

# Mezzi adeguati alle esigenze di vita

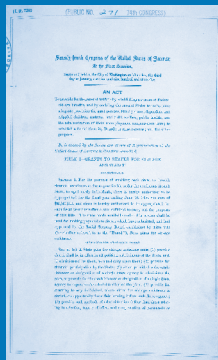
UN CONCETTO INEFFABILE?

Seminari Previdenziali Maceratesi - 2022

a cura di  
GUIDO CANAVESI  
EDOARDO ALES

Editoriale Scientifica

TEMI DI SICUREZZA SOCIALE



Collana  
diretta da  
G. Canavesi  
e E. Ales

# TEMI DI SICUREZZA SOCIALE

## **Direttori**

Edoardo Ales – Guido Canavesi

## **Comitato scientifico**

*Anna Alaimo - Alberto Avio - Ulrich Becker - Paola Bozzao - Rosa Casillo  
Silvia Ciucciiovino - Davide Casale - Antonio Di Stasi - Madia D'Ongbia  
Marco Esposito - Valeria Filì - Laura Foglia - Lorenzo Gaeta  
Marco Gambacciani - Stefano Giubboni - Giuseppe Ludovico - Sergio Nisticò  
Antonella Occhino - Paolo Pascucci - Pasquale Passalacqua - Emmanuele Pavolini  
Frans Pennings - Pietro Pozzaglia - Simonetta Renga - Giuseppe Sigillò Massara  
Michele Squeglia - José Luis Tortuero Plaza - Armando Tursi  
Riccardo Vianello - Herwig Verschueren - Tiziana Vettor*

Temi di sicurezza sociale è una collana di volumi *open access* che nasce sulla scia dell'esperienza dei Seminari Previdenziali Maceratesi, per favorire lo studio a livello scientifico di questa materia. Il titolo è volutamente ampio nella prospettiva di accogliere apporti conoscitivi da altri ambiti disciplinari tradizionalmente attenti ai temi del welfare e favorire approcci interdisciplinari.

**MEZZI ADEGUATI  
ALLE ESIGENZE DI VITA:  
UN CONCETTO INEFFABILE?**

Seminari Previdenziali Maceratesi - 2022

*a cura di*

Guido Canavesi – Edoardo Ales

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Si ringrazia l'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza  
Sociale per il patrocinio e il sostegno all'organizzazione  
dei Seminari e alla stampa del volume*

Tutti i volumi della collana sono soggetti a doppio refraggio

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)  
ISBN 979-12-5976-781-3

## Indice

ALESSANDRO GARILLI <i>Prefazione</i>	7
LAURA FOGLIA <i>Introduzione</i>	11
GUIDO CANAVESI <i>Mezzi adeguati alle esigenze di vita e criteri di calcolo delle prestazioni previdenziali nella prospettiva costituzionale</i>	15
GIUSEPPE LUDOVICO <i>Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale</i>	45
RICCARDO VIANELLO <i>Il principio di adeguatezza nella tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: contenuto e funzioni</i>	65
EDOARDO ALES <i>Reddito di inclusione, Reddito di cittadinanza e Assegno di Inclusione nel prisma dell'adeguatezza sistemica</i>	109
VALERIA ALLOCCA, IRENE CRISCI, DANIELA DEL DUCA, ROSSANA DETOMI, MARIA LAURA PICUNIO, GIOVANNI PIGLIALARMI <i>Infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. La specificità degli eventi e la tesi dell'adeguatezza sistemica: quale rapporto tra prestazioni previdenziali monetarie e prestazioni in servizi?</i>	145

ROSSELLA CIAVARELLA, CHIARA GAGLIONE, STEFANO IACOBUCCI, GIOVANNA PISTORE, FEDERICA STAMERRA, ALESSANDRO VENTURA, MARGHERITA VOLPES <i>Prestazioni assistenziali, prestazioni “ibride”, livelli essenziali delle prestazioni, mezzi adeguati: quali relazioni?</i>	205
PAOLO BERNARDO, ILARIA BRESCIANI, PIA DE PETRIS, NICOLA DELEONARDIS, CHIARA GARBUIO, GIANLUCA PICCO, MARZIