarsi in un arco temporale più lungo”⁶³. Come dire “meglio poco che nulla”. Se su una platea ipotetica di 100 dipendenti, 10 di questi in un dato momento accedono al pensionamento in virtù delle nuove norme, ma nel periodo coevo vengono assunti solo due nuovi dipendenti, ciò non sarà di certo considerabile un traguardo ottimale, ma, come dire, sempre un risultato positivo rimane e, peraltro, ulteriori effetti virtuosi si potrebbero realizzare in tempi più lunghi. Occorre, infine, segnalare che anche la giurisprudenza nostrana esclude un'ipotesi di discriminazione⁶⁴.

6.1 *La conformità sul piano costituzionale*

Allo stesso tempo, spostandoci sul piano del diritto interno, non ci pare riscontrabile alcun profilo di possibile violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per palese difformità con la normativa disposta per i dipendenti del settore privato⁶⁵.

Non riesco a riscontrare una privazione della facoltà di scelta a danno del dipendente pubblico, né una sua frustrazione di un diritto costituzionalmente garantito, per il fatto che, al raggiungimento dei requisiti contributivi utili per la pensione anticipata, possa essere risolto il rapporto⁶⁶. La scelta del legislatore

⁶² Cfr. Bozzao, *Anzianità e uscita*, cit., pp. 100 ss.; Ravelli, *Alcune questioni*, cit., pp. 351 ss., il quale, tuttavia, non ritiene misure del genere incompatibili sul piano del diritto comunitario.

⁶³ Corte cost. 10 giugno 2016, n. 133.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1672.

⁶⁵ Cfr., invece, Ravelli, *Alcune questioni*, cit., p. 358, il quale dubita che esigenze legate al ricambio generazionale possano essere reputate quali valide ragioni atte a giustificare il superamento del principio di eguaglianza, condizionante, nella sua lettura, anche l'età di pensionamento dei dipendenti pubblici e privati.

⁶⁶ Cfr., invece, in tale direzione, Canavesi, *L'età pensionabile*, cit., p. 65.

pare legittima, in quanto dai principi costituzionali si può, a mio avviso, dedurre la tutela della vecchiaia, ma non la garanzia del diritto a proseguire nel rapporto di lavoro fino all'età anagrafica prevista dal legislatore ordinario per il raggiungimento della pensione di vecchiaia. Se nel settore privato l'accesso alla pensione di vecchiaia determina la recedibilità *ad nutum* del rapporto di lavoro e, invece, l'accesso al trattamento di anzianità resta una facoltà del lavoratore, nell'ambito dell'impiego pubblico la diversa scelta del legislatore va ritenuta legittima e ragionevole, proprio in quanto volta alla riduzione della spesa, anche nella prospettiva del ricambio generazionale, nell'ambito di un settore connotato da proprie peculiarità.

La questione offre, peraltro, l'occasione per qualche considerazione di fondo sull'attuale raggio di incidenza del suddetto diritto alla pensione di vecchiaia presidiato dall'art. 38, secondo comma, Cost. L'impostazione della suddetta norma costituzionale rispecchia, come noto, quella delle assicurazioni sociali, con una tutela di stampo previdenziale riconosciuta in occasione di determinati eventi, declinati dalla medesima norma (infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria). Ora la peculiarità dell'evento vecchiaia è data dal fatto che questo, a differenza degli altri, non può essere definito in modo oggettivo e stabile. Non si tratta, cioè, di un dato naturalisticamente determinato, ma di una condizione convenzionale e relativa⁶⁷.

Proprio dalla struttura dell'art. 38, secondo comma, che lega, o comunque avvicina, la vecchiaia all'invalidità (termini non separati dalla virgola come gli altri, ma legati dall'endiadi "e"), è possibile desumere che l'evento vecchiaia sia riferibile a un concetto di vecchiaia connesso al necessario esaurimento o affievolimento delle energie e della capacità lavorativa *versus* l'invalidità. Così peraltro era in passato, laddove l'età pensionistica fissata a 65 anni nella legislazione di inizio '900 fotografava senza dubbio, con notevole corrispondenza statistica, la

⁶⁷ Cfr., in questi termini, Avio, *Vecchiaia nel diritto*, cit., e Id., *L'invecchiamento attivo: se la vecchiaia non ha età*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, pp. 251 ss.

situazione di esaurimento della capacità lavorativa⁶⁸. Il medesimo limite di 65, anni oggi, a distanza di un secolo, non fotografa di certo la stessa situazione.

Anche l'adeguamento alla vita media costruito sempre su un'età generale per tutti e, quindi, media di per sé, non riesce a rappresentare la reale situazione concreta che, per emergere come tale, presupporrebbe un'accurata indagine medica, economica, sociologica e comportamentale, in relazione ai diversi lavori e ai diversi contesti entro i quali questi si svolgono, pur al netto delle condizioni personali del singolo.

E allora, se appare possibile sganciare la vecchiaia non invalidante dall'art. 38 Cost., si rafforza, a nostro avviso, una sua identificazione quale limite convenzionale, e, quindi, contingente e mutevole, legato alle emergenze finanziarie e politiche del momento⁶⁹. Tali considerazioni portano, a nostro avviso, ad abbandonare una lettura del diritto alla pensione di vecchiaia in chiave di uniformità di trattamento per tutti i lavoratori (anche tra quelli pubblici e quelli privati), immutabile e "senza tempo", in favore di una sua considerazione come dato disponibile dal legislatore, con il limite della ragionevolezza e della proporzionalità, di derivazione comunitaria. Ciò al fine di offrire allo stesso legislatore strumenti di modulazione delle tutele e dei diritti pensionistici connessi, ancor più oggi nel quadro connotato dall'attenzione alle compatibilità economiche delle normative previdenziali, nella prospettiva della loro sostenibilità.

Peraltro, sul punto paiono utili alcune osservazioni di contesto, volte a fugare in sostanza la percezione, desumibile da un'analisi limitata al dato formale, di un sistema sperequato a danno del dipendente pubblico, cui si richiede un sacrificio maggiore in termini di ridotta possibilità di rimanere in servizio attivo.

Occorre, invero, considerare che nel pubblico impiego di esuberanti del personale in termini tecnici, tali da condurre al licenziamento, se ne vedono davvero pochi. Invece, come l'esperienza

⁶⁸ Cfr. Avio, *L'invecchiamento attivo*, cit., pp. 262 ss.

⁶⁹ Cfr., in termini, G. Prosperetti, *Categorie giuridiche, lavoro, welfare: l'evoluzione degli istituti giuridici*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 303.

recente insegna, nel settore dell'impiego privato le diffuse procedure di esubero del personale (pensiamo di recente al settore del credito) vengono risolte attraverso l'individuazione prioritaria di lavoratori o pensionabili o meno lontani dalla possibilità di accesso alla pensione con l'ausilio degli ammortizzatori sociali di nuova generazione. In sostanza, ciò produce un apprezzabile abbassamento sostanziale dell'età pensionistica, che, per così dire, in questi casi anche il lavoratore privato viene a subire, a prescindere da una sua eventuale scelta di proseguire nel rapporto di lavoro.

Questa medesima funzione sostanziale, di certo perseguita in modo tanto eccentrico quanto generico (giacché l'oggettiva situazione di esubero del singolo dipendente non è valutata, ma, diremmo, presupposta), è svolta, nel settore dell'impiego pubblico, dagli istituti del pensionamento forzato al raggiungimento dell'età ordinamentale.

Meno "generico" risulta l'istituto della scelta del pensionamento in caso di raggiungimento dei requisiti per la pensione anticipata (*mix* di vecchiaia e anzianità contributiva), dove la scelta in capo al datore di lavoro pubblico pare consentire una tale valutazione.

Come si può notare, in concreto le differenze si assottigliano, tanto da consentire, a nostro avviso, di confermare la ragionevolezza complessiva del sistema pensionistico su questo versante.

7. I percorsi di armonizzazione in corso di realizzazione: il transito dal trattamento di fine servizio al trattamento di fine rapporto

Dopo aver vagliato gli impervi percorsi che l'età pensionabile ha attraversato nel versante dell'impiego pubblico, affrontiamo l'evoluzione di altri istituti che sono apparsi significativi alla luce degli obiettivi della presente indagine.

E allora, per i dipendenti pubblici la cd. indennità di buonuscita è stata regolamentata in maniera diversa rispetto al settore del lavoro privato, attraverso istituti differenziati in relazione ai diversi settori della Pubblica Amministrazione, accomunati, come abbiamo già notato in precedenza, dalla definizione di

Trattamento di fine servizio. Ricordiamo l'indennità di buonuscita per i dipendenti dello Stato⁷⁰; l'indennità premio di servizio per il personale degli enti locali⁷¹; l'indennità di anzianità per il personale degli enti parastatali⁷², nonché quelle erogate ai dipendenti delle Ferrovie dello Stato e ai postelegrafonici. Regimi tanto differenziati hanno posto rilevanti questioni di difformità di trattamento all'interno dell'impiego pubblico, sulle quali è intervenuta a più riprese la Corte costituzionale, la quale, pur mostrando di rispettare le scelte del legislatore, ha prodotto il superamento delle disomogeneità più evidenti e ingiustificate⁷³.

In generale, si può considerare che la base di calcolo dei trattamenti di fine servizio si rivela più favorevole rispetto a quella del trattamento di fine rapporto, in quanto fondata su un meccanismo moltiplicatore che ha per base l'ultimo stipendio, e non sulla somma delle retribuzioni degli ultimi anni, come accade per il Tfr.

Quando fu disposto il passaggio, nel settore privato, dall'indennità di anzianità al Trattamento di fine rapporto, la stessa legge istitutiva del nuovo istituto escludeva i dipendenti pubblici⁷⁴. Il transito dal Tfs al Tfr è stato disposto dall'art. 2, secondo comma ss. (quinto comma in particolare), l. n. 335 del 1995 per i lavoratori assunti dal 1° gennaio 1996, anche al fine di favorire la diffusione della previdenza complementare nel pubblico impiego. Si affidava, altresì, alla contrattazione collettiva e a un d.p.c.m. l'individuazione di tempi e modi di applicazione del Tfr ai lavoratori pubblici.

Tuttavia, in mancanza di un pronto intervento della contrattazione collettiva, attualmente si trovano nel nuovo regime solo

⁷⁰ D.P.R. n. 1032 del 1973.

⁷¹ L. n. 152 del 1968.

⁷² Art. 13, l. n. 70 del 1975. Per i dipendenti pubblici del cd. parastato resta in vigore l'art. 13 della legge 20 marzo 1975 n. 70 per i dipendenti in servizio alla data del 31 dicembre 1995 che non abbiano optato per il trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 cod. civ., la cui disciplina (pari a tanti dodicesimi dello stipendio annuo in godimento quanti sono gli anni di servizio prestato) non risulta derogabile neanche in senso più favorevole ai dipendenti da parte dei regolamenti dei singoli Enti (Cass. Sez. Un. 25 marzo 2010, n. 7154, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 424).

⁷³ Cfr. A. Vallebona, *Indennità di fine rapporto (Impiego pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, 1993.

⁷⁴ Art. 4, sesto comma, l. n. 297 del 1982.

i dipendenti pubblici assunti a partire dal 1° gennaio 2001⁷⁵, mentre per gli altri assunti in epoca precedente il passaggio è legato all'adesione ai fondi di previdenza complementare, attraverso l'esercizio di una apposita opzione per il passaggio al Tfr⁷⁶. La migliore dottrina aggiunge che comunque non si tratta di una integrale equiparazione, visto che la liquidazione grava sugli stessi enti o amministrazioni che già liquidavano il Tfs⁷⁷, e che l'anticipazione è possibile solo nei casi previsti dalla contrattazione collettiva di comparto⁷⁸.

Il percorso di armonizzazione tra pubblico e privato sotto questi profili ha conosciuto anche di recente fasi tra loro ondivaghe. Il deciso traghettamento al nuovo regime disposto nel 2010⁷⁹ è caduto sotto la scure della Corte costituzionale⁸⁰ per un aspetto peculiare, relativo alla trattenuta del 2,50% sull'80% della retribuzione a carico dei lavoratori pubblici, che i datori di lavoro pubblici continuavano a effettuare anche in relazione ai periodi (a partire dal 1° gennaio 2011) per i quali dovevano applicarsi i criteri dettati dell'art. 2120 c.c. in tema di Tfr, che tale prelievo non prevedono.

Successivamente, proprio il rischio di dover restituire le somme trattenute illegittimamente (il 2,50% sull'80% della retribuzione) in relazione a periodi ricadenti nel nuovo regime del Tfr, ha indotto il legislatore a fare marcia indietro, ripristinando il sistema precedente che tale prelievo impone. Così, si è proceduto all'abrogazione *in toto* della suddetta normativa e sono stati ripristinati i criteri di computo del Tfs valevoli prima

⁷⁵ Accordo ARAN 29 luglio 1999; d.p.c.m. 20 dicembre 1999; d.p.c.m. 2 marzo 2001.

⁷⁶ Art. 59, 56° co., l. n. 449 del 1997; art. 2 d.p.c.m. 20 dicembre 1999; cfr. A. Vallebona, *Indennità di fine rapporto*, (I agg.), in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, UTET, 2003, vol. VIII, pp. 483 ss.; F. Vallacqua, *Trattamento di fine servizio (Tfs) e contrattazione collettiva: prospettive di modifiche del meccanismo di opzione ex art. 59, c. 56 l. n. 449/97*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, p. 365.

⁷⁷ Art. 2, comma 8, l. n. 335 del 1995; cfr. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 13ª ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 325, nota 39.

⁷⁸ Cfr. Cass. 21 novembre 2011, n. 24474, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 8, con nota di M.G. Greco, *Sul diritto dei pubblici dipendenti a chiedere l'anticipazione del trattamento di fine servizio*.

⁷⁹ Art. 12, comma 10, d. l. n. 78 del 2010.

⁸⁰ Corte cost. 8 ottobre 2012, n. 223.

dell'adozione del d. l. n. 78 del 2010⁸¹, che ha superato poi il vaglio di costituzionalità⁸².

In questa vicenda, le esigenze connesse alla *spending review* – sottese sia all'intervento del 2010 (visto il passaggio all'applicazione dell'aliquota del 6,91% per i dipendenti del pubblico impiego), sia all'intervento di “ripristino” del 2012 (per quanto già notato) – hanno in qualche modo giocato contro, costituendo un ostacolo all'armonizzazione dei due differenti regimi. Nella sentenza sopra citata, la Corte costituzionale ha, peraltro, ribadito la legittimità costituzionale di un tale assetto differenziato, osservando che “l'attribuzione ad alcuni dipendenti pubblici del Tfs e ad altri del Tfr è conseguenza del transito del rapporto di lavoro da un regime di diritto pubblico ad un regime di diritto privato e della gradualità che il legislatore ha discrezionalmente ritenuto di imprimervi”⁸³.

7.1 *La faticosa implementazione della previdenza complementare nell'impiego pubblico*

Un altro ambito in cui si può registrare una permanente differenza di regolamentazione è quella che concerne la previdenza complementare.

Il d.lgs. n. 124 del 1993 sui fondi pensione, nella consapevolezza delle diversità strutturali rispetto al settore dell'impiego privato, si rivolgeva anche ai dipendenti pubblici, ma regolamentava per questi molti aspetti in maniera peculiare⁸⁴.

In tempi più recenti, il d.lgs. 252 del 2005, nel prescrivere una nuova disciplina per la previdenza complementare, ha stabilito che, per i fondi pensione istituiti per i lavoratori dipen-

⁸¹ Art. 1, comma 98, l. 24 dicembre 2012, n. 228.

⁸² Corte cost. n. 244 del 28 ottobre 2014, con nota di M. Borzaga, *Corsi e ricorsi sul destino e le modalità di finanziamento del trattamento di fine servizio nell'impiego pubblico, tra spending review e divieti di discriminazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, pp. 910 ss., e con nota di P. Mormile, *I controversi rapporti tra TFS e TFR per i dipendenti pubblici*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 308.

⁸³ Corte cost. n. 244 del 28 ottobre 2014.

⁸⁴ V. A. Alaimo *La previdenza complementare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, pp. 139 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

denti pubblici, si continui ad applicare la normativa dettata nel d.lgs. n. 124 del 1993, fino all'emanazione di un apposito decreto legislativo che disponga, previo confronto con le organizzazioni sindacali, le Regioni, gli enti locali e le autonomie funzionali, le necessarie misure di armonizzazione al rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni⁸⁵. Quella delega, tuttavia, non è stata esercitata, stanti le difficoltà di superare le perduranti differenze tra il settore dell'impiego privato e quello dell'impiego pubblico⁸⁶.

I motivi di perdurante divaricazione degli assetti attengono alle fonti istitutive e alle fonti di finanziamento. Infatti, solo la contrattazione collettiva di comparto può nel settore pubblico istituire fondi pensione negoziali in sede di determinazione del trattamento economico. Resta ferma la possibilità per i dipendenti pubblici di aderire a forme pensionistiche individuali, ma in questo caso senza possibilità di devolvere quote di Tfr e di ricevere il contributo datoriale.

Così, nel pubblico impiego sono mancate le risorse disponibili e soprattutto è mancata la fonte di finanziamento costituita dal Tfr, in quanto il trattamento di fine servizio non contempla accantonamenti reali di risorse, ma solo figurativi. Come abbiamo già notato nel paragrafo precedente, il transito dal Tfs al Tfr, disposto dalla l. n. 335 del 1995, è stato, tuttavia, posticipato, tanto che si trovano nel nuovo regime solo i dipendenti pubblici assunti a partire dal 1° gennaio 2001, mentre per gli altri assunti in epoca precedente il passaggio è legato all'adesione ai fondi di previdenza complementare. L'opzione per questi ultimi poteva essere esercitata entro il 31 dicembre 2015, ma tale termine è stato di recente prorogato al 31 dicembre 2020⁸⁷. Per favorire il passaggio dal Tfs al Tfr e, quindi, l'ac-

⁸⁵ Art. 23, sesto comma, d.lgs. n. 252 del 2005, che fa riferimento al decreto legislativo di attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. p), l. 23 agosto 2004, n. 243.

⁸⁶ V. M. Squeglia, *L'esclusione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dalla riforma sulla previdenza complementare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, pp. 881 ss.

⁸⁷ Lo stabilisce l'accordo quadro tra ARAN e confederazioni sindacali, siglato il 15 gennaio 2016, che nell'unico articolo stabilisce che «il termine previsto dall'articolo 2, comma 3, dell'accordo quadro nazionale in materia di trattamento di fine rapporto e previdenza complementare per i dipendenti pubblici del 29 luglio 1999,

cesso ai fondi di previdenza complementare, sono state quindi necessarie misure di incentivo economico⁸⁸.

In ogni caso, le differenze permangono, in quanto gli accantonamenti del Tfr non vengono versati ai fondi pensione negoziali, ma contabilizzati ora presso l'INPS; solo alla fine del rapporto di lavoro l'INPS conferisce al fondo pensione di riferimento il montante maturato, secondo un complesso meccanismo che prevede quote di rendimento pari alla media degli investimenti conseguiti da una serie di fondi pensione⁸⁹.

Quindi, per il dipendente pubblico la posizione previdenziale complementare si compone di una parte effettivamente detenuta dal fondo (contributi del datore e del lavoratore) e di una parte figurativa contabilizzata dall'INPS e conferita al fondo solo all'atto della cessazione del rapporto. Questo assetto peculiare produce effetti anche sugli istituti della anticipazione e dei riscatti, non possibili per quanto accreditato in via figurativa⁹⁰.

Il tentativo di tracciare linee di possibile evoluzione del settore non può non considerare che la previdenza complementare, come noto, si trova in Italia ancora in mezzo a un guado, tra accesso ancora volontario e funzione assimilabile alla previdenza pubblica obbligatoria ai sensi dell'art. 38, secondo comma, Cost.⁹¹. La scommessa e la fiducia originaria in una previdenza complementare libera, fondata su un'auspicabile adesione volontaria diffusa da parte dei lavoratori, sembra, ormai, se non tramontata, di certo molto affievolita, anche per gli effetti della perdurante crisi economica, che ha di certo contribuito a frenarne lo sviluppo.

prorogato al 31 dicembre 2015 dall'Accordo quadro nazionale del 29 marzo 2011, è ulteriormente differito al 31 dicembre 2020».

⁸⁸ Art. 59, comma 56, l. n. 449 del 1997; art. 26, comma 19, l. n. 448 del 1998; art. 74, l. n. 388 del 2000; art. 12, l. n. 122 del 2010; art. 1, comma 10, l. n. 21 del 2016.

⁸⁹ D.m. Tesoro 23 dicembre 2005.

⁹⁰ Cfr. Cinelli, *Diritto della previdenza*, cit., p. 673. I fondi esistenti sono: Espe-ro (scuola); Salvafondo (lavoratori Trentino-Alto Adige); Fopadiva (Val d'Aosta); Perseo (Sanità ed Enti Locali); Sirio (dipendenti enti locali); l'Accordo Aran del 28 luglio 2014 prevede la concentrazione di Sirio e Perseo.

⁹¹ Secondo l'arcinota Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 955.

In parallelo, emergono da più parti voci sempre più decisamente favorevoli a un passaggio a un sistema di previdenza complementare privata obbligatoria, e non più volontaria⁹², tesa a bilanciare l'arretramento di quella pubblica⁹³, anche perché, sull'efficacia degli strumenti (di carattere informativo) predisposti sinora dal legislatore per aumentare il grado di adesione alla stessa, pare lecito nutrire più di qualche dubbio⁹⁴.

Tuttavia, in una prospettiva del genere, per certi versi anche auspicabile, che richiede un'espressa previsione da parte del legislatore, non potendo desumersi elementi di obbligatorietà dal sistema in atto⁹⁵, varrebbe a far emergere la distanza nelle pensioni tra dipendenti pubblici e dipendenti privati, che ancora hanno trattamenti complementari diversi, a fronte di trattamenti obbligatori analoghi; la ragionevolezza di tali perduranti differenze resta invero problematica se il fondamento della previdenza complementare deve essere rintracciato nel secondo comma dell'art. 38 Cost.⁹⁶

⁹² Sembrano riecheggiare parole lontane, spese oltre un secolo fa con riguardo alla allora previdenza pubblica volontaria: «L'appello è stato vano. Ho detto allora ai datori di lavoro e ai lavoratori: la libertà è una cosa grande e bella. Ma se voi non vi iscrivetevi volontariamente, saremo obbligati ad iscrivervi. [...] In breve, il numero dei volontari è pressoché minimo. La previdenza libera nel nostro Paese è fallita». Sono affermazioni di Luigi Luzzati (figura di rilievo della destra storica, poi presidente del Consiglio nel 1910-11), pronunciate nel 1908, riportate da Jessoula, *Le assicurazioni sociali*, cit., pp. 33-34.

⁹³ Cfr., da ultimi, Cinelli, *L'effettività delle tutele*, cit., pp. 38 ss.; R. Pessi, *Tornando sul Welfare*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 311/2016, pp. 9 ss.; R. Casillo, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 286 ss.

⁹⁴ Ben poco pare possano ottenere, invero, al fine di incentivare l'adesione ancora volontaria alla previdenza complementare, i previsti programmi coordinati di iniziative di informazione previdenziale, previsti dalla Riforma Monti-Fornero del 2011 "tesi a diffondere la consapevolezza, in particolare tra le giovani generazioni, della necessità dell'accantonamento di risorse a fini previdenziali, in funzione dell'assolvimento del disposto dell'art. 38 della Costituzione" (art. 24, comma 29, d. l. n. 201 del 2011). Invero, ambiguo si rivela proprio il riferimento "all'assolvimento del disposto dell'art. 38 della Costituzione". O questo si riferisce alla contribuzione obbligatoria per la pensione pubblica, e allora la consapevolezza è solo psicologica, stante l'obbligo di legge alla contribuzione; oppure, sperare che la sola "consapevolezza" induca ad aderire a fondi di previdenza privata rimane di per sé pretesa illusoria.

⁹⁵ *Contra*, Alaimo, *La previdenza complementare*, cit., pp. 154 ss.

⁹⁶ Così, Avio, *Vecchiaia nel diritto*, cit.

In definitiva, una maggiore armonizzazione tra i due sistemi su questo versante implicherebbe un investimento di risorse pubbliche, al momento difficilmente prospettabile, anche per il fatto che attualmente anche la disciplina fiscale delle due forme non è la stessa, in quanto quella prevista dal d.lgs. n. 252 del 2005 per i dipendenti privati è più favorevole. Pertanto, anche in relazione a questo ambito dobbiamo registrare una prevalenza delle spinte della *spending review* rispetto a quelle sviluppate dall'armonizzazione.

8. *Alcuni percorsi in prospettiva auspicabili: il superamento delle diverse regole sulla rettifica dei trattamenti pensionistici*

Come abbiamo notato all'inizio della presente indagine, risulta davvero difficoltoso avere contezza di tutte le differenze ancora sussistenti tra il sistema pensionistico per i lavoratori privati e quello per i dipendenti pubblici. Animati da tale consapevolezza, a questo punto si sono volute isolare due questioni, tra quelle conosciute, sulle quali l'opera di armonizzazione non ancora realizzatasi potrebbe, a nostro avviso, in una prospettiva auspicabile, compiersi.

Se la seconda questione, come vedremo, riguarda un tema generale e conosciuto, quello della giurisdizione della Corte dei conti⁹⁷, la prima attiene – a riprova di quanto si osservava – a un aspetto molto particolare, generalmente misconosciuto, che però è stato oggetto di recente di un intervento della Corte costituzionale⁹⁸. Si tratta dell'istituto della rettifica (che può essere declinato nella revoca o nella modifica) del trattamento pensionistico in caso di errore in ordine all'*an* o al *quantum*, per il quale, in sintesi, mentre nel settore del lavoro privato non sono previsti limiti temporali in capo agli enti previdenziali per esercitarla⁹⁹, questi sussistono nel versante dell'impiego pubblico, dove, al

⁹⁷ V. *infra*, nel testo.

⁹⁸ Corte cost. 23 giugno 2017, n. 148. Ringrazio il mio Maestro, Giulio Prospertti, oggi Giudice della Consulta, per avermi segnalato il caso, di cui è stato Redattore.

⁹⁹ Art. 52, l. n. 88 del 1989.

ricorrere di determinati presupposti, l'ente previdenziale può procedere alla rettifica soltanto entro il termine di tre anni¹⁰⁰.

La questione è giunta alla Corte sotto il profilo della possibile disparità di trattamento determinata dai due differenti regimi previsti per il settore privato e per quello del pubblico impiego, che renderebbe quella disposta per quest'ultimo irragionevole per possibile contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost. e con il processo di armonizzazione dei regimi pensionistici avviato con la l. n. 335 del 1995.

Tuttavia, la Corte ha ritenuto inammissibile la questione di costituzionalità, in quanto la normativa dettata per i lavoratori del settore privato non può costituire «quella soluzione “obbligatoria” della regolazione della specifica materia in esame che, ai sensi della giurisprudenza costituzionale, deve invece ravvisarsi nella normativa invocata in termini di *tertium comparationis*».

Al contempo, la stessa Corte si è mostrata consapevole della fondatezza della problematica sottesa, tanto da non ravvisare “intrinseche differenze” tra i due ordinamenti pensionistici che valgano a giustificare i descritti distinti regimi. Sulla base, poi, del processo di armonizzazione in atto da anni, la sentenza si chiude con un forte monito al legislatore di intervenire tempestivamente al fine di superare le riscontrate divergenze di disciplina tra il settore pubblico e quello privato “tenendo conto del mutato contesto normativo, ma anche in funzione di valorizzazione dei profili di equità e solidarietà che caratterizzano il sistema previdenziale”.

La prospettiva, dunque, appare segnata, nel senso di attendere un esplicito intervento del legislatore che, anche al fine di salvaguardare le esigenze di tutela dei conti pubblici, valga a eliminare il limite temporale dei tre anni per le pensioni dei dipendenti pubblici.

¹⁰⁰ Art. 26, l. n. 315 del 1967 e art. 205, d.P.R. n. 1092 del 1973.

8.1 *Il superamento della giurisdizione della Corte dei conti*

Un'ulteriore singolare persistente peculiarità del sistema pensionistico nel pubblico impiego è costituito dalla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, competente a giudicare in materia di provvedimenti definitivi di concessione o di diniego del trattamento pensionistico, e in materia di riconoscimenti, con o senza riscatto, di periodi o servizi ai fini di quiescenza.

Dobbiamo ricordare che dalle origini dello Stato unitario, ovvero dal 1862 fino al 1933¹⁰¹, la pensione dei pubblici dipendenti veniva erogata direttamente dalla Corte dei conti, sezione semplice; la stessa Corte era tenuta a comunicare al procuratore generale le deliberazioni adottate in difformità dalle sue conclusioni, onde consentire l'eventuale impugnativa in sede giurisdizionale¹⁰².

A seguito delle riforme di quegli anni, alla Corte dei conti è tuttora riservata la giurisdizione in materia di pensioni a favore dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, nonché in materia di pensioni di guerra¹⁰³. Si tratta di un giudizio che si svolgeva dapprima in un unico grado, mentre successivamente è stato introdotto il secondo grado di giudizio dinanzi alle sezioni giurisdizionali centrali per soli motivi di diritto¹⁰⁴.

¹⁰¹ L. 3 aprile 1933, n. 255, legge di modifica dell'ordinamento della Corte dei conti: Ai sensi dell'art. 18 della l. n. 255 del 1933 «Sono abrogati l'art. 11 della legge 14 agosto 1862, n. 800, e tutte le altre disposizioni che attribuiscono alla Corte dei conti la liquidazione definitiva delle pensioni la quale viene affidata all'Amministrazione». Il citato art. 11 prescriveva che «La Corte liquida le pensioni competenti per legge a carico dello Stato, e in casi di richiamo ne giudica definitivamente in sezioni riunite colle forme prescritte per la sua giurisdizione contenziosa». V., inoltre, art. 1, r.d. 27 giugno 1933, n. 703, per cui «La liquidazione delle pensioni, degli assegni e delle indennità per una sola volta, nonché il riscatto dei servizi ai fini di quiescenza già affidati alla Corte dei conti, sono trasferiti all'amministrazione». Gli articoli seguenti regolano le modalità di tale procedimento di liquidazione.

¹⁰² V. G. Correale, *Pensione. II) Impiego pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXII, p. 7.

¹⁰³ Artt. 13 e 62 del t.u. 12 luglio 1934, n. 1214, nonché, ora, art. 18, primo comma, lett. c), d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, sul quale v. *infra*, nel testo.

¹⁰⁴ Art. 1, quinto comma, d. l. n. 453 del 1993, novellato dal d. l. n. 543 del 1996, convertito in l. n. 639 del 1996: v. A. Mutarelli, *Profili critici della tutela processuale in tema di pensioni ordinarie garantita dalla corte dei conti*, in M. Esposito, G. Della Pietra (a cura di), *L'accesso alla sicurezza sociale. Diritti soggettivi e tutele processuali*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 115 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

La sensazione è quella che il tema del superamento di tale giurisdizione esclusiva – *unicum* nel sistema – non sia stato mai affrontato direttamente. Già nel quadro della riforma Dini delle pensioni del 1995 (l. n. 335 del 1995) si rimarcava l'inattualità di quell'assetto¹⁰⁵. Così, anche nell'ambito della prima Commissione Foglia sulla riforma del processo previdenziale, lo stesso Presidente, nel lontano 2000, sul punto si limitò a segnalare il problema, ritenendo non più ragionevole un tale assetto, dopo la privatizzazione del pubblico impiego, pur nella consapevolezza della necessità sul punto di misure di più ampio respiro¹⁰⁶.

Invece il legislatore, muto a tali esigenze, proprio nel 2000 ribadisce il ruolo della Corte dei conti, disponendo che questa giudichi in composizione monocratica, in funzione di giudice unico delle pensioni¹⁰⁷, e tale normativa è stata oggetto di parziale modifica nel non lontano 2009¹⁰⁸.

L'indirizzo granitico del nostro legislatore sul punto trova ulteriore conferma nel recentissimo d.lgs. n. 174 del 2016 (Codice di giustizia contabile, in vigore dal 7 ottobre 2016), con il quale si è voluto riordinare e ridefinire la disciplina di tutti i procedimenti innanzi alla Corte dei conti¹⁰⁹, dove trova ampio spazio la parte dedicata al giudizio pensionistico (artt. 151 ss.), che, dunque, continua a godere di conclamata fiducia.

Ciò non toglie che l'inattualità di un tale assetto, quale frutto di un retaggio storico, permanga e, anzi, di fronte alle attuali linee di tendenze favorevoli all'armonizzazione dei settori, venga, a nostro avviso, ad accrescersi. La risalente giustificazione incentrata sul controllo della spesa pubblica, come si dice, in questo caso davvero prova troppo. Accogliere in pieno una tale prospettiva dovrebbe, infatti, coerentemente comportare l'attribuzione alla giurisdizione della Corte dei conti non soltanto di tutte le controversie relative alle pensioni sia dei pubblici dipendenti,

¹⁰⁵ Cfr. Boer, *Sicurezza sociale*, cit.

¹⁰⁶ R. Foglia, *Possibile una riforma per il contenzioso previdenziale?*, in *Lav. giur.*, 2000, pp. 311 ss.

¹⁰⁷ Art. 5, l. n. 205 del 2000.

¹⁰⁸ Art. 42, l. n. 69 del 2009.

¹⁰⁹ Sul tema v. F. Freni, *Giustizia contabile*, in corso di pubblicazione in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2017.

che di quelli del settore privato, data la conclamata incidenza anche di tale ultimo versante sulla spesa pubblica, ma anche l'attribuzione di tutte le controversie in materia di rapporto di impiego pubblico, faticosamente trahettate dal Giudice amministrativo a quello ordinario, data anche in questo caso l'evidenza dei costi del personale pubblico in capo allo Stato.

A una riforma nel senso dell'attribuzione anche della materia delle pensioni per i pubblici dipendenti al giudice civile ordinario, in funzione di giudice del lavoro *ex artt.* 442 ss. c.p.c., non si oppone, peraltro, alcuna norma di rango costituzionale, giacché, come notato sul punto, la garanzia costituzionale della giurisdizione contabile copre solo la materia della contabilità pubblica, e non anche la materia pensionistica (art. 103, secondo comma, Cost.)¹¹⁰.

Peraltro, la riforma del 2016 del processo pensionistico dinanzi al giudice contabile recepisce molti dei principi e delle regole del processo del lavoro¹¹¹: ciò a riprova, da un lato, delle esigenze di armonizzazione e, al contempo, proprio per questo, vale a rimarcare l'inadeguatezza di tale giurisdizione, rafforzando l'esigenza di un trahettamento del contenzioso al Giudice civile ordinario in funzione di Giudice del lavoro. Inoltre, nell'attuale assetto, un profilo che spesso viene dibattuto è proprio il difetto di giurisdizione del giudice adito, in quanto spesso non è del tutto chiaro quali siano gli esatti confini tra Giudice contabile e Giudice ordinario civile *in subiecta materia*, rappresentando un ulteriore motivo per procedere all'unificazione della giurisdizione in favore del Giudice civile ordinario.

Anche in questo caso, tuttavia, esigenze meno evidenti, eppure sussistenti, riconducibili in modo indiretto alla logica della *spending review*, emergono. Queste, invero, possono essere qui declinate nel timore che un eventuale passaggio delle controversie pensionistiche dei pubblici dipendenti potrebbe comportare spese gravanti sul bilancio pubblico, derivanti dalla riorganizzazione degli Uffici giudiziari (sia della Corte dei conti,

¹¹⁰ Cfr. V. Guccione, *Corte dei conti*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, vol. IX, p. 11, cit., da A. Mutarelli, *Profili critici*, cit., 129; sul tema in generale, da ultimo, Freni, *Giustizia contabile*, cit., anche per ulteriori riferimenti.

¹¹¹ Cfr. Freni, *Giustizia contabile*, cit.,

che dei Giudici civili ordinari), nel ricordo dell'esperienza non così lontana del faticosissimo passaggio della giurisdizione in materia di rapporto di impiego pubblico privatizzato dal Giudice amministrativo al Giudice civile in funzione di Giudice del lavoro. Considerazioni del genere, a quanto consta non palesemente espressamente, possono contribuire a costituire un ostacolo a una possibile riforma sul punto, anche se l'entità del contenzioso pensionistico pubblico e del relativo impatto sui costi della giustizia dovrebbe essere decisamente inferiore rispetto al ricordato mutamento di giurisdizione per i rapporti di impiego pubblico privatizzato.

9. *Una possibile sintesi: l'armonizzazione intermittente nella prospettiva del ricambio generazionale finanziariamente condizionato nel bilanciamento dei valori costituzionali*

Il percorso tracciato attraverso l'analisi di alcuni dei principali istituti caratteristici del sistema pensionistico, quali esempi di divergenza regolativa tra dipendenti del settore privato e dipendenti del settore pubblico, non può che giungere a un pur temporaneo e contingente approdo, da cui tentare di ricavare qualche indicazione di sistema.

A questo punto, occorre chiedersi se i provvedimenti sussumibili nel disegno della *spending review* abbiano rappresentato ostacoli al processo di armonizzazione tra pensioni per i dipendenti privati e pensioni per i dipendenti pubblici. Questo di certo è avvenuto, come abbiamo notato nell'*excursus* proposto, e continuerà probabilmente ad avvenire, e, anzi, che la *spending review*, quale formula riassuntiva di ogni manifestazione normativa volta al contenimento della spesa pubblica, sia venuta, in caso di contrasto più o meno evidente, a prevalere sulla direttiva dell'armonizzazione appare considerazione fin troppo scontata, su cui, tuttavia, qualche considerazione può essere svolta.

Intanto, l'armonizzazione può di certo essere considerata una linea di tendenza ancora auspicabile, ma attraversa fasi diverse, come ampiamente dimostrato dalla storia recente del connesso settore della disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, dove una tale ondata da

tempo si è affievolita, venendo a riemergere molteplici elementi di “specialità” dell’impiego pubblico, pur privatizzato¹¹². Se, quindi, in un sistema previdenziale la sorte del rapporto di lavoro intorno al quale viene costruita la relativa tutela pensionistica influenza fisiologicamente le connesse regole previdenziali, è evidente che l’allontanamento dall’armonizzazione del primo non può che riflettersi, con varie intensità, su quella del secondo versante, quello previdenziale. Se ne deve pertanto dedurre che proprio l’andamento intermittente del processo di armonizzazione rappresenta, al momento, una costante del sistema. Peraltro, val la pena sempre di ricordare che il termine, derivante dalla musica, indica con-sonanza tra note di per sé comunque necessariamente diverse, altrimenti si assisterebbe al fenomeno dell’unisono, oppure con singole note in sequenza si realizzerebbe la melodia.

Al contempo, un generale ostacolo all’*incerta* armonizzazione è rappresentato dalle pressanti ineludibili esigenze di riduzione della spesa pubblica. In questa prospettiva, deve essere rimarcato che la stessa Riforma Monti-Fornero del 2011 dichiara esplicitamente nel suo *incipit*, quale sua finalità, quella di garantire “la stabilità economico-finanziaria e a rafforzare la sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico in termini di incidenza della spesa previdenziale sul prodotto interno lordo”¹¹³. Ciò non può non assumere valore proprio dal punto di vista giuridico.

Oggi questa prospettiva viene per certi versi alimentata, in particolare nel pubblico impiego, dalla pressante esigenza del ricambio generazionale, che conduce alla declinazione anomala della *spending review* nella direzione della riduzione degli organici.

¹¹² Cfr. almeno, pur nelle differenze di vedute, S. Cassese, *Dall’impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 313 ss.; S. Mainardi, *Lavoro pubblico e organizzazione amministrativa nelle riforme del Governo Renzi*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014, *Adapt Labour Law Studies, E-book Series*, Bergamo 2015, pp. 493 ss.; L. Zoppoli, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 168/2013.

¹¹³ Art. 24, primo comma, d. l. n. 201 del 2011.

Va a questo punto rimarcato sul piano generale – nella scia di quanto già osservato in precedenza in merito alla compatibilità costituzionale degli ultimi interventi del legislatore sull’età pensionistica¹¹⁴ – come anche tali interessi che si combinano con altri nell’ambito della tutela pensionistica sul versante del pubblico impiego debbano trovare il loro equilibrio nel bilanciamento dei valori costituzionali.

Se il punto imprescindibile di partenza resta per entrambi i versanti (impiego pubblico e impiego privato) quello dell’art. 38 Cost., posto ad archetipo del nostro sistema previdenziale, abbiamo già notato come la sua attuale portata rispetto al diritto alla pensione di vecchiaia ivi contemplato possa essere riconsiderata in chiave di maggiore flessibilità, anche nella prospettiva di un suo utilizzo quale strumento di salvaguardia della sostenibilità del sistema pensionistico¹¹⁵.

Peraltro, nella medesima direzione può giocare anche la stessa rilevata “imperfezione” del riferimento ai “mezzi adeguati” di cui al secondo comma dell’art. 38 Cost., in quanto manca il *quomodo* della prestazione da assicurare, con la conseguenza di far degradare quella garanzia “da diritto costituzionale a diritto legislativo”, ovvero nelle mani delle soluzioni tecniche contingenti adottate dal legislatore ordinario, funzionali all’equilibrio economico, sociale e demografico-attuariale del sistema¹¹⁶.

Sul punto, non è questa la sede per entrare *funditus* nel dibattito ormai scatenato dalle circolanti proposte di modifica dell’art. 38 Cost., di cui è iniziato di recente l’*iter* alla Camera, ma qualche considerazione va pure qui spesa.

Le due proposte di riforma dell’art. 38, il cui esame è stato accorpato, si prefiggono in vie formali diverse (l’una attraverso una aggiunta al comma quarto di una parte, l’altra attraverso l’introduzione di un nuovo comma terzo), la medesima finalità con formula analoga: l’intervento dello Stato in materia

¹¹⁴ V. *supra*, § 6.1.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ In questi termini, E. Ales, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 466; cfr., inoltre, M. Persiani, *Crisi economica e crisi del Welfare State*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 658 ss.

deve avvenire, a mente della prima proposta “secondo principi di equità, ragionevolezza e non discriminazione tra le generazioni”¹¹⁷, mentre per la seconda “Il sistema previdenziale è improntato ad assicurare l’adeguatezza dei trattamenti, la solidarietà e l’equità tra le generazioni nonché la sostenibilità finanziaria”¹¹⁸.

Ora, se non è dato stabilire al momento quale possibilità di approvazione abbia un tale disegno di riforma della norma costituzionale, ciò non toglie che, a un primissimo sguardo, le formule proposte possano di certo valere a fornire indirizzi più univoci alla Corte costituzionale in sede di futuro scrutinio di riforme legislative che dovessero imporre nuovi sacrifici anche per i pensionati. La prospettiva dell’equità intergenerazionale, in tal modo, verrebbe fatta emergere a livello costituzionale, con conseguente nuova rimodulazione del sempre incerto confine dei diritti quesiti¹¹⁹.

Al contempo, la novella proposta potrebbe valere a rafforzare lo *specimen* dell’impianto della tutela di stampo previdenziale delineato dall’art. 38 Cost., nel senso di contribuire a una sua più decisa autonomizzazione dalle logiche dell’art. 36 Cost. in tema di retribuzione¹²⁰. Mentre, come noto, la stessa Corte costituzionale di recente si è basata proprio sulla stretta inter-

¹¹⁷ Questo il testo del periodo che la proposta di legge Mazzioti (Atto Camera 3858) vorrebbe aggiungere all’attuale quarto comma dell’art. 38 Cost., il quale, lo si ricorda, recita: “Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato”.

¹¹⁸ Questo il testo del nuovo terzo comma dell’art. 38 Cost. nella proposta di legge Preziosi (Atto Camera. 3478).

¹¹⁹ Cfr. M. Persiani, *Crisi economica*, cit., pp. 660 ss., il quale, anche sulla scorta di un’analisi della giurisprudenza costituzionale, si mostra favorevole a superare una loro presunta sacralità, al fine di consentire interventi anche sulle pensioni in corso. In tal modo, secondo l’autore, al fine di rispettare diritti e aspettative delle generazioni future, la solidarietà intergenerazionale acquisterebbe carattere di reciprocità, visto che i lavoratori attivi già finanziano con i loro contributi le pensioni attuali; cfr., inoltre, G. Prosperetti, *Alla ricerca di una ratio del sistema previdenziale*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, pp. 420 ss.; M. D’onghia, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Bari, Cacucci, 2013.

¹²⁰ Per una critica alla supposta connessione tra le due citate norme costituzionali e alla conseguenziale costruzione della prestazione pensionistica quale retribuzione differita cfr. M. Persiani, *Diritto della Sicurezza Sociale*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 453; Id., *Ancora sull’esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, pp. 554 ss.; Ales, *Diritti sociali*, cit., pp. 466 ss.

connessione tra i due articoli, sviluppata nel senso di considerare i trattamenti di quiescenza quale retribuzione differita, al fine di sancire l'irragionevolezza e la non proporzionalità e, così, l'illegittimità costituzionale di interventi del legislatore volti a realizzare il blocco della rivalutazione delle pensioni oltre un certo limite¹²¹.

In una tale prospettiva, interventi tesi a ricalcolare anche le pensioni esistenti, *olim* definite con il metodo retributivo, potrebbero liberare risorse da investire anche sul fronte del ricambio generazionale, contribuendo a rendere temperabili in qualche modo i temuti provvedimenti tesi, nella medesima prospettiva della riduzione della spesa, a innalzare l'età pensionistica mediante l'adeguamento di questa alla speranza di vita, ritenuti ineludibili¹²².

A nostro avviso, comunque, interventi del genere, possono, per le ragioni prima esplicitate, trovare copertura costituzionale già in base al testo vigente dell'art. 38 Cost. Peraltro, come notato in precedenza¹²³, anche la stessa Corte costituzionale pone tra i profili caratterizzanti il sistema previdenziale proprio quelli di equità e solidarietà, esplicitati nei progetti di revisione costituzionale menzionati¹²⁴.

Inoltre, volgendo, poi, lo sguardo ad altre norme costituzionali, la descritta linea di intervento del legislatore oggi trova un esplicito appiglio costituzionale anche nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost., per cui "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico"¹²⁵.

¹²¹ Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70. Sui recenti percorsi in materia della Corte costituzionale cfr. M. Cinelli, *Dalla sentenza n. 70/2015 alla sentenza n. 7/2017: le pensioni e la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, pp. 347 ss.

¹²² V. il recentissimo Rapporto della Ragioneria Generale dello Stato diffuso agli inizi di agosto 2017 su *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario*, Rapporto n. 18, in www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/Attivit--/Spesa-soci/Attivita_di_previsione_RGS/2017, sul punto 70 ss.; nella medesima linea le coeve dichiarazioni del presidente INPS Tito Boeri del 9 agosto 2017.

¹²³ V. *supra*, § 8.

¹²⁴ Così Corte cost. 23 giugno 2017, n. 148.

¹²⁵ Comma così premesso dal comma 1 dell'art. 2, l. Cost. 20 aprile 2012, n. 1.

Il connesso tema del ricambio generazionale, volto a favorire l'ingresso delle nuove generazioni nel mondo del lavoro, può trovare peraltro, a nostro avviso, un altro riscontro costituzionale nell'art. 4, primo comma, della Costituzione sul diritto al lavoro e sui conseguenti "compiti" della Repubblica per renderlo effettivo.

Equilibri, quindi, che, anche nel bilanciamento dei valori costituzionali, si mostrano complessi, tanto da poter rappresentare non punti di approdo, ma linee di tendenza, i cui sviluppi, ovviamente, vanno apprezzati anche nel panorama più ampio dell'evoluzione del modello di *welfare* nostrano, il quale, in sofferenza non solo per ragioni finanziarie, ma, anche, come noto, per la sua diseguale distribuzione delle risorse¹²⁶, che genera ulteriori distorsioni nelle dinamiche della solidarietà intergenerazionale¹²⁷, appare dall'incerto futuro¹²⁸.

In definitiva, per restare al *focus* prescelto, la prospettiva del ricambio generazionale resta forte sia sul piano generale del dibattito giuslavoristico¹²⁹, sia sul piano socio-politico, in quanto

¹²⁶ Non si può, invero, non considerare che il nostro sistema pensionistico soffre di una doppia distorsione. Da un lato, invero, la tutela per il rischio vecchiaia in Italia assorbe la gran parte della spesa sociale, provocando una nota distorsione funzionale rispetto a tutti gli altri sistemi di *welfare* europei. Dall'altro, si registra una distorsione distributiva tra diversi gruppi sociali, dove i più garantiti risultano proprio i lavoratori subordinati delle grandi imprese e del pubblico impiego, a discapito di altri gruppi sociali (lavoratori subordinati delle piccole-medie imprese; autonomi e "atipici"), così, da ultimo, M. Ferrera, *Welfare all'italiana: un'introduzione*, in Ferrera, Fargion, Jessoula, *Alle radici*, cit., pp. 7 ss.

¹²⁷ Anche se il tema merita ben altro spazio, qui un cenno, anche solo quale ponte per future riflessioni, pare utile. Si vuol far riferimento alla situazione in cui anziani genitori finanziano con le loro pensioni figli inoccupati o con lavori precari a basso reddito. Non dovrebbe essere così. Occorrerebbe che le nuove generazioni trovassero in un rinnovato sistema di *welfare* "occupazionale" le risorse necessarie, in modo che l'inevitabile diminuzione della copertura pensionistica avrebbe in concreto ridotti effetti sul tenore di vita dei pensionati, "sgravati" da obblighi morali che si risolvono nell'assumere funzioni sussidiarie rispetto a un sistema di *welfare* sperequato, che ha invertito i canoni storici dell'assistenza intergenerazionale (fino al '900 i giovani attivi sostenevano gli anziani inattivi, poi è accaduto il contrario, anche a causa del sistema pensionistico).

¹²⁸ Sulle generali prospettive di evoluzione del sistema pensionistico v., da ultimo, la doviziosa panoramica offerta da Casillo, *La pensione di vecchiaia. Un diritto*, cit., pp. 267 ss.

¹²⁹ Cfr., da ultimo, M. Martone, *Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, pp. 1 ss., nel quadro, invero, di una lettura

funzionale a creare quegli sbocchi occupazionali di cui tutto il sistema viene a beneficiare, a partire dal settore dell'istruzione, anche universitaria. Tale finalità pare possa essere la chiave per rendere sostenibile politiche di *spending review* così finalizzate, atte a favorire il pensionamento dei dipendenti della PA. Se, invece, al di là dei proclami, interventi del genere non vengano accompagnati, anche parzialmente, da nuove assunzioni, è prima di tutto sul piano politico più che giuridico il rischio che vengano alla lunga a infrangersi.

(condivisibilmente) critica rispetto alla rilevata insufficienza degli ultimi interventi del legislatore animati da tale prospettiva.

Giampiero Proia*

La previdenza dei liberi professionisti e la privatizzazione degli enti gestori

SOMMARIO: 1. Pubblico e privato nella previdenza dei professionisti; il nesso tra riordino e privatizzazione – 2. Il modello originario – 3. L'evoluzione dei rapporti tra legge e autonomia; il potere regolamentare in materia di contributi e prestazioni – 4. *Segue*: le norme di finanza pubblica

1. Pubblico e privato nella previdenza dei professionisti; il nesso tra riordino e privatizzazione

Lo scopo della privatizzazione degli enti pubblici previdenziali è legato all'obiettivo della riduzione degli enti perseguito dal legislatore nel contesto delle politiche di contenimento della spesa previdenziale avviate nella prima metà degli anni '90.

Dai principi della legge delega n. 537 del 1993 (in particolare, comma 33, lett. a) e n. 5), si evince chiaramente lo scambio forzosamente proposto alle categorie dei professionisti tra l'“*esclusione dalle operazioni di fusione e di incorporazione*” tra i diversi enti “*e la privatizzazione degli enti stessi*”.

In altri termini, veniva garantita certezza di sopravvivenza, “*con garanzie di autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile*”, a fronte della perdita dello *status* di ente pubblico e delle prerogative ad esso collegate. La prima e più importante perdita, sul piano sostanziale, è stata la garanzia dell'intervento dello Stato in caso di inadeguatezza delle risorse dell'ente per soddisfare i diritti pensionistici degli appartenenti

* Professore Ordinario di Diritto del lavoro, Università Roma Tre.

alle categorie interessate. Perdita suggellata dalla previsione in base alla quale l'assenza di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario è elevata a condizione essenziale della esclusione dalle operazioni di fusione e di incorporazione e della trasformazione in ente privato (art. 1, comma 3, del d. lgs. n. 509 del 1994); previsione, questa, significativamente estesa dal successivo d. lgs. n. 103 del 1996 anche alle Casse private di nuova istituzione per i professionisti privi di tutela previdenziale.

Da questo punto di vista, la vicenda della previdenza dei professionisti si inserisce in una tendenza più ampia che nasce dalla crisi dello Stato sociale inteso come garante di tutti i bisogni della persona “*dalla culla alla tomba*”. Crisi che ha determinato un arretramento dell'intervento pubblico nell'*an* o nel *quantum* delle tutele erogate e la sperimentazione, in vari ambiti del complessivo sistema di *welfare*, di nuove forme di cooperazione con l'autonomia privata, in funzione sia di contenimento della spesa pubblica, sia di responsabilizzazione dei soggetti tutelati.

Siamo, quindi, in presenza dell'attribuzione di una funzione pubblica, qual è quella dell'art. 38, comma 2, Cost., ad un soggetto privato. Non vi è alcun dubbio sulla compatibilità di tale scelta con il nostro sistema costituzionale. Semmai il dubbio è se sia legittimo che, nell'ipotesi di impossibilità del privato a soddisfare tale funzione, non sia previsto un intervento pubblico idoneo a garantire il rispetto dei diritti pensionistici sanciti dall'art. 38, comma 2, Cost. Il dubbio appare tanto più serio ove si tenga conto che l'iscrizione all'ente privatizzato, invece che a quello pubblico, è obbligatoria ed indisponibile per il soggetto protetto. Ma, speriamo, si tratti di un dubbio soltanto virtuale, anche perché la legge si è preoccupata di predisporre una normativa diretta ad evitare che il dissesto del soggetto gestore possa effettivamente realizzarsi.

Il problema è che la legge originaria non ha chiarito del tutto i rapporti tra pubblico e privato nella previdenza dei professionisti. E gli interventi successivi hanno ulteriormente reso incerta la definizione di tali rapporti, dando luogo a numerosi problemi applicativi, nient'affatto virtuali e molto concreti, in particolare sia in relazione all'ambito dei poteri di autonomia

riconosciuti alle Casse, sia in relazione agli effetti della loro pur riconosciuta natura privata. Incertezze dalle quali è derivato un ingente contenzioso amministrativo e giudiziario che ha investito molteplici profili della vita delle Casse e che sicuramente non ha giovato allo svolgimento delle loro funzioni. I nodi sono stati tanti e complessi: dall'inserimento nell'elenco ISTAT relativo al settore della Pubblica Amministrazione allargata, ai provvedimenti di riduzione delle spese, alle norme limitative della gestione del personale.

La giurisprudenza, dal canto suo, nonostante i tentativi, non sembra essere riuscita a dare risposte sempre convincenti ed idonee a consentire una coerente ricostruzione complessiva del sistema, ed anzi si fatica ad individuare un filo conduttore logico e lineare tra le diverse posizioni assunte dai giudici amministrativi e da quelli ordinari, nonché dalla Corte costituzionale.

Proprio a ragione dei problemi e delle incertezze emerse, sul finire della legislatura la Commissione Parlamentare di controllo sulla attività degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza sociale ha proposto di fare un "tagliando" alla legge, attraverso un Testo unico di riordino. La proposta, che certamente necessita di un attento esame e di diversi approfondimenti, contiene, come si dirà nel prosieguo, indicazioni di notevole interesse.

2. *Il modello originario*

L'attribuzione a soggetti privati di una funzione pubblica essenziale per garantire diritti costituzionali fondamentali presuppone necessariamente la fissazione da parte della legge di principi, criteri e limiti volti a circoscrivere e indirizzare l'esercizio dell'autonomia dell'ente. Esaminato da altro punto di vista, posto che il d. lgs. n. 509 del 1994 realizza una delegificazione della previdenza dei professionisti mediante rinvio ad atti di autonomia regolamentare, era ed è imprescindibile una normativa di cornice entro la quale tale autonomia può essere esplicitata.

La disciplina originaria era, tutto sommato, semplificata e allo stesso tempo coerente. Si articolava in soli sei articoli, ed i suoi perni erano:

- a) la prosecuzione delle attività previdenziali e assistenziali in atto e il mantenimento del carattere obbligatorio della iscrizione e della contribuzione (art. 1, comma 3);
- b) la garanzia della solvibilità dell'ente privatizzato, mediante la previsione di una riserva legale e l'obbligo di assicurare l'equilibrio di bilancio (art. 1, comma 4, lett. c), e art. 2, comma 2);
- c) la previsione degli interventi da attivare in caso di disavanzo economico-finanziario e di gravi violazioni di legge (commissariamento e liquidazione coatta) (art. 2, commi 4-6);
- d) la predisposizione di un articolato sistema di controlli e vigilanza (art. 2, comma 3, e art. 3, commi 1, 2, 3 e 5).

Ora, non v'è dubbio che il mutamento del contesto e una diversa valutazione dell'interesse pubblico possano giustificare successivi interventi del legislatore di modifica del modello originario, ma è altresì indubitabile che tali interventi sono sempre tenuti al rispetto dei principi costituzionali, e in particolare del principio di ragionevolezza e di coerenza con il sistema nel quale si inseriscono, pena lo snaturamento del sistema stesso.

In realtà, non sembra che tali principi siano sempre stati pienamente rispettati.

Due sono i profili dell'evoluzione della legge sui quali, anche per la loro rilevanza, vorrei concentrare la mia attenzione.

3. L'evoluzione dei rapporti tra legge e autonomia; il potere regolamentare in materia di contributi e prestazioni

Il primo riguarda la materia delle prestazioni e della contribuzione.

Nel vigore del modello originario, qualche opinione riteneva che l'autonomia regolamentare delle Casse non ricomprendesse anche tale materia. Ma, così opinando, non considerava due norme del d.lgs. n. 509 del 1994:

a) l'art. 3, comma 4, il quale, prevedendo che “*all'atto della trasformazione*” in soggetti “*privati*” “*continuerà ad operare la disciplina della contribuzione previdenziale*”, mirava esclusivamente ad evitare una fase transitoria di vuoto di disciplina, ma riconosceva implicitamente la successiva modificabilità della disciplina previgente;

b) l'art. 3, comma 2, lett. b), il quale prevedeva l'approvazione ministeriale delle “*delibere in materia di contributi e di prestazioni*” “*sempre che la relativa potestà sia prevista dai singoli ordinamenti vigenti*”.

Infine, e soprattutto, quell'opinione non teneva conto dell'obbligo fondamentale posto a carico degli amministratori delle Casse di adottare i “*provvedimenti coerenti*” per assicurare l'equilibrio di bilancio (cfr., ancora, art. 2, comma 2), obbligo la cui violazione può determinare, come detto, il commissariamento e la liquidazione dell'ente.

Tuttavia, l'evoluzione successiva ha evidenziato una notevole complicazione del quadro giuridico dei rapporti tra la legge e l'autonomia delle Casse.

Emblematica è la vicenda dell'art. 3, comma 12, della legge n. 335 del 1995. Tale disposizione poteva essere letta come una semplice conferma e specificazione del potere delle Casse di adottare i provvedimenti necessari per assicurare l'equilibrio di bilancio.

Ed invece, anche e soprattutto nell'interpretazione giurisprudenziale, essa ha finito con il limitare l'esercizio di tale potere sotto due profili diversi. Da un lato, perché è stata offerta un'interpretazione restrittiva del *numerus clausus* dell'oggetto dei provvedimenti (di “*variazione delle aliquote contributive*”, di “*riparametrazione dei coefficienti di rendimento*” e di “*riparametrazione di ogni altro criterio di determinazione del trattamento pensionistico*”), trascurando così di considerare l'ampiezza di quest'ultima espressione (ciò ha portato ad escludere, ad esempio, l'introduzione di un contributo di solidarietà a carico dei pensionati: cfr. Cass. n. 25030 del 2009 e Cass. n. 25211 del 2009); dall'altro lato, perché è stata offerta una interpretazione estensiva dell'obbligo di rispettare il “*principio del pro rata temporis in relazione all'anzianità già maturata rispetto*”

alla introduzione delle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti”.

L’opinabilità delle conclusioni di tale giurisprudenza è confermata dal fatto che esse sono state disattese dallo stesso legislatore, se è vero che l’art. 1, comma 763, della legge n. 297 del 2006 ha modificato la norma del 1995 proprio su questi due punti: da un lato, ha stabilito che le Casse possono adottare tutti “*i provvedimenti necessari per la salvaguardia dell’equilibrio finanziario di lungo termine*”, senza delimitare il campo di intervento di tali provvedimenti; dall’altro lato, ha previsto che i provvedimenti devono essere adottati (non “*nel rispetto*”, ma soltanto) “*avendo presente il principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate rispetto alla introduzione delle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti e comunque tenuto conto dei criteri di gradualità e di equità fra generazioni*”.

Né ulteriori limiti al potere regolamentare delle Casse sono stati previsti dall’art. 24, comma 24, del d. l. n. 201 del 2011, che ha reso più stringente il potere-dovere degli interventi diretti al riequilibrio finanziario. Piuttosto, va ricordato come, con quest’ultima disposizione, il legislatore abbia utilizzato una nuova tecnica normativa per sollecitare l’intervento delle Casse e indirettamente sanzionare la loro eventuale inerzia: e, cioè, abbia previsto che, in mancanza di adozione delle misure richieste (o di mancata approvazione da parte dei Ministeri vigilanti), trovino applicazione automatica alcune misure minimali alternative stabilite dalla legge stessa (applicazione *pro rata* del metodo contributivo e contributo di solidarietà a carico dei pensionati per il biennio 2012-2013).

Il legislatore, quindi, più della giurisprudenza, si mostra consapevole del fatto che non si può pretendere l’equilibrio di bilancio, pena il commissariamento e la liquidazione, senza consentire e rendere anzi doveroso l’adeguamento di contributi e prestazioni. Né si può limitare l’ambito di manovra delle Casse circoscrivendolo alla sola possibilità di procedere ad un aumento dei contributi, in quanto una tale limitazione comporterebbe una ulteriore accentuazione delle disparità di trattamento tra generazioni, oltre quelle già indotte dalle dinamiche economiche e demografiche in atto.

Apprezzabile, quindi, sembra la disposizione contenuta nella richiamata proposta del Testo Unico con la quale si intenderebbe rimettere esplicitamente ai regolamenti degli enti *“la disciplina dei contributi e delle prestazioni”* (art. 4, comma 2, lett. b), in correlazione con il confermato obbligo degli enti stessi di *“assicurare l’equilibrio di bilancio mediante l’adozione di provvedimenti coerenti alle indicazioni risultanti dal bilancio tecnico-attuariale, da redigersi con periodicità almeno triennale”* (art. 6, comma 1, della proposta).

Bisogna, tuttavia, essere avvertiti che la mancata predeterminazione da parte della legge di principi e limiti relativi al potere regolamentare delle Casse in materia di contributi e prestazioni non significa totale sottrazione dei provvedimenti adottati al sindacato giudiziario.

Infatti, la giurisprudenza, pur riconoscendo che la previdenza dei liberi professionisti ha formato oggetto di *“una sostanziale delegificazione”*, *“affidata dalla legge alla autonomia degli enti previdenziali privatizzati”*, ha già avuto modo di evidenziare che gli atti di delegificazione adottati dagli enti sono soggetti non solo ai limiti posti dalla legge all’autonomia degli enti, ma anche al rispetto dei principi costituzionali, la cui eventuale violazione può determinare la *“caducazione degli atti medesimi (artt. 1418 e 1324 c.c.), per contrasto con norme imperative”* (cfr. Cass. n. 24202 del 2002; interpretazione, questa, cui mostra di aderire anche Corte Cost. n. 254 del 2016).

Ed anzi, potrebbe anche essere prospettato il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge stessa *“per avere, in ipotesi, posto principi incostituzionali o per avere omissso di porre principi in materie che costituzionalmente li richiedono”* (così, ancora, Corte cost. n. 254 del 2016 appena citata).

4. Segue: le norme di finanza pubblica

Il secondo indirizzo degli interventi legislativi, sul quale vorrei soffermarmi, è quello relativo alle numerose disposizioni di finanza pubblica, che hanno fatto seguito all’inserimento delle Casse nell’elenco degli enti che compongono il settore della Pubblica Amministrazione allargata, predisposto dall’ISTAT.

Da tale inserimento, infatti, è stata fatta derivare l'applicazione anche alle Casse di numerosi provvedimenti di legge volti a tenere sotto controllo o a ridurre il livello di spesa dell'intero settore (anche se non sono mancate specifiche disposizioni che hanno differenziato le Casse all'interno del settore stesso).

Com'è noto, il contenzioso giudiziario sull'inserimento nell'elenco ISTAT si è concluso nel senso della legittimità. La sentenza del Consiglio di Stato del 2012, almeno nelle sue motivazioni, suscita più di qualche perplessità. Basti pensare all'affermazione secondo cui le Casse sarebbero finanziate dallo Stato perché godrebbero degli sgravi e della fiscalizzazione degli oneri sociali.

Ma, a parte queste perplessità, è necessario tenere presente che la legittimità dell'inserimento non implica di per sé la legittimità e la necessità dell'applicazione alle Casse delle singole disposizioni di finanza pubblica dettate per la Pubblica Amministrazione, e di ciascuna di esse.

In linea di principio, la legge può definire di volta in volta in modo diverso il campo di applicazione di discipline aventi diverso oggetto. E questo è quanto di fatto avviene spesso, forse troppo spesso, anche in relazione a materie tra loro in qualche modo collegate, dando talvolta vita a un groviglio di norme che si sovrappongono tra loro. Basti pensare alle disposizioni in materia di appalti pubblici, di anticorruzione, di trasparenza e di diritto di accesso alla documentazione, che, tra loro, hanno presentato nel tempo significativi differenti ambiti di applicazione soggettiva.

Ora, la disposizione che affida all'ISTAT il compito di predisporre l'elenco degli enti che compongono il settore pubblico allargato è volta ad attuare una disposizione di fonte comunitaria che ha funzioni classificatorie ed è finalizzata al monitoraggio della convergenza economica ed al conseguimento di uno stretto coordinamento delle politiche finanziarie europee.

Di conseguenza, i criteri che l'ISTAT è tenuto ad osservare sono anch'essi di derivazione comunitaria. Quindi, in tutti i contesti nei quali i criteri comunitari non sono vincolanti per il legislatore nazionale, è evidente che quest'ultimo può riappropriarsi per intero della sua discrezionalità. E, di conseguenza, non solo non è tenuto a presupporre una generale equiparazione

tra enti pubblici e enti privati di previdenza obbligatoria, ma, anzi, è tenuto a tenere in debita considerazione le differenze che intercorrono tra quelle diverse categorie di enti.

Il che risulta chiaramente attestato dalla sentenza della Corte costituzionale (n. 7 del 2017) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 8, comma 3, del d. l. n. 95 del 2012, nella parte in cui pretende di far derivare dall'inserimento nell'elenco ISTAT l'obbligo delle Casse di riversare allo Stato le somme derivanti dalle riduzioni di spesa previste dalla norma stessa. Illegittimità che è stata motivata proprio con la considerazione che l'imposizione di tale obbligo *“non è conforme né al canone della ragionevolezza, né alla tutela dei diritti degli iscritti alla Cassa, garantita dall'art. 38 Cost.”*.

È vero che dalla sentenza della Corte emergono ancora preoccupanti affermazioni in merito alla natura delle Casse. Basti pensare all'affermazione che individua un contrasto della norma impugnata anche con l'art. 97 Cost. Affermazione che presuppone la qualificazione di tali enti in termini di Pubblica Amministrazione, così non tenendo conto che la definizione del settore pubblico allargato operata a fini economico-finanziari non impone, né presuppone, la qualificazione come Pubblica Amministrazione agli altri fini previsti dall'ordinamento. Né può sfuggire l'ulteriore, erronea affermazione secondo cui le prestazioni pensionistiche degli iscritti alle Casse sarebbero calcolate in base al sistema della capitalizzazione.

Tuttavia, per ciò che più rileva ai nostri fini, appare significativo e condivisibile il *leit-motiv* della sentenza, la quale, in più parti, evidenzia come i principi mutualistici che caratterizzano le Casse dei professionisti, e la collegata esclusione della possibilità dell'intervento di finanziamenti pubblici e della solidarietà dell'intera collettività organizzata nello Stato, non giustificano la imposizione di prelievi strutturali e continuativi nei loro confronti. Imposizione che, derogando all'ordinario regime di autonomia delle Casse, altererebbe il vincolo funzionale tra contributi degli iscritti ed erogazione delle prestazioni previdenziali. Opportunamente, infatti, la Corte evidenzia che «se in Costituzione non esiste un vincolo a realizzare un assetto organizzativo autonomo basato sul principio mutualistico, occorre

tuttavia evidenziare che, una volta scelta tale soluzione, il relativo assetto organizzativo e finanziario deve essere preservato in modo coerente con l'assunto dell'autosufficienza economica, dell'equilibrio della gestione e del vincolo di destinazione tra contributi e prestazioni».

Ed anzi, sia pure tra le righe, sembra che la Corte abbia in qualche modo voluto anche esprimere un giudizio positivo di valore sul sistema delle Casse dei professionisti, anche di tipo comparativo rispetto ad altri sistemi consentiti dai principi costituzionali. Così, infatti, sembra potere essere considerata l'affermazione secondo la quale «considerate le complesse problematiche alla base della deficienza strutturale dei meccanismi di finanziamento della previdenza dei dipendenti pubblici, l'alternativo sistema, voluto dal legislatore per gli enti privatizzati in un periodo ormai risalente, merita di essere preservato da meccanismi – quali il prelievo a regime in esame – in grado di scalfirne gli assunti di base. Ciò anche in considerazione del fatto che detti assunti ne hanno, comunque, garantito la sopravvivenza senza interventi di parte pubblica per un ragguardevole periodo di tempo».

In coerenza con tale giurisprudenza costituzionale, si muove, peraltro, la proposta di Testo Unico di cui si è detto, la quale nella sostanza intende contrastare ed invertire il processo in atto di “*ripubblicizzazione*” delle Casse previdenziali private. Obiettivo che la proposta persegue non solo mediante la riaffermazione di principio della natura privata delle Casse stesse, ma anche introducendo un esplicito principio di separazione del comparto della previdenza privata da quello della previdenza e della finanza pubblica: in particolare, sancisce «il principio della non applicabilità della normativa relativa agli enti pubblici agli enti previdenziali privati, fatta salva l'applicazione delle norme in tema di controlli, vigilanza e risoluzione delle situazioni di crisi economico-finanziaria, finalizzate a garantire, nell'interesse primario degli iscritti, la trasparenza gestionale, la solidità finanziaria e la solvibilità degli stessi».

Leonardo Carbone*

La previdenza forense dopo le recenti riforme legislative e regolamentari

SOMMARIO: 1. Gli interventi legislativi e regolamentari per garantire gli equilibri di gestione – 2. Gli interventi su contributi e prestazioni – 3. Sostenibilità finanziaria a 50 anni – 4. Gli interventi sull'accesso alla previdenza forense – 5. La nuova disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali forensi – 6. La nuova assistenza

1. Gli interventi legislativi e regolamentari per garantire gli equilibri di gestione

In un momento in cui particolarmente acceso è il dibattito sui problemi del sistema previdenziale dell'assicurazione generale obbligatoria, anche i problemi più specifici della previdenza forense richiedono un riflessione, alla luce della linea di politica legislativa (e regolamentare) intervenuta, sempre tesa alla necessità di garantire, per le future generazioni, sia gli equilibri finanziari (e gestionali) dell'ente, che le prestazioni. Infatti, la collocazione “costituzionale” (art.38 Cost) della previdenza forense impone che quest'ultima garantisca anche per il futuro l'obiettivo dell'equità sia nei rapporti intergenerazionali, che in quelli intragenerazionali.

A seguito del d.lgs. n.509 del '94, che ha reso di natura essenzialmente privatistica la posizione assicurativa dell'avvocato, vi è stata una particolare attenzione del legislatore alla Cassa fo-

* Avvocato e già docente della Scuola di Specializzazione.

rense, al fine di garantire, per le future generazioni, sia gli equilibri finanziari e gestionali, che l'erogazione delle prestazioni.

Le norme che hanno interessato la “sistemazione” della previdenza forense sono numerose: d.lgs. 30.6.1994 n. 509, che ha consentito la privatizzazione della cassa; l. 5.3.1990 n. 45, relativa alla ricongiunzione delle posizioni assicurative per i professionisti; l. 8.8.1995 n. 335, di riforma del sistema previdenziale in generale; art.1, comma 763, l. n. 296 del 2006, norma che ha imposto agli enti previdenziali categoriali di assicurare la stabilità finanziaria per un periodo di almeno trenta anni; art. 24, comma 24, d. l. n. 201 del 2011, conv. in l. n. 214 del 2011, norma che ha imposto una sostenibilità finanziaria a 50 anni; art. 1, comma 438, l. n. 147 del 2013, che ha “interpretato” l’art. 1, comma 763, l. n. 296 del 2006, e la sentenza della Cassazione a sezioni unite 8 settembre 2015 n. 17742, che ha compiutamente definito i termini applicativi del *pro rata temporis* con riferimento alla evoluzione della sua espressione normativa, affermando che «per i trattamenti pensionistici maturati a partire dal 1 gennaio 2007 trova applicazione la l. n. 335 del 1995, art. 3, comma 12, nella formulazione introdotta dal citato art. 1, comma 763, l. n. 296 del 2006, che prevede che gli enti previdenziali suddetti emettano delibere che mirano alla salvaguardia dell’equilibrio finanziario di lungo termine, “avendo presente” – e non più rispettando in modo assoluto – il principio del *pro rata* in relazione alle anzianità già maturate rispetto alla introduzione delle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti e comunque tenendo conto dei criteri di gradualità e di equità fra generazioni, con espressa salvezza degli atti e delle deliberazioni in materia previdenziale già adottati dagli enti medesimi ed approvati dai Ministeri vigilanti prima della data di entrata in vigore della l. n. 296 del 2006».

Con la riferita normativa e dopo la citata sentenza della Cassazione, certamente la Cassa forense ha strumenti più efficaci e maggiore libertà per salvaguardare l’equilibrio finanziario.

Per evitare squilibri gestionali della Cassa forense, le normative che si sono succedute nel tempo hanno progressivamente ampliato le proiezioni di stabilità: si è passati dai tre anni previsti dall’art. 3 del d.lgs. n. 509 del 1994, ai 15 anni pre-

visti dall'art.3, comma 12, della l. n. 335 del 1995, ai 30 anni dell'art.1, comma 763, l. n. 296 del 2006, per finire ai 50 anni previsti dall'art. 24, comma 24, d. l. n. 201 del 2011, conv. in l. n. 214 del 2011.

Ulteriore strumento per garantire gli equilibri di gestione è stato l'ampliamento della base pensionabile, ampliamento che si è gradualmente realizzato per arrivare all'attuale disciplina che prevede la base reddituale di riferimento per il calcolo della pensione a tutta la vita lavorativa (si è così passati dai migliori dieci redditi professionali conseguiti dall'iscritto negli ultimi 15 anni solari antecedenti al diritto a pensione, ai redditi di tutta la vita lavorativa).

Sempre per garantire bilanci equilibrati nel lungo periodo, si è fatto ricorso sia all'innalzamento graduale dell'età pensionabile, fissata (a partire dal 2021) in 70 anni di età, che ad un aumento graduale degli anni di contribuzione da versare alla Cassa, anni fissati in 35 anni (a partire dal 2021).

Sempre per le finalità innanzi riferite, è stata abrogata la normativa (art. 21, l. n. 576 dell'80) che prevedeva un rimborso generalizzato dei contributi non utilizzati, senza alcuna limitazione temporale e di età per ottenere il rimborso, con la possibilità di ottenere, in presenza di determinati requisiti, al compimento dell'età pensionabile (70 anni dal 2021), la corresponsione di un assegno vitalizio calcolato con il sistema contributivo, con esclusione però del minimo.

2. Gli interventi su contributi e prestazioni

Negli ultimi anni la previdenza forense è stata oggetto di rilevanti modifiche, sia sul versante dei contributi, che su quello delle prestazioni.

Per i contributi vi è stato l'aumento dell'aliquota del contributo integrativo (dal 2% al 4%), aumento che da provvisorio è divenuto poi definitivo, nonché dell'aliquota del contributo soggettivo, oltre che un aumento graduale dei contributi minimi (sia integrativo che soggettivo).

Per le prestazioni vi è stato un progressivo innalzamento dei requisiti minimi per l'accesso al pensionamento di vecchiaia da

65 a 70 anni di età, e da 30 a 35 anni di anzianità contributiva, nonché l'introduzione di una quota di pensione di vecchiaia aggiuntiva a quella di base (c.d. pensione modulare), determinata secondo il criterio di calcolo di tipo contributivo, e specifico finanziamento, inizialmente parte obbligatoria e parte facoltativa, ma ora solo contribuzione facoltativa, oltre alla riduzione, *pro rata*, dei coefficienti di rendimento utili per il calcolo della pensione retributiva, da quattro a due.

Novità rilevante è stata anche una nuova disciplina per il diritto alla pensione minima, mediante l'istituto dell'integrazione al minimo, collegata al reddito del soggetto interessato.

3. *Sostenibilità finanziaria a 50 anni*

Ulteriori interventi sulla previdenza forense sono conseguenti all'art.24, comma 24, del d. l. n. 201 del 2011, convertito nella l. n. 214 del 2011, norma che ha imposto alla Cassa forense (ma anche agli enti previdenziali categoriali) la sostenibilità finanziaria per un arco temporale non inferiore a 50 anni (rispetto ai 30 previsti dall'art.1, comma 763, l. n. 296 del 2006).

Tale norma ha "costretto" la Cassa forense ad intervenire con l'approvazione di modifiche ai regolamenti delle prestazioni e dei contributi, modifiche che dovrebbero garantire la sostenibilità del sistema previdenziale forense nell'arco dei prossimi 50 anni.

Infatti, per le prestazioni è stata prevista l'estensione della base reddituale di riferimento per il calcolo della pensione a tutta la vita lavorativa, ed introdotto un coefficiente di rendimento unico fissato nella misura dell'1,40%, con adeguamento automatico triennale di tale coefficiente alla speranza di vita della categoria degli iscritti.

Per i contributi è previsto un progressivo aumento del contributo soggettivo con un'aliquota sul reddito Irpef che passa al 14% dal 2013, al 14,5% dal 2017, al 15% dal 2021, nonché il consolidamento definitivo dell'aliquota del 4% del contributo integrativo, e l'assorbimento della contribuzione modulare obbligatoria dell'1% in quella volontaria.

I riferiti interventi garantiranno una totale copertura finanziaria alle nuove pensioni; il ritocco alla contribuzione e le modifiche al sistema di calcolo delle prestazioni hanno riequilibrato il rapporto tra entrate e uscite previdenziali con un sistema che viene definito “retributivo sostenibile”. La realtà è che il sistema di calcolo delle pensioni erogate dalla Cassa forense è ormai sempre più vicino al sistema contributivo di cui alla l. n. 335 del 1995, “conservando” però livelli di solidarietà del sistema retributivo, con una redistribuzione interna al sistema a vantaggio di chi è stato meno fortunato nella professione, ed a carico di chi ha avuto maggiore fortuna.

4. *Gli interventi sull'accesso alla previdenza forense*

In ordine all'accesso alla previdenza forense, l'art.21, comma 8, della legge 31.12.2012 n. 247 ha innovato completamente la materia, “sostituendo” il previgente criterio dell'esercizio professionale continuativo (ancorato a limiti reddituali) con l'iscrizione all'albo professionale. Tale normativa statuisce, infatti, che “*L'iscrizione agli albi comporta la contestuale iscrizione alla cassa nazionale di previdenza e assistenza forense*”; in pratica, tutti gli iscritti agli albi sono iscritti alla Cassa, raggiungendo così l'uguaglianza numerica tra iscritti agli albi ed iscritti alla Cassa. È stato, così, eliminato il doppio binario del passato, che prevedeva, per gli avvocati, la “facoltà” di iscrizione al proprio ente previdenziale, che diveniva “obbligo” soltanto nel caso di raggiungimento di determinati limiti reddituali.

La disciplina di cui all'art. 21, comma 8, della l. n. 247 del 2012 ha, così, risolto per la previdenza forense la problematica della interazione fra ordinamento professionale e Cassa di previdenza, con la previsione di requisiti uniformi per l'accesso ad entrambi gli ordinamenti (previdenziale e professionale), anche se è diversa la *ratio* dei due ordinamenti.

Occorre, però, evidenziare che la nuova disciplina dettata dalla l. n. 247 del 2012 introduce il principio secondo cui la permanenza dell'iscrizione all'albo (e quindi alla Cassa forense) è subordinata all'esercizio effettivo, continuativo, abituale e prevalente della professione. L'accertamento di tali condizioni è

stato disciplinato da apposito regolamento del Ministero di giustizia (si veda, M. Bacci, *I requisiti per rimanere iscritti all'albo degli avvocati*, in «Previdenza forense», 1, 60, 2016).

Altra novità in materia di accesso alla previdenza forense introdotta dalla l. n. 247 del 2012 è l'iscrizione "esclusiva" alla Cassa forense.

Infatti, l'art. 21, comma 10 della l. n. 247 del 2012 statuisce espressamente che "*Non è ammessa l'iscrizione ad alcuna altra forma di previdenza se non su base volontaria e non alternativa alla cassa nazionale di previdenza e assistenza forense*", risolvendo, così, in senso favorevole alla Cassa forense la problematica della iscrizione alla gestione separata Inps per gli avvocati che – almeno fino ad oggi –, non raggiungendo i requisiti reddituali per l'iscrizione alla Cassa forense, optavano (o erano obbligatoriamente cooptati) per l'iscrizione alla gestione separata Inps.

Ne consegue, quindi, che, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 247 del 2012, gli avvocati iscritti agli albi non dovranno più iscriversi alla gestione separata Inps né pagare a tale gestione alcuna somma: la Cassa forense è ormai l'unico Ente a gestire la previdenza degli avvocati. Con tale disciplina è stato "rafforzato" per gli avvocati il diritto garantito dall'art. 38 della Costituzione ad avere un trattamento previdenziale rapportato a tutta l'attività lavorativa.

Le problematiche poste dall'art. 21, comma 8, della l. n. 247 del 2012 (soprattutto la fase transitoria tra vecchia e nuova disciplina), sono state oggetto di apposito regolamento della Cassa (Regolamento di attuazione dell'art.1, commi 8 e 9, legge n. 247 del 2012).

A seguito della nuova disciplina di cui alla l. n. 247 del 2012 e del citato regolamento, non è più necessaria la domanda di iscrizione alla Cassa, in quanto sarà quest'ultima, ricevuta notizia da parte dell'ordine territoriale o dal Consiglio nazionale forense dell'avvenuta iscrizione del soggetto in un albo, ad inviare all'interessato la comunicazione di avvenuta iscrizione alla Cassa, con decorrenza giuridica dal 1° gennaio, indipendentemente dalla data di effettiva iscrizione all'Albo professionale.

Innovazioni in tema di iscrizione alla Cassa forense sono state introdotte anche per gli *avvocati che esercitano la professione*

all'estero e che sono residenti in Italia ed iscritti anche all'albo professionale (in Italia), nonché per gli *avvocati che esercitano anche altra professione*, prevedendo per questi ultimi, in quanto iscritti all'albo degli avvocati, l'obbligo di iscrizione alla Cassa forense anche se iscritti ad altra cassa (la previgente disciplina prevedeva la facoltà di opzione); nel caso in cui abbiano già esercitato regolare opzione per altra cassa professionale in data antecedente all'entrata in vigore della l. n. 247 del 2012 (e cioè prima del 1° febbraio 2013), i professionisti sono esonerati dalla iscrizione alla Cassa forense.

Nella nuova disciplina dell'iscrizione alla Cassa prevista dal menzionato regolamento della Cassa del 2014, novità sono state introdotte per gli *avvocati che svolgono funzioni di magistrati onorari*, prevedendo che gli avvocati iscritti agli albi forensi che svolgono anche funzioni di giudice di pace, di giudici onorari del Tribunale e di Sostituto Procuratore onorario di udienza sono obbligati al versamento della contribuzione alla Cassa forense sugli emolumenti percepiti per la "carica" ricoperta.

5. La nuova disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali forensi

La legge n. 247 del 2012 è intervenuta anche sulla prescrizione della contribuzione dovuta alla Cassa forense, risolvendo il dibattito dottrinale sulla applicazione o meno della disciplina di cui alla l. n. 335 del '95 anche alla previdenza forense.

Infatti, per la sola previdenza forense – ma non per le previdenze categoriali degli altri liberi professionisti – è intervenuto l'art. 66 della l. 31.12.2012 n. 247, il quale statuisce invece che *“la disciplina in materia di prescrizione dei contributi previdenziali di cui all'art.3 della legge 3 agosto 1995 n. 335 non si applica alle contribuzioni dovute alla cassa nazionale di previdenza e assistenza forense”*; tale norma ha in pratica ripristinato l'art. 19 della l. n. 576 del 1980, che fissa in dieci anni la durata della prescrizione, “annullando” l'orientamento giurisprudenziale consolidato, che aveva affermato l'applicabilità della prescrizione dettata dall'art. 3 della l. n. 335 del '95 alla Cassa forense.

In ordine all'ambito di operatività della riferita innovazione legislativa sulla prescrizione dei contributi dovuti alla cassa forense, si è affermato (Cass.18 marzo 2013 n. 6729, in Foro it., 2013, I, 1930 e nota di L. Carbone, *La nuova prescrizione dei contributi alla cassa forense*) che “nella norma non è reperibile alcun indice rivelatore dell'intenzione del legislatore di procedere ad una interpretazione autentica della disciplina del 1995, sicché la nuova normativa va applicata unicamente per il futuro nonché alle prescrizioni non ancora maturate secondo il regime precedente”.

6. *La nuova assistenza*

Il nuovo regolamento per l'erogazione dell'Assistenza degli avvocati, approvato dal Comitato dei delegati a gennaio 2015 e dal Ministero a settembre 2015, ha innovato la previgente disciplina assistenziale forense, operando una distinzione tra le diverse tipologie delle prestazioni assistenziali, prevedendo erogazioni “in caso di bisogno individuale”, e prestazioni a sostegno della “famiglia, della salute e della professione”.

Il nuovo regolamento consentirà alla Cassa forense di dare una concreta risposta ai bisogni di *welfare* della categoria forense, con misure appropriate ai singoli casi concreti.

Giuseppe Sigillò Massara*

I fondi di solidarietà bilaterali: natura e regime delle prestazioni**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fondi di solidarietà – 2.1 *Segue*. Il cambio di paradigma – 3. Le prestazioni necessitate erogate dai fondi di solidarietà bilaterali – 3.1 *Segue*. E quelle erogate dai fondi alternativi e dal Fondo di Integrazione Salariale – 4. Le prestazioni eventuali: l’assegno straordinario di accompagnamento alla pensione – 5. Il finanziamento dei programmi formativi e di riconversione o riqualificazione professionale: il tassello mancante – 6. Possibili conclusioni e prospettive di sistema

1. Premessa

Che il sistema di *welfare* italiano si sia evoluto secondo linee che – per quanto equivoche e a volte contraddittorie, anche ben prima della lettura di “norma aperta” che la Corte costituzionale ha dato dell’art. 38, Cost.¹ – si ispirano largamente al modello delle assicurazioni sociali è opinione assai diffusa e condivisa².

* Professore Aggregato di Diritto del lavoro, Link Campus University di Roma.

** Il saggio rappresenta la rielaborazione dell’intervento al Convegno “Il sostegno del reddito dei lavoratori fra iniziativa pubblica e privata - I fondi di solidarietà”, Università Europea di Roma, 25 maggio 2017.

¹ Particolarmente esplicita, in tema: Corte cost. 23 gennaio 1986, n. 31, in *Dir. lav.*, 1986, II, p. 314, nota G. Veneto, A. Coppola, *Legittimità costituzionale della diversità di trattamento minimo pensionistico tra lavoratori autonomi e subordinati*. In dottrina, M. Cinelli, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 71; M. Persiani, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1956-1986)*, Roma 1987, I, p. 85; sotto differente profilo, anche, R. Pessi, *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 513.

² E ciò, nonostante la altrettanto diffusa ricostruzione del sistema come un servizio pubblico unitario rivolto alla tutela di tutti i cittadini, lavoratori e non, che

Parimenti condiviso è il convincimento che sia possibile identificare, quali tratti di fondo dello Stato sociale “all’italiana”³, lo sbilanciamento della spesa sociale verso la tutela pensionistica e il correlato *deficit* di protezione verso quei bisogni sociali emergenti durante il rapporto di lavoro e, ancor di più, nei confronti del contrasto alla povertà e all’emarginazione, mancando, pressoché totalmente⁴, una rete universale di protezione sociale a tutela degli inoccupati⁵.

afferma l’assenza di una dicotomia tra previdenza e assistenza nei primi due commi della citata disposizione costituzionale; cfr. M. Persiani, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 1960; Id., *Commento all’art. 38*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1979, p. 237. *Amplius*, V. Simi, *Il Pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1986, p. 17; P. Olivelli, *La Costituzione e la sicurezza sociale. I principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 81.

³ U. Ascoli (a cura di), *Welfare state all’italiana*, Roma-Bari, Laterza, 1984; più di recente, L. Di Nucci, *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell’Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁴ Con la eccezione della misura di Sostegno all’Inclusione Attiva (SIA) avviata nell’ultimo periodo con il Piano nazionale di contrasto alla povertà (art. 1, co. 386 e 387, legge n. 208/2015, d.m. 26 maggio 2016), che in futuro dovrebbe condurre all’introduzione di una forma di “reddito di inclusione”, in ottemperanza alle sollecitazioni europee nell’ambito della strategia EU 2020. Cfr. M. Cinelli, C.A. Nicolini, *Il referendum sulla riforma costituzionale. Il distacco dei lavoratori in ambito comunitario. La “nuova” organizzazione dell’ispettorato nazionale del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, III, p. 295.

⁵ M. Revelli, *Poveri noi*, Torino, Einaudi, 2010; C. Saraceno, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, Feltrinelli, 2015; G. Bronzini, *Il reddito minimo garantito e la riforma degli ammortizzatori sociali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 270/2015; V. Ferrante (a cura di), *A proposito del disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 447; G. Gentile, C. Avolio, A. Baldassarre, *L’esperienza del Reddito di Cittadinanza: welfare locale, strumenti partecipativi e politiche di inclusione sociale*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, p. 333; L. Zoppoli, *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali*, ivi, 2007, p. 75; M.A. Pugliese, *Diritti sociali e reddito minimo nella lotta alla povertà ed all’esclusione tra ordinamento sovranazionale e politiche socio-assistenziali nazionali e regionali*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2005, I, p. 785; S. Giubboni, *L’incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all’esclusione in Italia*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 563. Fa, peraltro, parziale eccezione la strumentazione di lotta alla povertà e inclusione sociale, avviata nell’ultimo periodo con il Piano nazionale di contrasto alla povertà (art. 1, co. 386 e 387, legge n. 208/2015), con l’introduzione di una misura di Sostegno all’Inclusione Attiva (SIA, che in futuro dovrebbe condurre all’introduzione di una forma di “reddito di inclusione”), in ottemperanza alle sollecitazioni europee nell’ambito della strategia EU 2020.

Le riforme succedutesi nell'ultimo ventennio sono fondamentalmente confermate di tali indirizzi, ai quali, peraltro, sin dall'avvio degli anni '90 si è aggiunto l'ulteriore obiettivo, prima, di stabilizzazione della spesa previdenziale (e in specie di quella pensionistica) rispetto al prodotto interno lordo (l. n. 335 del 1995⁶), quindi, di compartecipazione del *welfare state* al contenimento delle dinamiche di spesa, esasperate dall'esplosione della crisi economico-finanziaria, che ha condizionato il correlato obiettivo di ricalibratura e distribuzione delle tutele in una logica sottrattiva⁷, che ha largamente ampliato l'ambito di discrezionalità del legislatore nel riconoscimento del *quantum* e dell'*an* delle prestazioni (anche) previdenziali⁸.

Sotto questo profilo, dunque, si è assistito a una sorta di "precarizzazione" dei diritti soggettivi previdenziali⁹, sempre più condizionati alla discrezionalità (di bilancio) del legislatore – particolarmente evidente nella drammatica vicenda degli "esodati/salvaguardati" (e non)¹⁰ e in quella degli ammortizza-

⁶ M. Cinelli, *Lineamenti generali della riforma previdenziale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 53; G.G. Balandi, *La riforma del sistema pensionistico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 143; R. Pessi, *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, Cedam, 1995; M. Cinelli, M. Persiani (a cura di), *Commentario alla riforma previdenziale. Dalle leggi «Amato» alla finanziaria 1995*, Milano, Giuffrè, 1995; M. Persiani, *Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico*, in *Arg. dir. lav.*, 1996, p. 53; C. Cester, *Il quadro giuridico: principi e tendenze*, in C. Cester (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 22; G.G. Balandi, *Diritti sociali e riforma dello Stato sociale*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 53.

⁷ M. Ferrera, V. Fargion, M. Jessoula, *Alle origini del welfare all'italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato*, Venezia, Marsilio, 2012.

⁸ M. D'Onghia, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Bari, Cacucci, 2013; G.G. Balandi, *Presentazione. Dalla assistenza alla previdenza, e ritorno?*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 319, e in generale i contributi presenti nello stesso volume; W. Chiaromonte, S. Giubboni, *Cittadinanza amministrativa e previdenza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, p. 701; G. Prosperetti, *Categorie giuridiche, lavoro, welfare: l'evoluzione degli istituti giuridici*, in *Arg. dir. lav.*, p. 301.

⁹ R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2014, 164. Cfr. anche le ampie considerazioni di M. Persiani, *Crisi economica e crisi del "Welfare State"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 641.

¹⁰ Per cui si rinvia a M. Cinelli, D. Garofalo, G. Tucci "Esodati", "salvaguardati", "esclusi" nella riforma pensionistica Monti-Fornero, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 337.

tori sociali in deroga¹¹ – e a una marcata verifica in ordine alla sussistenza dell’effettivo stato di bisogno¹².

2. I fondi di solidarietà

Peraltro, all’arretramento del modello di *welfare* baricentrato sulla responsabilità pubblica, a partire dalla metà degli anni ’90, ha fatto seguito l’utilizzo sempre maggiore di risorse private per il conseguimento di finalità pubblicistiche di garanzia di mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori: la funzionalizzazione della previdenza complementare a quella obbligatoria¹³, (in certa misura) la privatizzazione delle casse libero professionali¹⁴, l’enfasi e l’incentivazione delle forme di *welfare* contrattuale e negoziale in genere¹⁵ esprimono senza dubbio una tendenza

¹¹ M. Miscione, *Gli ammortizzatori sociali in deroga decentrati (federalismo previdenziale)*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 545; G. Moro, *Per una critica agli ammortizzatori sociali dell’emergenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, p. 427; R. Pessi, *Gli ammortizzatori in deroga: persistenza o fine del modello assicurativo?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 325; M. Tiraboschi, *L’evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 331; M. Pallini, *Sono compatibili gli ammortizzatori sociali “in deroga” con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, II, p. 353.

¹² S. Sciarra, *Prove di razionalità per il diritto del lavoro della crisi*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 11.

¹³ Per tutte, Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Giur. cost.* 2000, p. 2757. In dottrina, P. Sandulli, *Previdenza complementare*, in *Digesto IV, Dig. disc. priv., sez. comm.*, XI, torino, UTET, 1996, p. 243; M. Cinelli, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 523; R. Pessi, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *Mass. giur. lav.*, p. 484; S. Giubboni, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT-62/2007; F. Carinci, G. Zampini, *La previdenza complementare. Uno sguardo di sintesi a vent’anni dal d.lg. 124/1993*, in *Lav. giur.*, 2013, p. 437.

¹⁴ Su cui P. Pontrandolfi, *La privatizzazione degli enti di previdenza dei liberi professionisti*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 365; L. Carbone, *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, Torino, UTET, 1998.

¹⁵ G. Canavesi, *Dialogo sul welfare. Intorno al volume La sfida del cambiamento*, Fondazione per la Sussidiarietà, Milano, 2014; B. Caruso, “The bright side of the moon”: politiche del lavoro personalizzate e promozione del “welfare” occupazionale, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 177; A. Costa, *Le agevolazioni fiscali in materia di lavoro nelle due leggi di stabilità del governo Renzi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 343; F. Alacevich, “Welfare” territoriale nel distretto pratese: un gioco “a somma positiva”?, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 143; R. Pessi, *L’accordo sul modello di “welfare” aziendale nel distretto industriale pratese: l’avvio di una possibile experien-*

ordinamentale, per quanto ambigua, sfaccettata, mutevole e varia, comunque inarrestabile, alla creazione di un sistema di *welfare mix*¹⁶ integrativo di esperienze pubbliche e private, non più limitato alle prestazioni di assistenza sociale e contrasto alla povertà, ma esteso alla tutela previdenziale rivolta ai lavoratori.

Ma in questo percorso sono forse i fondi di solidarietà bilaterali che rappresentano il punto “più alto” della tendenza legislativa all’attrazione e all’utilizzo di risorse private nel sistema di previdenza sociale¹⁷ al fine di garantire, anche nei settori esclusi dall’ambito di applicazione delle integrazioni salariali, mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori (art. 38 della Cost.) in caso di disoccupazione totale o parziale¹⁸, come è ben testimoniato dal ruolo assunto oltre venti anni fa¹⁹ e, poi, dalla centralità loro assegnata dalla legge n. 92 del 2012, prima, e dal d.lgs. n. 148 del 2015, poi, nell’universalizzazione delle tutele²⁰.

za di “welfare society”, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 133; E. Fagnani, *Dalla crisi del “welfare state” al “welfare” aziendale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, p. 159.

¹⁶ R. Pessi, *Il welfare mix: povertà ed esclusione sociale*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, p. 1097; Id., *Il “welfare mix” tra mercato globale e cittadinanza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, p. 503.

¹⁷ S. Renga, *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia e eteronomia*, Padova, Cedam, 2013; L. Venditti, *Gli ammortizzatori “privati”*, in E. Balletti, D. Garofalo (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, 2016, p. 255; S. Laforgia, *Gli ammortizzatori sociali di fonte collettiva: i fondi di solidarietà*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, Cacucci, 2013, p. 578; M. Squeglia, *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 628.

¹⁸ Secondo la classica tassonomia proposta da M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2014, p. 318.

¹⁹ La prima menzione dei fondi, in chiave sperimentale, risale infatti al lontano 1996 (art. 2, comma 28, della legge n. 662); sebbene, poi, gli stessi siano stati effettivamente istituiti e costituiti solo alcuni anni dopo. V., tra i primi commentatori, P. Lambertucci, *La disciplina delle eccedenze di personale tre legge e contrattazione collettiva: prime riflessioni sull’art. 2, ventottesimo comma, Legge 23 dicembre 1996, n. 662*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 261; S. Ceconi-A. Niccolai, *La gestione degli esuberanti nel settore del credito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 13; C. Lagala, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà. Percorsi nel sistema pensionistico e degli ammortizzatori sociali*, Bari, Cacucci, 2001. Sia consentito anche un rinvio a G. Sigillò Massara, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, Cedam, 2008.

²⁰ S. Giubboni, *I fondi bilaterali di solidarietà nel prisma della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2014, p. 715; S. Renga, *La “riforma” degli ammortizzatori sociali*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 621; D. Garofalo, *Gli ammortizzatori sociali*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*

2.1 Segue. *Il cambio di paradigma*

Rispetto al disegno del 1996, tuttavia, il nuovo assetto delle prestazioni garantite dai fondi di solidarietà evidenzia un ribaltamento di prospettiva.

All'epoca, infatti, il compito principale (e a volte unico) dei fondi in parola era quello di gestione (non traumatica) degli esuberanti per mezzo del riconoscimento di un assegno – denominato “straordinario”, ma di fatto prestazione ordinaria – erogato a favore dei lavoratori prossimi alla pensione, cui si accompagnava l'accreditamento di una contribuzione correlata, utile al conseguimento, al termine del periodo di fruizione dell'assegno, della prestazione pensionistica.

Viceversa, le riforme del triennio 2012-2015 hanno operato una inversione di tendenza, baricentrando le finalità dei fondi di solidarietà sulle prestazioni ordinarie di integrazione del reddito dei lavoratori sospesi o in riduzione oraria, nelle stesse ipotesi in cui sono concesse la cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria²¹, e relegando alla mera eventualità la presenza di strumenti di “prepensionamento” dei dipendenti anziani²², ol-

(legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012), Milano, Ipsosa, 2012, p. 172; M. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro. A proposito degli artt. 2-4, della legge n. 92/2012*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 227; A. Di Stasi, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 49; F. Santoni, *Ammortizzatori in deroga e canale bilaterale*, in M. Magnani, M. Napoli (a cura di), *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, Jovene, 2011, p. 1259.

²¹ G. Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 143/2012, p. 7; A. Tursi, *I fondi di solidarietà bilaterali*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 483.

²² In questa prospettiva, forse, ha inciso sull'assetto del sistema dei fondi di solidarietà anche lo “shock pensionistico” derivante dal repentino incremento dell'età pensionabile (e del requisito contributivo per la pensione anticipata); nonché, eventualmente, suggerendo l'adozione di criteri di selezione dei lavoratori beneficiari prudenziali rispetto ai possibili futuri incrementi automatici connessi alle variazioni dell'attesa di vita conseguente alle coeve riforme pensionistiche (tra cui, in particolare, l'art. 24, d. l. n. 201 del 2011). V. M. Cinelli, *Il welfare tra risparmio e razionalizzazione. Gli interventi di riforma 2011-2012 su pensioni e ammortizzatori sociali*, in Cinelli, Ferraro, Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 393; P. Sandulli, *Le pensioni fra manovre reiterate ed effetti imprevisi*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Roma, Treccani, 2015; A. Andreoni, *Le pensioni nel passo del*

tre a quelle destinate a favorire la formazione e riqualificazione professionale²³.

Quelle che, infatti, erano prestazioni del tutto eventuali (le integrazioni salariali) – tanto da non essere neppure contemplate da alcuni dei fondi di solidarietà allora istituiti²⁴ – infatti, nel quadro degli interventi del *Jobs Act*, divengono tutele (costituzionalmente) necessitate.

Il cambio di paradigma diviene, così, evidente: i fondi bilaterali di solidarietà, da strumento categoriale ed eventuale, si trasformano in elemento strutturale del sistema previdenziale, tanto da costituire “gestioni dell’Inps”, assumendo l’obiettivo esplicito di garanzia di mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori nelle ipotesi di sospensione o riduzione dell’attività di lavoro.

Si potrebbe, per questa via, ipotizzare che il modello costituzionale di cui all’art. 38, comma 2, Cost., vada così ad arricchirsi di un ulteriore evento protetto, pur non espressamente contemplato dalla norma richiamata: vale a dire, l’ipotesi di disoccupazione “parziale”²⁵ in costanza di rapporto di lavoro, la cui tutela è assicurata in chiave universale (salve le micro imprese con meno di 6 dipendenti) per mezzo del Fondo di Integrazione Salariale istituito presso l’Inps.

E il modello per il legislatore non può che essere quello della cassa integrazione guadagni, per la quale erano, invero, già state esplorate (in via sperimentale) soluzioni estensive di applicazione,

gambero, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 237; V. Ferrante, *Dal governo dei “tecnici” a quello “delle larghe intese”: come cambia il sistema previdenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 197.

²³ Tursi, *I fondi di solidarietà bilaterali*, cit., p. 505; E. Carminati, L. Casano, M. Tiraboschi, *L’intervento sui fondi interprofessionali per la formazione continua. I nuovi fondi di solidarietà*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 384.

²⁴ In tal senso, ad esempio, il regolamento del Fondo di solidarietà per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato (d.m. n. 88/2002) non prevedeva altre prestazioni se non quella a sostegno dei lavoratori espulsi dal ciclo produttivo.

²⁵ Secondo la nota formula proposta da M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 1988, p. 224.

sia operando sul campo di applicazione²⁶, che attraverso l'utilizzo (indiscriminato) degli ammortizzatori in deroga²⁷.

3. *Le prestazioni necessitate erogate dai fondi di solidarietà bilaterali*

In questo senso, nel solco di quanto già fatto dalla riforma Fornero del 2012, il d.lgs. n. 148 del 2015 si preoccupa di tipizzare in maniera stringente le prestazioni dei fondi di solidarietà necessitate, prevedendo (art. 26) che gli stessi debbano «assicurare ai lavoratori una tutela in costanza di rapporto di lavoro nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per le cause previste» dalla normativa in tema di integrazione salariale contenuta nel Titolo I dello stesso d.lgs. n. 148.

Ne risulta una accresciuta funzionalizzazione del sistema dei fondi bilaterali al sistema di previdenza pubblico, del quale, o, meglio, rispetto all'assenza del quale, i predetti fondi acquistano carattere sostitutivo. Il modello costituzionale, in definitiva, continua ad essere quello della previdenza complementare²⁸, qui, peraltro, declinato in chiave sostitutiva, e non integrativa della tutela pubblica, in modo analogo a quanto avvenuto nel remoto passato in riferimento ai regimi speciali dell'a.g.o., alcuni dei quali – quelli esonerativi – gestiti direttamente dalle aziende datrici di lavoro²⁹.

²⁶ Emblematico, in tal senso, è il caso delle imprese commerciali, per le quali l'integrazione salariale era stata disposta con il limite dimensionale dei 200 addetti (legge n. 223/1991), salvo poi abbattere quella quota a 50, appunto, in via sperimentale nel 1993 (d. l. n. 148), rinnovando da allora la sperimentazione ogni anno, sì da rendere strutturale il cambiamento di ambito di applicazione, sino alla legge n. 92/2012, che, appunto, ha “strutturalizzato” la nuova soglia dimensionale.

²⁷ Rifinanziati, in ultimo, dall'art. 33, commi 21 e 22, legge n. 183/2011, e quindi, per il solo periodo 2013-2016, dalla l. n. 92/2012. Cfr. D. Garofalo, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, Ipsoa, 2010.

²⁸ *Ex multis*, Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Giur. cost.* 2000, p. 2757. Evoca le correlazioni anche con l'esperienza dei fondi paritetici interprofessionali (art. 118, legge n. 388/2000; art. 48, legge n. 289/2002; art. 1, comma 151, legge n. 311/2004), di cui i fondi di solidarietà condividono talune funzioni tanto da determinarne una sorta di confluenza, Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 10, nota 16.

²⁹ E. Ghera, *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *Dir. lav.*, 1988,

Per i fondi di solidarietà costituiti presso l'Inps (c.d. "fondi inspizzati"³⁰), nonché, il Fondo territoriale intersettoriale delle Province autonome di Trento e di Bolzano di cui all'art. 40, d.lgs. n. 148 del 2015 (che, in riferimento alle prestazioni, richiama il precedente art. 26, appunto, sui fondi inspizzati), la legge non si limita a individuare le causali integrabili che consentono l'attivazione delle prestazioni necessitate, ma identifica anche la misura e la durata dell'integrazione (art. 30, d.lgs. n. 148 del 2015), rinviando alle norme dettate in tema di cassa integrazione guadagni, dichiarate applicabili, salva differente espressa previsione³¹, che diviene elemento essenziale e qualificante delle tutele assicurate³².

Andando con ordine, dunque, l'assegno ordinario di integrazione salariale è concesso a fronte di «situazioni aziendali dovute a eventi transitori e non imputabili all'impresa o ai dipendenti, incluse le intemperie stagionali» e «situazioni temporanee di mercato» (art. 11, d.lgs. n. 148 del 2015), nonché in caso di riorganizzazione aziendale, crisi (salve, a decorrere dal 2016, le

I, p. 115; P. Boer, *Per una revisione dei fondi speciali gestiti dall' INPS*, in *Riv. it. Prev. Soc.*, 1977, III, p. 225; Id., *Vera o falsa riforma dei fondi speciali di previdenza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1983, III, p. 149. Lo schema, altresì, ricorda la privatizzazione delle casse libero professionali della metà degli anni '90, con l'affidamento a enti privati del compito di garantire ai lavoratori mezzi adeguati alle loro esigenze di vita (art. 38, comma 2, Cost.).

³⁰ M. Faioli, M. Raitano, *I fondi bilaterali di solidarietà nel Jobs Act. Problemi giuridici e analisi economica*, Working Papers della Fondazione Giacomo Brodolini, 9, 2015; M. Faioli, *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, Cedam, 2016, p. 407.

³¹ In particolare, relativamente alle ipotesi di cumulabilità dell'assegno ordinario con altre attività di lavoro e/o con differenti prestazioni previdenziali, nonché agli obblighi di attivazione e comunicazione del percettore. Cfr. circolare Inps 16 dicembre 2015, n. 201.

³² S. Giubboni, P. Sandulli, *I fondi di solidarietà dalla legge n. 92/2012 al Jobs Act*, in R. Pessi, G. Sigillò Massara (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro. D.lgs. n. 22 del 4 marzo 2015 e nn. 148 e 150 del 14 settembre 2015*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 72-73, che ritengono, condivisibilmente, che «questa stretta coordinazione normativa delle prestazioni essenziali ... è del tutto coerente alla configurazione dell'attuale regime dei fondi di solidarietà come risultato del processo di espansione del regime principale dell'integrazione salariale».

ipotesi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda), ovvero di contratto di solidarietà³³ (art. 22, d.lgs. n. 148 del 2015).

Anche relativamente alla misura dell'integrazione "guidano" le regole proprie della cassa integrazione: sicché, l'assegno ordinario avrà un importo corrispondente (almeno) all'80% della retribuzione perduta a seguito della riduzione di orario di lavoro, entro i massimali (rivalutabili) individuati dall'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 148 del 2015. Peraltro, ferma questa base minima, è consentito all'autonomia collettiva istitutiva dei fondi di solidarietà incrementare il livello di tutela, al fine di adeguarlo alle specificità del relativo settore. In questo senso, deve segnalarsi anche la possibilità, ammessa dal legislatore delegato (ma già richiamata dalla legge n. 92 del 2012), che i settori coperti appartenenti al campo di applicazione della cassa integrazione ordinaria e straordinaria costituiscano propri fondi di solidarietà in chiave integrativa della tutela offerta dal sistema pubblico (art. 26, comma 10, d.lgs. n. 148 del 2015)³⁴.

Differentemente, per quanto concerne la durata della prestazione in parola, la legge pone dei limiti minimi e massimi, sempre *per relationem* paramentrandoli a quelli valevoli per le causali di attivazione della cassa integrazione guadagni, andando da un minimo di 13 settimane, ad un massimo di 24 mesi³⁵,

³³ Ancora una volta, la richiamata applicabilità delle regole proprie della cassa integrazione ordinaria e straordinaria condiziona il *quantum* di tutela riconoscibile: sicché, a titolo esemplificativo, in riferimento alle causali riorganizzazione e crisi aziendale, la sospensione non potrà superare l'80% delle ore integrabili; in riferimento al contratto di solidarietà, invece, la riduzione media oraria non potrà essere superiore al 60% dell'orario dei lavoratori interessati, ciascuno dei quali non potrà subire una riduzione superiore al 70% nell'arco dell'intero periodo di integrazione.

³⁴ Il legislatore, invero, ha probabilmente in mente le prestazioni non necessitate, vale a dire l'erogazione dell'assegno straordinario di accompagnamento alla pensione e il finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale. Tuttavia, sono ammessi anche fondi integrativi, in termini di importi e/o durata, delle prestazioni di disoccupazione e dei trattamenti di integrazione salariale. Di opinione contraria, invece, G. Leone, *I fondi di solidarietà nella terra di mezzo fra diritto privato e diritto pubblico*, in E. Balletti, D. Garofalo (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, 2016, p. 287, secondo cui in tal caso si realizzerebbe una duplicazione delle tutele.

³⁵ Più precisamente, in forza dei richiami operati dall'art. 30, d.lgs. n. 148/2015, la durata potrà al massimo essere pari a 52 settimane in un biennio mobile, laddove l'assegno sia attivato per far fronte a eventi oggettivamente non evitabili o situazioni temporanee di mercato (art. 12, relativo alla cassa integrazione ordinaria); 12 mesi,

prorogabili trimestralmente sino a raggiungere le 52 settimane nel biennio mobile³⁶.

Ai sensi dell'art. 34, d.lgs. n. 148 del 2015, per i periodi di erogazione dell'assegno ordinario (così come per quelli di riconoscimento dell'assegno di solidarietà), spetta, a favore dei percipienti, l'accreditamento della contribuzione correlata, valida ai fini del raggiungimento dei requisiti pensionistici e alla misura del relativo trattamento. La contribuzione è determinata sulla normale retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore, in caso di prestazione lavorativa, nel mese in cui si colloca la riduzione o sospensione dell'orario di lavoro, così come stabilito dall'art. 40, l. n. 183 del 2010³⁷.

3.1 Segue. *E quelle erogate dai fondi alternativi e dal Fondo di Integrazione Salariale*

Per quanto concerne i fondi bilaterali alternativi – *id est*, i fondi che, a norma dell'art. 27, d.lgs. n. 148 del 2015, possono essere costituiti per i settori dell'artigianato, della somministrazione – e la legge consente di scegliere tra la garanzia dell'assegno ordinario di integrazione, di cui è detto nelle pagine precedenti, ovvero l'assegno di solidarietà proprio del Fondo di Integrazione Salariale (*ex* Fondo residuale), anch'esso istituito presso l'Inps, ai sensi dell'art. 29.

anche continuativi, se attivato in relazione a crisi aziendale, e 24 mesi, se attivato in riferimento a processi di riorganizzazione o contratti di solidarietà (art. 21); sempre e comunque in riferimento a un quinquennio mobile per ciascuna unità produttiva, salvo l'eventualità di ricorso alla causale del contratto di solidarietà, di cui all'art. 21, c. 1, lett. c), che viene computata nella misura della metà (art. 4, comma 1; circolare Inps 12 febbraio 2016, n. 30).

³⁶ L'assegno deve essere richiesto non prima di 30 giorni dall'inizio della sospensione o riduzione dell'orario programmata e non oltre 15 giorni dall'inizio della stessa. In caso di tardività della domanda, il trattamento salariale è erogato solo a far data dalla settimana precedente la richiesta e i periodi non integrati sono coperti dall'azienda. Il pagamento delle integrazioni salariali è effettuato dall'impresa ai dipendenti aventi diritto e successivamente rimborsato o conguagliato dall'Inps. Cfr. S. Laforgia, *Gli ammortizzatori sociali di fonte collettiva*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, Cacucci, 2013, p. 581.

³⁷ Su cui, circolare Inps 24 gennaio 2013, n. 11.

Tale prestazione da ultimo evocata – l'unica attivabile per i datori di lavoro che occupano mediamente tra 6 e 15 dipendenti – trova la sua disciplina all'art. 31 del decreto delegato ed è subordinata alla conclusione di un contratto di solidarietà nella forma difensiva, stipulato durante una procedura di riduzione del personale. In questo caso, la relativa regolamentazione è modellata su quella propria dei contratti di solidarietà difensivi³⁸, sicché l'integrazione spetta – per un periodo massimo di 12 mesi in un biennio mobile – a condizione che la riduzione concordata non superi il 60% dell'orario aziendale e che per ciascun lavoratore sia limitata entro il 70%. Così come avviene in riferimento alla solidarietà difensiva, anche per l'assegno di solidarietà le eventuali “riespansioni” dell'orario di lavoro rispetto alle riduzioni concordate sono regolate dai contratti collettivi, e a esse consegue la riduzione della misura dell'integrazione corrisposta.

A completamento di quanto sopra, si rileva che il Fondo di Integrazione Salariale è tenuto a erogare, a favore dei datori di lavoro che mediamente occupano più di 15 dipendenti, anche l'assegno ordinario di integrazione salariale, al ricorrere delle relative causali. Valgono in merito le considerazioni espresse in precedenza, salvo dover precisare ulteriormente che – in ragione della sua natura pubblicistica e residuale³⁹ – manca del tutto qualunque forma di discrezionalità in ordine alla misura e alle modalità di tutela erogate dal Fondo⁴⁰.

L'erogazione delle prestazioni di cui sopra è sempre subordinata all'acquisizione di specifiche riserve tecniche e, comunque, nei limiti delle risorse già acquisite (art. 35, d.lgs. n. 148 del 2015). Nel silenzio del legislatore, molti si sono interrogati – invero, già con riferimento alle analoghe previsioni contenute

³⁸ Sui quali, da ultimo, G. Sandulli, *La Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria*, in Pessi, Sigillò Massara (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, cit., p. 27; Renga, *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia e eteronomia*, cit., p. 23.

³⁹ A. Ventura, *Il “Jobs Act” e la bilateralità perduta. dal Fondo di solidarietà residuale al Fondo di integrazione salariale*, in Balletti, Garofalo (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2*, cit., p. 318.

⁴⁰ Ciò, in particolare, si riflette in riferimento alla irriducibilità della durata massima dell'assegno ordinario, qui fissata in 26 settimane nel biennio mobile.

all'art. 3, comma 28, l. n. 92 del 2012⁴¹ – sulla compatibilità di tale regola rispetto al principio di automaticità delle prestazioni, che, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale, dovrebbe avere una portata generalizzata nel sistema di previdenza pubblico⁴². In proposito, pare potersi condividere l'opinione di quanti ritengono che gli obblighi di equilibrio finanziario imposti ai fondi di solidarietà non siano, in linea di principio, incompatibili rispetto alla regola di cui all'art. 2116 c.c., bensì ne limitino “soltanto” l'operatività alla provvista finanziaria accantonata, senza che, ai fini del riconoscimento delle prestazioni, rilevi la specifica situazione debitoria dell'azienda richiedente⁴³.

4. *Le prestazioni eventuali: l'assegno straordinario di accompagnamento alla pensione*

Per i soli fondi di solidarietà istituiti dall'autonomia collettiva individuati dall'art. 26, e per i fondi di solidarietà alternativi ex art. 27, è ammessa la possibilità di prevedere prestazioni straordinarie di accompagnamento alla pensione. Resta quindi esclusa la possibilità di garantire detta prestazione nel Fondo di Integrazione Salariale, in relazione al suo carattere di garanzia minima, limitata alla integrazione salariale.

Quella in commento – che rappresenta una tutela del tutto eventuale e comunque condizionata alla disponibilità dei settori interessati – è stata, almeno in passato, la prestazione che ha “dato la stura” al sistema dei fondi di solidarietà nell'ormai

⁴¹ Renga, *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia e eteronomia*, cit., p. 117; A. Di Stasi, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 43; Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 227; E. Gragnoli, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, Relazione al XVII Congresso Nazionale AIDLaSS *Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi*, Pisa, 7-9 giugno 2012, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 594-595.

⁴² Corte Costituzionale, 5 dicembre 1997, n. 374, in *Riv. giur. lav.* 1998, II, p. 390, nota di P. Boer.

⁴³ S. Giubboni, P. Sandulli, *I fondi di solidarietà dalla legge n. 92/2012 al Jobs Act*, cit., p. 76; Faioli, *fondi bilaterali di solidarietà nel Jobs Act*, cit., p. 33; ma già Tursi, *I fondi di solidarietà bilaterali*, cit., p. 475.

lontano 1996⁴⁴, allorquando, come anticipato in premessa, alcuni settori un tempo “protetti” si sono trovati a dover gestire importanti processi di esubero strutturale di personale.

Ciò è avvenuto per mezzo del riconoscimento di una tutela che si colloca(va) a cavallo tra una prestazione di prepensionamento e una mobilità lunga⁴⁵, e che assicura(va) ai destinatari un anticipo del trattamento pensionistico maturato dagli stessi al momento della risoluzione del rapporto di lavoro, e il versamento della contribuzione correlata, per un periodo tale da consentire il perfezionamento dei requisiti per il godimento della pensione a carico del regime previdenziale di appartenenza, ai lavoratori che – entro e non oltre il periodo massimo consentito di erogazione dei suddetti assegni – maturino i predetti requisiti.

Peraltro, il decreto n. 148 rimette largamente la disciplina degli assegni straordinari alle fonti istitutive collettive dei fondi di solidarietà, limitandosi a individuare una durata massima della prestazione in riferimento ai potenziali beneficiari (i lavoratori che, nei 5 anni successivi alla cessazione del rapporto, maturano il diritto a pensione anticipata o di vecchiaia⁴⁶); e che l'onere economico dell'assegno e della contribuzione correlata sia integralmente a carico del datore di lavoro che vi ricorre (art. 33, comma 3); non ponendo, viceversa, alcun limite alla misura dell'assegno (che, comunque, nell'esperienza pregressa si è allineata all'importo del trattamento pensionistico maturato.

Parimenti assente nella disciplina legale è qualunque riferimento alle procedure di accesso alla prestazione, sebbene i fondi esistenti abbiano subordinato il relativo riconoscimento

⁴⁴ Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 9.

⁴⁵ Tursi, *I fondi di solidarietà bilaterali*, cit., p. 490; E. Rocchini, *L'universalizzazione della tutela contro le disoccupazioni: ASpI e fondi di solidarietà*, in R. Pessi, G. Sigillò Massara (a cura di), *La riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Spunti di discussione*, Padova, Cedam, 2013, p. 237.

⁴⁶ Si veda, però, l'art. 12, d. l. n. 59/2016 (convertito in l. n. 119/2016), come modificato dall'art. 1, comma 234, l. n. 232/2016, che, in riferimento alla situazione emergenziale di alcuni istituti di credito, limitatamente al triennio 2017-2019, ha previsto la possibilità per il Fondo del credito di erogare assegni straordinari a favore dei lavoratori che maturano il diritto a pensione nei 7 anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro, ponendone il finanziamento, in parte, a carico della Gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali dell'Inps.

all'espletamento delle procedure contrattuali preventive e di legge previste per i processi che determinano la riduzione dei livelli occupazionali, da concludersi con un accordo sindacale.

5. Il finanziamento dei programmi formativi e di riconversione o riqualificazione professionale: il tassello mancante

Infine, i fondi bilaterali istituiti dalla contrattazione collettiva (art. 26, d.lgs. n. 148 del 2015) possono finanziare sia processi di riconversione, che di riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell'Unione Europea⁴⁷.

Anche in questo caso, la disciplina delle prestazioni è rimessa in modo preminente alle fonti istitutive contrattual collettive dei fondi di solidarietà, alle quali è demandato anche il compito di coordinare la parziale sovrapposizione tra questi e i fondi interprofessionali, da realizzarsi per mezzo della tecnica del co-finanziamento degli interventi, ovvero attraverso la confluenza del fondo interprofessionale in quello di solidarietà. In tale ultima ipotesi, il legislatore delegato impone la devoluzione al fondo di solidarietà del contributo integrativo stabilito dall'articolo 25, comma 4, l. n. 845 del 1978 (art. 26, comma 11).

Si tratta, invero, di prestazioni che non soltanto sono solo eventuali, ma anche decisamente poco considerate nell'effettiva implementazione degli strumenti da parte dei fruitori, che continuano a prediligere gli strumenti necessitati di integrazione salariale per sospensione o riduzione dell'attività di lavoro, ovvero quelli volti allo "svecchiamento" della manodopera e alla gestione degli esuberanti⁴⁸.

⁴⁷ Su cui, L. Casano, *Il sistema della formazione: fondi interprofessionali, certificazione delle competenze*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 471; G. Proia, *I fondi interprofessionali per la formazione continua: natura problemi e prospettive*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 470; M. Faioli, *I fondi paritetici per la formazione continua. Bilateralità di scopo, contribuzione, natura privatistica*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 395.

⁴⁸ Tra l'altro anche poco indagata dalla dottrina; v. Tursi, *I fondi di solidarietà bilaterali*, cit., p. 505; E. Carminati, L. Casano, M. Tiraboschi, *L'intervento sui fondi interprofessionali per la formazione continua. I nuovi fondi di solidarietà*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla*

L'esame dell'esperienza passata dimostra come le prestazioni formative si siano sostanziate nella corresponsione ai dipendenti coinvolti di un'indennità per le ore di formazione, ovvero nel finanziamento e nell'organizzazione di corsi di formazione miranti a riqualificare i lavoratori interessati, fornendo loro professionalità anche diverse da quelle che possiedono, garantendo all'impresa coinvolta un contributo destinato ai corsi deliberati⁴⁹.

Di converso, si può segnalare che proprio le prestazioni con finalità formative potrebbero rappresentare uno strumento rilevante per il coinvolgimento dei fondi di solidarietà in strategie olistiche finalizzate ad affrontare le sfide demografiche e occupazionali future, implementando e finanziando forme di riduzione dell'orario di lavoro combinate con attività di formazione volte al passaggio del patrimonio professionale dei lavoratori più anziani verso i neo assunti.

Insomma, l'autonomia che il legislatore attribuisce ai fondi di solidarietà in riferimento alle prestazioni eventuali consente di auspicare un loro coinvolgimento anche nella promozione di strategie di *active and healthy ageing* coerenti con la sfida demografica e sostenibili nel medio-lungo periodo, promuovendo percorsi di riqualificazione e aggiornamento professionale dei lavoratori maturi esposti, più di altri gruppi, al rischio di espulsione dal mercato, nonché, eventualmente, nuove forme di avvicinamento graduale alla pensione anche in termini di "staffetta generazionale".

6. Possibili conclusioni e prospettive di sistema

Volendo tracciare alcune conclusioni, è evidente che anche a seguito degli sviluppi più recenti, come ben testimonia il regime dei Fondi di solidarietà bilaterali, quello italiano resta un sistema di *welfare* saldamente ancorato a una concezione occupazionale e assicurativa, nel quale restano marginalizzati i bi-

legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, Milano, Giuffrè, 2012, p. 384.

⁴⁹ Con riduzione proporzionale dei contributi corrisposti nel caso di concorso con i fondi nazionali o comunitari per la formazione.

sogni espressi da quelle categorie di soggetti (in particolare, gli innocupati) che non sono riconducibili all'alveo tradizionale dei soggetti tutelati.

E, tuttavia, risulta sempre più evidente una sorta di "precarizzazione" degli stessi diritti previdenziali, la cui stessa esistenza (oltre che misura) è più condizionata alle esigenze di "pareggio di bilancio": nel contesto di una globalizzazione che pone nuove sfide ai modelli di protezione sociale (prima tra tutte quella rappresentata dall'immigrazione), appare quindi necessaria la ricerca di un differente equilibrio tra la tutela del lavoro e della persona e le esigenze dell'economia⁵⁰, destinate a condizionare prepotentemente gli assetti delle tutele anche in funzione del binomio "sostenibilità del debito-principio del pareggio di bilancio", che potrebbe aprire una strada per l'ingresso nel nostro ordinamento di regole elaborate in un contesto ispirato ad un quadro assiologico distante da quello espresso dai padri costituenti, sia con riguardo alle dinamiche generali dei rapporti tra politica e mercato, sia, in particolare, in merito al rango dei diritti sociali⁵¹.

Così è, del resto, anche per quanto riguarda le prestazioni assicurate dai Fondi di solidarietà bilaterali, condizionate anch'esse dalla scarsità delle risorse, che ne impone il conseguimento non a un criterio selettivo astratto predeterminato e valido per tutta la platea dei destinatari, ma ad un dato quantitativo, ovvero ad un numero ristretto di accesso alla prestazione, collegato al *plafond* finanziario disponibile⁵².

⁵⁰ Cfr. B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015; S. Giubboni, *Il diritto del lavoro nella crisi europea. A proposito di un recente volume*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 126/2016.

⁵¹ C. Salazar, *La Costituzione, i diritti fondamentali, la crisi: «qualcosa di nuovo, anzi di antico»*, in Caruso, Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., p. 111; cfr. anche *Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene (Il Filangieri – Quaderno 2011), 2012; I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, Aracne, 2012, p. 40; S. Gambino, W. Nocito, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria*, in www.astrid-online.it, 2012; C. Kilpatrick, B. De Witte (a cura di), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Working Paper, 2014.

⁵² Cfr. M. Cinelli, *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 21.

Ci si chiede, allora, come garantire, nell'ambito oggetto d'indagine e, più in generale, nel sistema di protezione sociale pubblico, una qualche effettività dei diritti di protezione degli individui, la cui soddisfazione è sempre di più rimessa a regimi integrativi/sostitutivi/aggiuntivi di quello statale.

Forse, allora, rilevato il tendenziale appiattimento delle tutele che la “mano pubblica” offre a lavoratori e “cittadini”, conviene tornare a interrogarsi sulla ragion d'essere della differenziazione di tutela imposta dai primi due commi dell'art. 38 Cost., valutando la possibilità di addivenire a una conversione del sistema nella direzione di una protezione sociale di stampo strettamente “beveridgiano”.

In questo senso, tutti gli strumenti privatistici di *welfare* – ivi inclusi quelli rappresentati dai Fondi di solidarietà bilaterali – potrebbero essere chiamati a fornire una tutela complementare, ma in chiave obbligatoria, ai produttori di reddito da lavoro, affiancata a schemi di protezione di base valevoli per tutti, ma condizionati alle disponibilità finanziarie dello Stato.

Irene Di Spilimbergo*

La tutela del padre libero professionista

SOMMARIO: 1. *Brevi considerazioni introduttive* – 2. *La tutela del padre*

1. *Brevi considerazioni introduttive*

Il principio della parità di genere fra i lavoratori trova uno dei suoi più interessanti strumenti nel divieto di discriminazioni fondate sulle condizioni della donna lavoratrice e madre. Generalmente, tale obiettivo può essere raggiunto attraverso la predisposizione di una legislazione differenziata, in grado di colmare la disuguaglianza originaria¹.

L'indiscutibile valore sociale della maternità dovrebbe, in ogni caso, comportare un sistema di tutele omogeneo a tutte le categorie lavorative, senza distinzioni basate sulle modalità di svolgimento delle prestazioni.

Tuttavia, solo progressivamente nel tempo sono state estese le tutele della maternità, originariamente destinate alle lavoratrici subordinate, dapprima alle lavoratrici autonome, con la l. n. 546 del 1987, e, nel 1990, anche alle libere professioniste. Per queste, infatti, la tutela viene dapprima prevista con la l. n. 379 del 1990, e successivamente inserita nel Testo Unico del 2001, per poi essere aggiornata dalla l. 15 ottobre 2003, n. 289, intervento che è stato determinato principalmente da preoccupazioni

* Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Macerata, docente della Scuola di Specializzazione.

¹ Gli anni '70 del secolo scorso, in particolare, vedono il proliferare di una copiosa e significativa legislazione in materia: la legge n. 1204 del 1971 sulla tutela delle lavoratrici madri e la legge n. 903 del 1977 rimangono le più emblematiche.

di risparmio e contenimento delle spese a carico delle Casse di previdenza², fino al recente d.lgs. n. 80 del 2015.

È opportuno ricordare che, rispetto alle tutele previste nel Testo Unico del 2001 per le lavoratrici subordinate, nel caso delle madri libere professioniste trova applicazione la garanzia del diritto all'indennità di maternità, anche a prescindere dall'effettiva astensione dal lavoro, che dunque non risulta obbligatoria; d'altro canto, però, non si riconosce alle libere professioniste iscritte ad una delle Casse previdenziali categoriali il diritto all'indennità per congedo parentale (*ex* astensione facoltativa).

È indubbio che la libera professionista gestisce autonomamente il proprio lavoro e quindi il proprio reddito, mentre la prestazione subordinata è eterodiretta: l'ordinamento, però, sembra non preoccuparsi, come invece avviene per le lavoratrici subordinate, di garantire un periodo di interdizione "forzata" dal lavoro per assicurare una maggiore tutela del benessere psico-fisico alla madre e al bambino, ovvero una preminente preoccupazione, nel contemperamento fra diritti costituzionalmente garantiti, per il diritto alla salute rispetto al diritto al lavoro, come accade invece per le lavoratrici dipendenti.

Tale atteggiamento ha dato adito ad intensi dibattiti tra chi ritenesse rientrante nel diritto di autodeterminazione della donna la scelta di astenersi o meno dal lavoro, e chi invece argomentasse la prevalenza della salute sul lavoro, sostenendo profili di illegittimità costituzionale della disposizione per violazione

² Legge 15 ottobre 2003, n. 289, "Modifiche all'art. 70 del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, in materia di indennità per le libere professioniste", in G.U. n. 251 del 28 ottobre 2003. Art. 1: All'articolo 70 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, sono apportate le seguenti modificazioni: *a)* al co. 2, le parole: «del reddito percepito e denunciato ai fini fiscali» sono sostituite dalle seguenti: «del solo reddito professionale percepito e denunciato ai fini fiscali come reddito da lavoro autonomo», e le parole: «della domanda» sono sostituite dalle seguenti: «dell'evento»; *b)* dopo il co. 3, è aggiunto il seguente: «*3-bis*. L'indennità di cui al co. 1 non può essere superiore a cinque volte l'importo minimo derivante dall'applicazione del co. 3, ferma restando la potestà di ogni singola cassa di stabilire, con delibera del consiglio di amministrazione, soggetta ad approvazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, un importo massimo più elevato, tenuto conto delle capacità reddituali e contributive della categoria professionale e della compatibilità con gli equilibri finanziari dell'ente».

dell'art. 32 della Costituzione. La Corte costituzionale, con sentenza n. 3 del 29 gennaio 1998, ha sancito il diritto delle libere professioniste di ottenere l'erogazione dell'indennità di maternità, per i due mesi precedenti la data presunta del parto e per i tre mesi successivi, senza imporre come condizione l'effettiva astensione dal lavoro³.

2. *La tutela del padre*

In questo contesto, i profili di discriminazione precedentemente evidenziati apparivano, fino ad oggi (mi riferisco fino alla riforma Poletti), addirittura raddoppiati: da un lato, infatti, era riscontrabile la differenziazione fra le varie categorie di lavoratori; dall'altro, si presentava una disparità di trattamento, all'interno della prestazione libero professionale, tra i genitori biologici ed i genitori adottivi, dove, invece, la fungibilità può dirsi totale.

In generale, persiste, quanto meno a livello culturale, una situazione per cui, tradizionalmente, la tutela assicurata al padre è di gran lunga inferiore a quella della madre, nonostante la normativa, a partire dall'ultimo decennio circa, provi ad inculcare l'idea di una conciliazione condivisa dei genitori.

In merito al primo profilo di riflessione, quello della differenziazione fra le categorie lavorative, il diritto del padre all'astensione e all'indennità (cioè il congedo di paternità), previsto solo per il lavoratore subordinato, in alternativa alla madre, ha escluso per molto tempo – almeno fino all'entrata in vigore della riforma in base all'art. 18 del d.lgs. n.80 del 2015 – il padre libero professionista: in realtà, l'alternatività nella fruizione del congedo porterebbe a dire che non vi sia, così come anche nel lavoro dipendente, un identico trattamento tra padre e madre, in ragione del fatto, in ogni caso, che la *ratio* della tutela rimane la salute del nascituro e della madre, unici protagonisti dell'evento "nascita". Si deve tuttavia dar conto che alcune Casse di

³ In *Foro it.*, 1998, I, p. 664 e in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 226, con nota di G. Pera, *Indennità di maternità senza danno?*, secondo cui la diversità di trattamento non viola il principio di uguaglianza.

previdenza si sono mosse nella direzione di un riconoscimento dell'indennità di paternità: si tratta dell'ENPAP (delibera n. 31 del 2007) e dell'ENPAV (art. 58 statuto).

Una parte della giurisprudenza di merito⁴, peraltro, aveva esteso il diritto all'indennità di maternità di cinque mesi anche al padre biologico libero professionista, facendo proprie le argomentazioni che la Corte costituzionale aveva espresso nella sentenza n. 385 del 2005, con cui venne dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 70 e 72 del Testo Unico del 2001, nella parte in cui non prevedono che al padre libero professionista spetti il diritto di percepire, in alternativa alla madre, l'indennità di paternità, in caso, però, si badi bene, di affidamento e non di filiazione biologica.

Qui si inserisce, dunque, la questione della paternità biologica ed adottiva.

Ed infatti, sotto il profilo della differenziazione tra genitori biologici ed adottivi, il dibattito sulla figura del padre libero professionista appare più complesso, quantomeno perché, se il diritto all'assenza dal lavoro è finalizzato ad agevolare il processo di crescita del bambino, il mancato riconoscimento al padre, sia biologico che adottivo, di tale diritto e dell'indennità corrispondente rappresenta certamente un ostacolo al raggiungimento dell'obiettivo.

Nelle more di un intervento legislativo, è la giurisprudenza che si è espressa negli anni con interessanti pronunce. Sicuramente la menzionata sentenza del 2005 denunciava, per la prima volta, l'irragionevolezza di una disparità di trattamento tra madre e padre che, di fatto, escludeva il padre dalla partecipazione alla fase dell'inserimento del minore nella famiglia, con violazione degli artt. 29, co. 2, 30, co. 1, 31 e 3 della Costituzione. La sentenza si situa in linea con i principi posti alla base del Testo Unico del 2001, il cui *leit motiv* è, come sappiamo, la tutela della genitorialità, e non della sola maternità.

⁴ Trib. Firenze 29 maggio 2008, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 11, p. 860 con nota di M. Papaleoni; Trib. Termini Imerese 4 novembre 2009, in *Guida dir.*, 2010, 10, p. 72. Inoltre, Trib. Milano 16 gennaio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 930, con nota di F. Savino.

Pertanto, escludere il padre (affidatario) libero professionista da una tutela accordata, invece, al lavoratore subordinato (alternativamente alla madre per quanto riguarda il congedo di paternità, anche cumulativamente alla madre nel caso del congedo parentale) esulava ormai dalla *ratio* stessa del congedo in questione, risultando una disparità non giustificata e non giustificabile tra lavoratori, benché di categorie diverse (dipendenti e liberi professionisti) e anche tra le due figure genitoriali.

E tuttavia, più recentemente (2010), la stessa Corte costituzionale⁵ ha negato che si potesse estendere al padre libero professionista l'indennità nell'ipotesi di filiazione biologica, suscitando ampie e condivisibili critiche in dottrina. Critiche il cui punto focale o, come definito, "equivoco di fondo", era che «ragionando per paradossi, la Corte pare immaginare che il padre libero professionista possa godere dell'indennità di maternità come se fosse un lavoratore subordinato, quindi solo in caso di morte, grave infermità della madre, abbandono ed affido esclusivo del figlio (come recita l'art. 28 del T.U. del 2001). Scordando che al lavoro libero professionale non si applica il congedo, tanto meno quello obbligatorio ... La confusione sul confronto tra lavoro subordinato e autonomo è grande»⁶.

Ed ancora più recentemente⁷ (2013), in un'ipotesi "intermedia", cioè in presenza di un solo genitore libero professionista, nella specie un padre avvocato, la Suprema Corte si è espressa nel senso che «i principi che regolano la normativa in materia di indennità di maternità, come modificata dagli interventi della Corte costituzionale, possono essere sintetizzati in quello della alternatività tra i due genitori e della loro fungibilità e ciò è espressamente previsto per le coppie composte da entrambi i genitori dipendenti, ma non vi sono ragioni per discostarsene in caso di coppie in cui un genitore è libero professionista, trattandosi di situazioni omogenee nelle quali l'interesse primario

⁵ Corte cost. 28 luglio 2010, n. 285. Sulla questione, L. Calafa', *Padri liberi professionisti e tutela economica della maternità. La parabola interpretativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 359.

⁶ *Ibid.*

⁷ Cass. 15 gennaio 2013, n. 809, in *Lav. giur.*, 2013, 3, p. 310, con nota di G. Ludovico.

da tutelare è e rimane quello della prole e quello di facilitare il suo inserimento nella nuova famiglia», includendo, in questo senso, l'ipotesi della madre libera professionista che ha diritto di percepire l'indennità di maternità anche se la stessa sia stata già percepita dal padre lavoratore subordinato, in base alla considerazione che si tratta, in questo caso, di una «disfunzione del sistema e non invece l'effetto di un diritto illegittimamente riconosciuto alla sola madre professionista e non anche al padre»⁸.

Allora, per concludere, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 18 del d.lgs. n. 80 del 2015, si può senz'altro affermare che, per quanto riguarda i padri liberi professionisti, la questione, apparsa finora come un difficile *work in progress*, è stata chiarita dall'intervento normativo, unanimemente auspicato, attuato sulla scia di quegli obiettivi che la legge delega (*Jobs Act*) aveva definito testualmente di "revisione e aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro", includendo finalmente e ragionevolmente, a pieno titolo, la figura paterna.

Sul punto, peraltro, va segnalata la delibera del Comitato Nazionale di Inarcassa, approvata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali il 17 febbraio 2017, con la quale si registra un ulteriore, significativo progresso nell'estensione uniforme delle tutele per la paternità.

Infatti, gli architetti e gli ingegneri iscritti a Inarcassa potranno godere dell'indennità di paternità se la madre non lavora o non esercita la libera professione. Con questo provvedimento vengono estese le tutele rispetto alle norme vigenti. Fino ad oggi l'indennità di paternità prevista dal d.lgs. n. 151 del 2001 veniva riconosciuta per la nascita del figlio o per l'ingresso in famiglia di un minore adottato o affidato, nei casi di abbandono, morte o grave infermità della madre, purché fosse anch'essa libera professionista. Ora la tutela concepita da Inarcassa è certamente più ampia, in quanto riconosce all'iscritto un'indennità anche quando la madre non sia una libera professionista o una lavora-

⁸ Così Ludovico, *ibid.*

trice, per il periodo in cui essa non ne abbia diritto, per i tre mesi successivi all'ingresso del bambino in famiglia⁹.

Più restrittivi appaiono, invece, alcuni recenti provvedimenti di tutela per quanto riguarda i medici, per i quali ancora permane una residuale e solo alternativa previsione per i padri. Infatti, la fondazione ENPAM, con delibera n. 103 del 28 febbraio 2016, approvata dal Ministero il 14 febbraio 2017¹⁰, riconosce alla madre un sussidio (per il 2017 di euro millecinquecento) nei primi dodici mesi di vita del bambino e nei primi dodici mesi di ingresso del minore nei casi di adozione o affidamento, per agevolare la fruizione di servizi di *baby-sitting* ovvero per favorire l'allattamento e l'assistenza ai neonati. Ebbene, tale sussidio, istituito per migliorare la conciliazione della vita lavorativa con quella familiare, come si legge testualmente nella delibera, è però riservato alle madri iscritte all'ENPAM, e solo nel caso di morte, grave infermità della madre, abbandono o affidamento esclusivo, al padre, che, se iscritto all'ENPAM, può presentare domanda per il sussidio stesso.

Questi due ultimi provvedimenti confermano il panorama, ancora notevolmente variegato, delle casse dei liberi professionisti.

⁹ Delibera del 28-29 aprile 2016 di Inarcassa su introduzione dell'art. 34-*bis* nel regolamento generale, approvata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in G.U. N. 40 del 17/2/2017.

¹⁰ Approvazione con nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 36/0001729/MED-L-100 del 14 febbraio 2017, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 1995, n. 509, della delibera n. 103/2016, adottata dal Consiglio di amministrazione dell'ENPAM a tutela della genitorialità, in G. U. n. 63 del 16 marzo 2017.

Gabriele Franza*

Autonomia delle casse previdenziali e vincoli pubblici di bilancio: un'ambigua pronuncia della Corte costituzionale

Il processo di privatizzazione che ha riguardato gli enti previdenziali dei liberi professionisti, già all'origine oggetto di perplessità e critiche non tanto per lo scopo perseguito, quanto per i mezzi apprestati per realizzarlo, in poco più di vent'anni ha subito una profonda involuzione, generalmente imputata all'ampliamento delle misure di controllo e vigilanza, peraltro non sempre giustificate dalla, pur sicura, funzione pubblica che tali enti hanno continuato a svolgere, trattandosi di funzione collegata ad una protezione obbligatoria resa in attuazione di un preciso vincolo costituzionale.

In un tale contesto di "ripubblicizzazione", la sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 2017 – richiamata anche dalle autorevoli relazioni del convegno – si è occupata di un nuovo delicato aspetto, rappresentato dall'inclusione delle casse dei liberi professionisti nella disciplina della riduzione di spesa, imposta allo Stato dai vincoli comunitari di bilancio. Dinanzi alla Consulta non si è però discusso della legittimità di tale inclusione, già accertata dalla giurisdizione amministrativa, quanto piuttosto dei problemi che derivano dall'applicazione delle specifiche regole di *spending review*, adottate dal legislatore nazionale, ad enti che, pur svolgendo la ricordata funzione

* Professore Associato di Diritto del lavoro, Università di Macerata e docente della Scuola di Specializzazione.

pubblica, mantengono una natura privata e, anche per questo, non beneficiano del finanziamento statale, che anzi è tuttora espressamente vietato.

Infatti, per contemperare l'assoggettamento di questi enti previdenziali ai vincoli di bilancio con la loro necessaria autosufficienza, la legge n. 135 del 2012 imponeva loro di risparmiare sui consumi intermedi una percentuale di spesa corrispondente ai tagli invece applicati agli enti destinatari del finanziamento erariale. Al contempo, tuttavia, le casse venivano anche obbligate a riversare allo Stato il risparmio così realizzato. E proprio questo obbligo di riversamento ha costituito l'oggetto dell'intervento del giudice costituzionale.

Il ragionamento della Corte, in verità alquanto contorto, si sviluppa su tre decisivi passaggi argomentativi.

Il primo riguarda la netta distinzione tra l'inclusione delle casse di previdenza nell'elenco Istat, rilevante ai sensi della legge n. 196 del 2009 per identificare le "Pubbliche Amministrazioni" destinatarie degli interventi di finanza pubblica in attuazione dei regolamenti comunitari, e l'obbligo per le casse di riversare all'erario i risparmi di spesa autonomamente realizzati. Se l'assoggettamento di questi enti ai vincoli pubblici di bilancio è incontestato, ed anzi – aggiunge surrettiziamente la sentenza – costituzionalmente legittimo, la previsione di un obbligo di riversamento in favore dello Stato non ne costituisce però una conseguenza necessitata, perché l'obiettivo di riduzione della spesa è già soddisfatto dal precedente risparmio delle casse. Invero, rispetto al bilancio consolidato pubblico è contabilmente irrilevante (con l'espressione della Corte, "neutro") che quel risparmio resti alle casse o venga versato all'erario. Mentre, ovviamente, non altrettanto è a dirsi per i bilanci degli enti, che in caso di riversamento dovrebbero sopportare una duplicazione contabile rispetto alla riduzione della stessa voce di spesa. Ne deriva l'incostituzionalità dell'obbligo di riversamento, per evidente difetto di giustificazione, già ai sensi dell'art. 3 Cost., alla stregua delle stesse regole della *spending review*. Ciò che manca, in altri termini, è la causa del riversamento, che di fatto risulta imposto come un prelievo forzoso dello Stato.

Benché questo primo argomento fosse più che sufficiente per decretare l'incostituzionalità della norma che introduceva l'obbligo di riversamento (art. 8, co. 3, l. n. 135 del '12), la Corte – sollecitata dalla difesa dello Stato, incentrata sull'asserita natura pubblica delle risorse gestite dagli enti che, a sua volta, avrebbe legittimato il riversamento per la realizzazione di interventi correttivi di finanza pubblica – ha tuttavia colto l'occasione per affermare il contrasto della norma denunciata anche con gli artt. 38 e 97 Cost. E ciò in quanto, rispetto alla tutela dell'autosufficienza degli enti, necessaria per garantirne il buon andamento e l'erogazione di prestazioni previdenziali adeguate, l'introduzione di un siffatto prelievo patrimoniale non sarebbe comunque proporzionata e congrua, potendo essere giustificata, a tutela di altri interessi costituzionali ed ai sensi dell'art. 81 Cost., soltanto per particolari contingenze o momenti di crisi, vale a dire da una giustificazione economica che “in astratto” consentirebbe allo Stato di disporre prelievi eccezionali. A ben vedere, peraltro, in questo passaggio argomentativo la sentenza eccede meditatamente il suo scopo, perché una cosa è affermare che l'obbligo di riversamento è incostituzionale in quanto dipende da una scelta autonoma del legislatore “del tutto distinta” – e quindi non giustificata – da specifici obblighi pubblici di riduzione della spesa, altro è giudicarlo illegittimo, per sproporzione con la funzione pubblica assegnata agli enti previdenziali privatizzati, in relazione a ulteriori e – va precisato – non meglio identificate situazioni economiche del Paese. Se nel primo caso l'autosufficienza delle casse è solo il presupposto per verificare, all'interno del perimetro della *spending review*, la giustificazione contabile dei flussi finanziari, nel secondo caso quella stessa autosufficienza assurge a interesse costituzionalmente protetto nel confronto con interessi ritenuti equiordinati e potenzialmente contrastanti. In sostanza, a prescindere dall'esito del confronto nello specifico caso in esame, la Corte intende ribadire ancora una volta l'elevazione dei vincoli di bilancio, e degli annessi impegni europei, a valore costituzionale assoluto e quindi contrapposibile ad altri diritti fondamentali.

Nell'impianto motivazionale della sentenza, l'ultimo argomento di interesse è di natura strettamente tecnica, in quanto

la Consulta, all'interno del riferito giudizio di proporzionalità, sembra incentrare il necessario rispetto dell'autosufficienza su una ricostruzione in chiave strettamente mutualistica dell'assetto previdenziale degli enti privatizzati, a cui peraltro corrisponderebbe l'adozione di un regime di finanziamento a capitalizzazione. Senonché, mentre la prima impostazione non appare in linea con la stessa giurisprudenza costituzionale, che ha sempre riconosciuto nei sistemi previdenziali delle categorie professionali una struttura di tipo solidaristico, di tipo endocategoriale ma comunque espressione di una solidarietà collettiva, il riferimento al regime finanziario è chiaramente erraneo, quantomeno per gli enti privatizzati col d.lgs. n. 509 del 1994 – tra cui la cassa interessata dal procedimento – che infatti adottano tutti il sistema di gestione a ripartizione. In ogni caso, non può dirsi che queste incertezze influiscano concretamente sull'esito del giudizio della Corte, tenuto conto che la ricerca della massima efficienza e la necessaria garanzia dell'equilibrio di lungo periodo tra contribuzione e spesa pensionistica sono obiettivi insiti anche nei modelli solidaristici, ed a maggior ragione in quelli di categoria soggetti alla regola dell'autofinanziamento.

Marco Gambacciani*

I limiti dell'autonomia normativa degli enti previdenziali privati

1. Intendo concentrare il mio breve intervento sul problema dell'autonomia normativa degli enti previdenziali privati.

Si tratta di un problema molto complicato ed incerto, e per questo da tempo dibattuto, anche perché fortemente incerta è tuttora la natura giuridica degli atti normativi adottati dagli enti previdenziali privati. Non è ancora chiaro, infatti, se essi siano fonti del diritto o debbano essere configurati, invece, come negozi giuridici di diritto privato (se pure si sta consolidando in giurisprudenza l'orientamento che esclude che i regolamenti, le delibere e gli statuti delle casse abbiano contenuto normativo e/o regolamentare in senso proprio, ai sensi dell'art. 1 delle Preleggi, trattandosi invece di atti cui va attribuita natura negoziale privatistica: da ultimo, in tal senso, Cass. n. 4296 del 2016, con riferimento al Regolamento delle attività istituzionali della Fondazione Enasarco).

Non mi pare ci siano più dubbi sul fatto che nel nostro ordinamento gli enti previdenziali privati siano dotati di autonomia non soltanto gestionale, organizzativa e contabile, ma anche normativa.

Semmai, l'aspetto realmente problematico riguarda, tuttora, la individuazione della portata di tale autonomia e dei limiti previsti al suo esercizio.

* Professore Associato di Diritto del lavoro, Università Roma Tre.

2. Com'è noto, l'autonomia normativa degli enti previdenziali privati non è espressamente prevista dal d.lgs. n. 509 del 1994 (il quale fa riferimento alla sola "*autonomia gestionale, organizzativa e contabile*"). Ma già in tale decreto trova in realtà fondamento indiretto in alcune disposizioni (cfr. artt. 1, comma 4, lett. a), 3, comma 4, e 1, comma 3).

3. Negli anni immediatamente successivi alla privatizzazione, le posizioni della Corte costituzionale (sentt. n. 15 del 1999 e n. 248 del 1997) e della Corte di Cassazione (sentt. n. 17505 del 2008 e n. 17783 del 2005) sono state alquanto caute e rigorose nel riconoscere autonomia anche normativa agli enti previdenziali privati; ed hanno attribuito alla garanzia di autonomia concessa agli enti privatizzati un significato prevalentemente orientato al profilo gestionale, piuttosto che al profilo riguardante la determinazione dei contenuti e delle prestazioni.

4. Per contro, l'autonomia normativa degli enti previdenziali privati ha trovato più ampia e più certa conferma nella legislazione successiva al d.lgs. n. 509 del 1994.

Va ricordato, infatti, che l'art. 3, comma 12, della legge n. 335 del 1995, introducendo alcune disposizioni per garantire l'equilibrio dei bilanci degli enti previdenziali privati, ha precisato che ciò deve avvenire "*nel rispetto dei principi di autonomia affermati dal d.lgs. n. 509 del 1994*".

In particolare, quella disposizione, nella sua formulazione originaria, aveva stabilito che gli enti previdenziali privati, per assicurare l'equilibrio di bilancio, potevano adottare determinate tipologie di "*provvedimenti*", e in ogni caso provvedimenti di riparametrazione "*di ogni altro criterio di determinazione del trattamento pensionistico*".

Con la precisazione che tali provvedimenti dovevano essere adottati "*nel rispetto del principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate*".

5. La giurisprudenza della Corte di Cassazione – pur riconoscendo che l'art. 3, comma 12, della legge n. 335 del 1995 aveva assicurato agli enti privatizzati una sfera di autonomia più ampia rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 509 del 1994 – non

ha fornito una interpretazione chiara ed univoca di tale disposizione (o almeno questa è la netta sensazione che si ricava dall'esame delle diverse fattispecie decise).

Faccio solo due esempi.

Da un lato, la Corte di Cassazione ha ritenuto validi e legittimi i provvedimenti con i quali la Cassa forense ha previsto, contestualmente, la non restituibilità dei contributi versati non utilizzabili a fini pensionistici (a differenza di quanto era previsto dalla legge n. 570 del 1980), e, per gli iscritti che abbiano raggiunto 65 anni di età e maturato almeno 5 anni di contribuzione, il diritto di chiedere la liquidazione di una pensione calcolata con il sistema contributivo (Cass. n. 24202 del 2009).

D'altro lato invece, la stessa Corte di Cassazione ha escluso la validità e la legittimità del provvedimento con il quale la Cassa dei ragionieri e periti commerciali ha modificato i criteri per determinare il reddito professionale da porre a base di calcolo della pensione, stabilendo la media di tutti i redditi professionali percepiti per ogni anno di iscrizione e contribuzione (anziché la media dei migliori 15 redditi professionali annuali degli ultimi 20 anteriori alla maturazione del diritto a pensione, come previsto dalla disciplina previgente) (Cass. n. 10939/2011).

In sintesi, l'unico indirizzo univoco desumibile dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione è quello di escludere la legittimità e la validità dei provvedimenti degli enti previdenziali privati che, per assicurare l'equilibrio di bilancio, incidono in senso peggiorativo su trattamenti pensionistici già conseguiti determinandone una riduzione. Deve, quindi, escludersi che il testo originario dell'art. 3, comma 12, della legge n. 335 del 1995, almeno secondo l'orientamento della giurisprudenza, esprimesse di per sé anche un generale principio di equità tra generazioni idoneo ad attribuire agli enti privatizzati il potere di imporre provvedimenti che determinassero una riduzione (diretta o indiretta) anche delle pensioni già liquidate.

6. Peraltro, anche con riguardo alla regola che imponeva il "rispetto" del principio del *pro rata*, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione si sono registrati orientamenti contrastanti, se non proprio opposti.

Uno meno rigoroso ed uno più rigoroso, poi divenuto nettamente prevalente, secondo cui il principio del *pro rata* deve essere inteso nel senso che “*i lavoratori iscritti ad enti previdenziali privatizzati – nel caso di successione, durante il periodo dell’iscrizione, di sistemi diversi di calcolo della pensione – hanno diritto ad altrettante quote di pensione, da calcolare – in relazione a ciascun periodo dell’anzianità maturata – secondo il sistema, rispettivamente, in vigore*” (Cass. n. 24202 del 2009).

E si deve evidenziare che l’interpretazione del principio del *pro rata* assume un’importanza fondamentale ai fini dell’efficacia degli interventi che gli enti privatizzati si trovano costretti ad adottare; se, infatti, le modifiche normative introdotte dagli enti previdenziali privati per salvaguardare l’equilibrio finanziario potessero entrare pienamente a “*regime*” (diventando concretamente operative e, quindi, interamente efficaci) soltanto molti anni dopo la loro introduzione, esse potrebbero risultare inutili o, addirittura, inique.

7. Innovando il quadro normativo, successivamente l’art. 1, comma 763, della legge n. 296 del 2006 ha modificato l’art. 3, comma 12, della legge n. 335 del 1995, stabilendo, con una formulazione ancora più ampia rispetto a quella originaria, che gli enti previdenziali privati, sempre per assicurare l’equilibrio di bilancio, possono adottare tutti “*i provvedimenti necessari per la salvaguardia dell’equilibrio finanziario di lungo termine*”.

Inoltre, nel vigente testo modificato è stato anche stabilito che i provvedimenti “*autorizzati*” dal legislatore questa volta devono essere adottati (non “*nel rispetto*”, ma soltanto) “*avendo presente il principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate*” e comunque “*tenuto conto dei criteri di gradualità e di equità fra generazioni*”.

Pertanto, l’innovativa disposizione del 2006, da un lato, conferma definitivamente l’autonomia normativa degli enti previdenziali privati, e quindi il loro potere di derogare (e anche abrogare) le leggi previgenti, tanto è vero che il legislatore, come già in precedenza, ha ritenuto necessario limitare tale potere stabilendo il principio del *pro rata*. D’altro lato, essa appare però meno cogente della disposizione del 1995, in quanto ha previsto

che i provvedimenti degli enti previdenziali privati necessari per assicurare l'equilibrio di bilancio debbano essere adottati soltanto “*avendo presente*”, e non già (strettamente) “*nel rispetto del principio del pro rata*”, introducendo nel contempo anche un nuovo parametro (il criterio di gradualità ed equità fra generazioni) che deve essere adeguatamente tenuto in considerazione.

Ne deriva che, in base alla nuova formulazione della legge, gli enti previdenziali privati, quando adottano provvedimenti per garantire l'equilibrio di bilancio, non sono più rigidamente vincolati (sempre e comunque) a rispettare il principio del *pro rata*, ma devono soltanto tenerlo “*presente*”.

Non è facile definire che cosa implichi, in concreto, questo riferimento più “*elastico*” (ma pur sempre indeterminato) al principio di cui trattasi. L'interpretazione più plausibile è forse quella di ritenere che sia possibile operare anche qualche modesto “*scostamento*” dall'applicazione puramente aritmetica di quel principio, ove sussistano valide, ragionevoli e comprovate giustificazioni, essendo sufficiente in tali casi tenere conto dei criteri di gradualità ed equità tra generazioni.

8. Con riferimento alla nuova e più ampia formulazione della disposizione in esame, la Corte di Cassazione ha affermato che essa implica un vincolo attenuato, meno rigido e più flessibile (Cass. n. 9621 del 2011; Cass. n. 13607 del 2012; Cass. n. 17742 del 2015).

In sostanza, maggiori spazi di intervento per le Casse rispetto a quelli (più ridotti) concessi dalla normativa previgente.

È indubitabile che le scelte del legislatore di sostituire l'obbligo del “*rispetto*” del principio del *pro rata* con l'obbligo di averlo “*presente*” implica un'attenuazione del vincolo imposto agli enti privatizzati. Così come è altrettanto vero che un'applicazione meno rigida (e quindi più “*elastica*”) di tale principio deve, “*in ogni caso*”, fare in modo che le modifiche introdotte siano “*graduali*” e ripartiscano tra le generazioni la conseguenza delle difficoltà finanziarie e dei cambiamenti normativi.

9. Pertanto, ove si tenga conto del significato testuale delle modifiche dettate dalla legge n. 296 del 2006 e dell'orientamento

della Suprema Corte di Cassazione, si può ritenere che il nostro legislatore abbia inteso introdurre un generale principio in base al quale “*i provvedimenti necessari per la salvaguardia dell’equilibrio finanziario di lungo termine*” devono tenere conto anche del criterio di “*equità tra generazioni*”, e non sono più necessariamente vincolati al rispetto del principio del *pro rata*.

E da ciò si potrebbe dedurre che i provvedimenti di cui trattasi siano legittimati ad incidere anche sulla generazione dei già pensionati (e quindi sui trattamenti già liquidati).

Tuttavia, va tenuto presente che l’art. 1, comma 763, della legge n. 296 del 2006 non precisa quale sia l’ambito di applicazione del criterio di “*equità tra generazioni*”; non precisa, cioè, quali siano le “*generazioni*” sulle quali possano essere “*equitativamente*” distribuiti gli oneri derivanti dai provvedimenti necessari per la salvaguardia dell’equilibrio finanziario.

Ciò potrebbe consentire di formulare una diversa ipotesi interpretativa, secondo la quale le “*generazioni*” alle quali fa riferimento il legislatore sarebbero soltanto quelle “*attive*”. In tale ipotesi, quindi, resterebbe esclusa la possibilità di indirizzare i provvedimenti di cui trattasi anche nei confronti della “*generazione*” dei già pensionati.

Tuttavia, pur dovendo darsi atto che questa ipotesi interpretativa non può essere esclusa del tutto, non sarebbe logico affermare che le “*generazioni*” alle quali fa riferimento il legislatore sarebbero soltanto quelle “*attive*”, posto che il criterio dell’equità intergenerazionale sarebbe, in realtà, fonte di ulteriori “*iniquità*” se esso fosse applicato escludendo del tutto, ed a priori, i già pensionati.

Nel senso proposto sembra orientata anche Cass., Sez. Un., n. 17742 del 2015 quando, nell’interpretare la disposizione innovativa dell’art. 1, comma 763, della legge n. 296 del 2006, afferma che “*le esigenze di riequilibrio della gestione previdenziale potrebbero richiedere un sacrificio maggiore a chi è già assicurato a beneficio dei nuovi assicurati*” (nell’espressione “*assicurato*”, infatti, sembrano doversi ricomprendere sia gli attivi che i pensionati).

Del resto, appare anche significativo che la nuova formulazione della disposizione in esame non limita più la tipologia dei

provvedimenti ammissibili (come, invece, faceva l'originaria formulazione), bensì consente ora di adottare tutti i “*provvedimenti necessari per la salvaguardia dell'equilibrio finanziario di lungo termine*”.

10. Ancor più di recente, infine, con una disposizione di carattere straordinario (mi riferisco all'art. 24, comma 24, della legge n. 214 del 2011), il legislatore ha sollecitato gli enti previdenziali privati ad adottare entro un termine prefissato i provvedimenti necessari per assicurare uno specifico obiettivo, costituito dall'equilibrio tra entrate contributive e spesa per prestazioni pensionistiche con riferimento ad un arco temporale di 50 anni.

Anche questa volta il legislatore non ha però specificato quali debbano essere in concreto questi provvedimenti, limitandosi ad indicare soltanto l'obiettivo che essi devono raggiungere. In questo modo il legislatore sembra aver attribuito a ciascun ente un ampio margine di autonomia nell'individuazione della tipologia di provvedimenti ritenuti idonei a garantire il raggiungimento dell'obiettivo indicato.

11. Dunque, anche volendo negare l'esistenza di un generale potere di autonomia normativa degli enti previdenziali privati, non mi pare sia dubitabile che – per effetto di quanto specificamente previsto dalle disposizioni di legge del 1995 e, poi, del 2006, nonché da quella di carattere straordinario del 2011, e ancor più da una loro valutazione congiunta e sistematica – certamente quel potere sussiste quando si rende necessario realizzare un obiettivo primario di interesse pubblico, qual è quello di assicurare l'equilibrio del bilancio (prevenendo o ripianando il disavanzo economico finanziario) e, cioè, l'autosufficienza finanziaria.

Del resto, anche la stessa Corte costituzionale, da ultimo nella sentenza n. 7 del 2017, ha affermato che il sistema autofinanziato degli enti previdenziali privati implica “*un forte richiamo alla responsabilità del gestore, dalla cui buona amministrazione dipende in sostanza il mantenimento di un sistema che non può altrimenti finanziarsi*”.

12. Come è ovvio, e concludo, l'autonomia (anche normativa) degli enti previdenziali privati non è assoluta, ma dovrà esplicitarsi pur sempre entro i limiti fissati, innanzitutto, dai principi costituzionali, e poi da eventuali specifiche disposizioni di legge.

Ciò sempre tenendo presente che il legislatore ha attribuito l'autonomia normativa agli enti previdenziali privati in quanto ha ritenuto, coerentemente con la tendenza alla valorizzazione del ruolo dei "privati" in ambito sociale, che tale attribuzione costituisca il sistema più funzionale ed efficiente per il miglior perseguimento delle finalità e per la migliore erogazione del servizio pubblico ad essi affidato.

Certamente il limite più stringente è quello fissato dalla Corte costituzionale con riguardo al potere attribuito agli enti privatizzati di incidere anche su diritti già acquisiti, come sono quelli dei pensionati.

Ed infatti, è vero che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha già, più volte, affermato che il legislatore può "*ridurre trattamenti pensionistici già in atto*", quando vi sia una inderogabile esigenza (tra cui, in primo luogo, quella relativa alla concreta disponibilità delle risorse finanziarie) che legittima l'esercizio del potere legislativo di modificare la disciplina dei rapporti di durata.

Ma è anche vero che, secondo quella stessa giurisprudenza, gli interventi del legislatore, così come anche quelli degli enti previdenziali privati, devono rispettare in ogni caso il principio della ragionevolezza, dovendosi salvaguardare non solo il principio dell'adeguatezza della pensione e della sua tendenziale proporzionalità con i contributi versati, ma anche il valore costituzionale della tutela dell'affidamento e della sicurezza giuridica.

Guglielmo Corsalini*

Evoluzione del sistema INAIL

Si può oggi parlare di “diritto in cambiamento” anche per il sistema di tutela INAIL?

In realtà, la norma fondamentale in materia di assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, ossia il d.P.R. n. 1124 del 30 giugno 1965 (T.U.), almeno dopo il d.lgs. n. 38 del 2000, sembrerebbe non aver subito ulteriori importanti modifiche. Mi preme tuttavia sottolineare che il T.U. (quasi coetaneo della Scuola di specializzazione in diritto sindacale, del lavoro e della previdenza dell'Università di Macerata), nonostante il tempo trascorso dalla sua promulgazione, grazie anche alla tecnica legislativa adottata per la formulazione delle norme, ha avuto ed ha una notevole capacità di adattarsi ai mutamenti del contesto socio-lavorativo. La scansione linguistica delle diverse disposizioni, infatti, non pone limiti ermeneutici eccessivamente rigidi, ma lascia margini che hanno consentito di valorizzare il canone teleologico e di sviluppare una giurisprudenza evolutiva fondata su di una interpretazione degli articoli della norma costituzionalmente orientata¹.

Si può quindi affermare che, a fronte della tendenza involutiva della previdenza sociale con la riduzione della tutela pensionistica (di cui ha già parlato il prof. Mattia Persiani), il sistema INAIL ancora funziona ed è stato ed è tuttora capace di rispon-

* Avvocato INAIL, docente della Scuola di specializzazione.

¹ Cfr. L. La Peccerella, *Il testo unico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali a cinquant'anni dalla promulgazione. Il percorso evolutivo e le sue prospettive*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, II, pp. 193 ss., scritto cui si rinvia anche per il resto delle questioni qui affrontate.

dere alle esigenze di ampia garanzia dei lavoratori. Si tenga conto, a tal proposito, di come si sono modificati nel tempo, e a favore degli assicurati, i concetti di occasione di lavoro, di infortunio *in itinere*, di colpa². Si pensi poi non solo alle prestazioni di carattere economico garantite dall'Istituto in maniera sempre più consistente, ma anche all'importanza che via via hanno assunto altre attività dell'Istituto, come quelle di prevenzione, cura e reinserimento, che assicurano una vera e propria "presa in carico" del lavoratore.

Per quanto riguarda l'attività di prevenzione, si può ricordare che all'Istituto sono oggi affidati compiti di consulenza alle aziende, di formazione e informazione, di finanziamento di progetti d'investimento in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro (v. art. 23 del d.lgs. n. 38 del 2000 e d.lgs. n. 81 del 2008, come modificato con il d.lgs. n. 106 del 2009). Tra l'altro, l'INAIL, avendo di recente assorbito l'ISPESL, ha anche assunto tutte le funzioni in materia di prevenzione prima attribuite all'Ente soppresso (v. art. 7 d. l. n. 78 del 31 maggio 2010, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122).

Per quanto concerne l'attività di cura, va sottolineato che, se con la riforma sanitaria del 1978 (l. n. 833 del 1978) si era proceduto all'attribuzione in via esclusiva al Servizio Sanitario Nazionale di tutte le funzioni relative all'assistenza sanitaria dei cittadini, compresi i lavoratori infortunati e tecnopatici, con successivi interventi legislativi (a partire dalla l. n. 67 dell'88) si è avviata un'inversione di tendenza ed è stata riaffidata all'Istituto la competenza in materia di accertamenti medico-legali e, almeno in parte, di cura e di assistenza sanitaria riabilitativa. Inoltre, l'INAIL può ormai garantire ai suoi assistiti il diritto a tutti i trattamenti sanitari necessari ai sensi del T.U., utilizzando anche servizi pubblici e privati, attraverso intese con le Regioni interessate (cfr. artt. 9 e 11 del d.lgs. n. 81 del 2008, come modificato con il d.lgs. n. 106 del 2009). All'Istituto sono poi attri-

² Su tali questioni, sia consentito il rinvio a G. Corsalini, *Gli infortuni in itinere*, Milano, Ipsoa, 2009.

buite le competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, da realizzare con piani personalizzati mirati alla conservazione del posto di lavoro o alla ricerca di nuova occupazione; con interventi formativi di riqualificazione professionale; con progetti per il superamento e per l'abbattimento delle barriere architettoniche sui luoghi di lavoro; con interventi di adeguamento e di adattamento delle postazioni di lavoro (cfr. art. 24 del d.lgs. n. 38 del 2000, d.lgs. n. 81 del 2008, come modificato con il d.lgs. n. 106 del 2009 e, da ultimo, art. 1, comma 166, della l. n. 190 del 2014).

Molto importante è, infine, l'attività di assistenza protesica dell'INAIL, che ha portato il Centro di Vigorso di Budrio a essere riconosciuto come un'eccellenza a livello nazionale e internazionale³. Ormai non si parla più di attività di "fornitura di protesi", ma, appunto, di "assistenza protesica," sottolineando così la lettura evolutiva delle disposizioni regolanti la materia, coerente con i principi costituzionali e con quelli di cui alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 (che ha fra le sue finalità principali quella della promozione della piena integrazione delle persone con disabilità), e con l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (secondo cui "l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità").

Su queste basi, con determina presidenziale n. 261 del 29 settembre 2011, l'Istituto ha adottato il "Regolamento per l'erogazione agli invalidi del lavoro di dispositivi tecnici e di interventi di sostegno per il reinserimento nella vita di relazione".

³ Cfr. Cass. 23 luglio 2013, n. 17895.

Considerata l'estensione oggettiva della garanzia INAIL, si può forse affermare che, almeno da questo punto di vista, il sistema risponde ai principi costituzionali di ampia protezione del lavoratore, con una marcata connotazione pubblicistica⁴.

Tuttavia, se nel corso degli anni si è ampliato l'ambito oggettivo della garanzia, il limite fondamentale del T.U. consiste invece nel fatto di aver conservato il connotato costituito dalla selettività della tutela, fondata sul concetto di rischio professionale predeterminato⁵.

Come ha sostenuto il Persiani, la tutela infortunistica, proprio a ragione dei criteri che ne definiscono l'ambito di applicazione, è ancora condizionata dalla minore o maggiore probabilità che si verifichi l'evento infortunio o l'evento malattia professionale e, quindi, essa continua ad esprimere, nei fatti, la logica propria delle assicurazioni, che, appunto, presuppongono l'esistenza di un rischio: là dove non c'è un lavoro pericoloso, non viene ravvisata l'opportunità di un trasferimento del rischio dal lavoratore al datore di lavoro⁶.

Naturalmente questo limite si pone in contrasto con l'art. 38 Cost., comma 2 ("I lavoratori hanno il diritto che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia ecc..."), che sembrerebbe voler garantire tutti i lavoratori e tutte le attività lavorative.

Va detto però che, come noto, nel corso degli anni, si è proceduto ad una progressiva estensione dei soggetti tutelati per opera della legislazione e della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, tanto che oggi residuano poche categorie di lavoratori prive di tutela. Anche di recente, in via sperimentale, si è ampliata la protezione includendo i soggetti impegnati in attività di volontariato o di utilità sociale (art. 12 del d. l. n. 90 del 2014, c.d. decreto Madia, convertito in l. n. 114 del 2014) e,

⁴ La tutela garantita dall'INAIL è tanto rilevante che la rinuncia alle prestazioni, oltre che inammissibile, appare del tutto sconveniente (cfr. G. Corsalini, *La rinuncia alle prestazioni economiche dell'INAIL non è ammissibile ... e neppure vantaggiosa*, anzi, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, II, pp. 52 ss.).

⁵ Cfr., da ultimo, La Peccerella, *Il testo unico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, cit.

⁶ V. M. Persiani, *L'ambito soggettivo di applicazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, I, pp. 1 ss.

per intervento della Suprema Corte, si è ritenuto indennizzabile il lavoratore in permesso sindacale (cfr. Cass. n. 13882 del 7 luglio 2016)⁷.

Insomma, si può qui forse parlare di “diritto in cambiamento” anche per il sistema di tutela INAIL e riconoscere che passi in avanti sono stati fatti persino verso una maggiore estensione soggettiva della tutela, sebbene per questa particolare problematica appaia ormai improrogabile un intervento chiarificatore e definitivo del legislatore.

⁷ La Consulta, con sentenza 10 maggio 2002, n. 171, aveva riconosciuto soltanto la tutela al lavoratore in aspettativa sindacale.

Vitaliana Vitaletti*

La previdenza sociale dalle Società operaie di mutuo soccorso all'A.P.E.

1. Nel cinquantesimo anno della Scuola, alla quale sono orgogliosa di aver partecipato come docente, e tuttora partecipo, sulla “Previdenza sociale” come circostanziata nel titolo del Convegno, mi viene in mente un titolo “icastico”: “La previdenza sociale dalle Società operaie di mutuo soccorso all'A.P.E.”, per l'esodo incentivato.

Metto subito le mani avanti, anzi mettiamole tutti: la presente celebrazione non può essere una operazione nostalgia per una sorta di diritto naturale del lavoro indifferente alla economia, alla evoluzione tecnologica e digitale e alla demografia.

Non vi annoierò con la descrizione delle varie forme di A.P.E. (A.P.E. volontaria con mutuo, A.P.E. sociale, A.P.E. aziendale), sulla quale l'INPS ha fornito istruzioni con una recentissima circolare.

A Civitanova alta mi ha sempre colpito una grossa “Targa” in legno e ferro indicante una “Società operaia di Mutuo soccorso” con data di nascita 6 gennaio 1867. Ho un po' indagato sul “mutuo soccorso” e dal carteggio e dai documenti custoditi da quella che ora si denomina soltanto “Società operaia”, ho trovato tra l'altro le cambiali firmate dagli operai in occasione di matrimoni, malattie e necessità varie, e persino la mutualità scolastica nata in un primo tempo nel 1910.

* Avvocato, già Dirigente INPS e docente della Scuola di Specializzazione.

Sto continuando questa indagine ad altri fini, ma l'A.P.E. varata nel 2011 e aggiornata dalla legge finanziaria n. 232 del 2016 mi ha fatto chiudere il cerchio.

E qui resto sul tema per riferire e trasferire il mio interesse, e sono certa non solo, alla pubblicazione di Filippo Olivelli "*La contrattazione aziendale dei lavoratori privati*", che traccia, insieme ad "un secolo di storia del contratto collettivo aziendale dalle origini della contrattazione fino alla istituzionalizzazione del sindacato nelle imprese", una direttrice costruttiva, come ci dice il prof. Persiani nella prefazione.

Filippo, tu mi fai tornare anche alla mia remota tesi di laurea, con il mio/nostro maestro Pietro Rescigno, "L'espulsione del socio dalle Associazioni non riconosciute", tesi che è tornata di grande attualità allorché il M5S ha espulso un socio, e la Magistratura ne ha dichiarato la legittimità riconoscendo al Movimento il carattere di partito politico e richiamando l'art. 39 della Costituzione, del quale si continua a parlare ai fini della eventuale necessità di registrazione del sindacato e del partito politico.

La evoluzione della "*contestata*" contrattazione aziendale mi riporta all'A.P.E. aziendale e quant'altro e alla di essa richiamata funzione sussidiaria che nelle relazioni sindacali avanzate "*hanno riguardato spazi mai occupati dalla contrattazione collettiva, soprattutto il c.d. welfare aziendale*".

Se ne è parlato alle recenti giornate AIDLASS di Cassino, alle quali non ho potuto partecipare per motivi professionali, con relazioni significanti.

Mi fermo qui, e sul tema dell'A.P.E. voglio rinviare al ruolo dell'INPS, che, oltre ad avere prontamente emanato la circolare sull'A.P.E., svolge un ruolo allargato sulla tematica confindustriale, sui Fondi di garanzia, sui nuovi Ammortizzatori sociali (fuori dalle Casse), ma la domanda che ci si continua a porre è: che fine farà la pensione di cui all'art. 38 Cost., 1° comma?

Il senatore Pietro Ichino, da par suo, lavora con i dati economici e ci dice che nel nostro Paese la spesa sociale nel 2014 è stata il 29% del PIL, la più alta percentuale europea dopo la Francia, di cui il 60% è la spesa per pensioni, la più alta europea.

Fino al 4 giugno si è svolto a Trento il Festival dell'Economia, direttore scientifico Tito Boeri, presidente INPS. A parte il versante Sanità ivi in trattazione, l'esame dei dati INPS sull'universo dei lavoratori e pensionati italiani ci parla indirettamente dei sistemi pensionistici iperbolici in Italia e in Germania e ci dice che sono in veloce cambiamento.

La prof. Bozzao della Università di Roma, che ho ascoltato in Parlamento su invito INPS, la quale di recente è stata presente ad un convegno sulla età pensionabile, come pure il prof. Canavesi, con parole eleganti ha parlato della schizofrenia legislativa sulla fuoriuscita dal lavoro, dal Decreto Salva Italia del 2011 alla rimodulazione dell'ordinamento pensionistico definito "multilivello" (da intendersi età + contributi), degli esodi incentivati con A.P.E. aziendale, di Naspi, di Cig, e quindi il tema che fa da sfondo alla previdenza è: il lavoro (v. anche *part-time* in uscita nel lavoro pubblico nella legge Madia).

Dal 2011 al 2015 è intervenuta una controriforma del diritto del lavoro? Come si domanda il prof. Fontana nel suo studio.

2. E allora? Qual è il circuito solidaristico per favorire i giovani? Dovendosi di necessità tenere conto che nel sistema pensionistico attuale c'è il cosiddetto "*inganno generazionale*".

Non vi annoio oltre, anche se non posso fare a meno di dire che la Corte di giustizia ha detto che l'uscita dal lavoro al compimento dell'età costituisce una discriminazione in forza dell'art. 6 della Direttiva n. 68.

Ecco allora che tutto è "*welfare*" e sussidiarietà, ragion per cui la politica sociale si trova ad un passaggio obbligato e a dover fare, ai fini pensionistici di necessità, un *balancing test* di proporzionalità tra diritti e bisogni, vale a dire tra il primo e il secondo comma dell'art. 38 Cost. e l'art. 97 Cost., non potendosi peraltro neppure ignorare che la rilettura giurisprudenziale sta diventando senz'altro ondivaga.

Termino con un cenno al testo di Diritto della previdenza sociale del prof. Cinelli, sul quale ho ripercorso l'itinerario normativo, cui aggiungo io qualche data (1924-1935-1939-1957-1958-1929), nell'intento di richiamare per passione personale alcune vertenze giudiziarie curate dallo Studio legale

Bianchini sul riconoscimento della “*mutualità scolastica*”, in precedenza affidata alla Società di Mutuo soccorso, e istituita a livello statale con l. 03/12/1939 n. 17, ai fini della pensione di invalidità e vecchiaia, della quale la Corte di Cassazione, con sentenza del 10 aprile 1978 n. 1674, ha ritenuto addirittura la utilizzabilità ai fini della pensione di anzianità.

È vero che gli anni 1980 sono ritenuti gli anni più felici per le pensioni!

3. Va detto che i previdenzialisti, talora aggirando la dura tematica del lavoro, del mercato, della rivoluzione tecnologica 4.0, delle differenze sociali e territoriali, della demografia (invecchiamento), della mobilità economica e sociale, fanno fatica a tenere il passo con la innovazione e la sostenibilità del sistema, preferendo invocare l’universalismo del *welfare* (Ammortizzatori sociali e quant’altro). Ieri peraltro si è tenuto il cosiddetto *Welfare Day* a cura del Censis.

Al Festival dell’Economia di Trento, direttore scientifico Tito Boeri, Presidente INPS, hanno propiettato il film di Ken Loach “Io Daniel Blake” – Palma d’oro a Cannes 2016”. Ove è stato esclamato: “*E lo chiamano Welfare!*”

A Trento si è anche inneggiato al Sistema sanitario italiano nato dalle ceneri delle mutue con l’adozione del modello universalistico britannico, il ricordato piano Beveridge “*Dalla culla alla bara*”.

Tornando a noi e tralasciando i problemi dei vecchi e nuovi L.E.A. (Livelli Essenziali di Assistenza) e le buone pratiche regionali e comunali (nella scuola mi sono impegnata nella docenza di Diritto regionale della sicurezza sociale, attingendo anche all’Economista mio omonimo che ha insegnato Economia anche in questa Università), ci troviamo a dover formulare, come giuslavoristi e previdenzialisti, una Diagnosi, che tenga conto del “fallimento” o meglio della inadeguatezza delle politiche redistributive pubbliche, e una doverosa Rifondazione del *welfare*, lasciando cadere le barriere tra diritto ed economia, in quella che si definisce Economia Circolare, una sorta di *Meta-morfosi ovidiana*.

4. Concludo: il diritto del lavoro è alla prova della modernizzazione davanti ai nuovi ineludibili scenari, al pari del sistema pensionistico, se vuole evitare l'“inganno generazionale”.

Dopo la Diagnosi, spetta a noi individuare la Terapia e i vaccini (fuori dal reddito di cittadinanza) (Alaska/Oregon e Finlandia), dovendosi tenere in conto che il diritto del lavoro non è una variabile indipendente, non è una sorta di diritto naturale, come del pari il diritto alla pensione.

Il volume raccoglie gli Atti del Convegno 1967/2017. *Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?* La sua pubblicazione vuole essere un punto di memoria della storia, oggi più che cinquantennale, della Scuola di Specializzazione in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza che, in continuità con l'intuizione del suo Fondatore, prof. Valente Simi, ha introdotto generazioni di giovani allo studio e alla conoscenza del Diritto della previdenza sociale e della sicurezza sociale.

Guido Canavesi, attuale Direttore della Scuola di Specializzazione in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza, è Ordinario di Diritto del lavoro, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata ed è il promotore dei Seminari Previdenziali Maceratesi volti a promuovere fra i giovani la conoscenza giuridica e lo studio delle tematiche previdenziali e, più in generale, del *welfare*. Su questi temi ha pubblicato *Mercato del lavoro e operatori privati*, Torino, 2017; *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla riforma Fornero*, Torino 2017; *Dialoghi sul welfare*, Quaderni della Sussidiarietà n. 15/2015 (www.sussidiarieta.net/files/allegatiquaderni/QS14.pdf).



eum edizioni università di macerata

€ 12,00

ISBN 978-88-6056-604-1



9 788860 566041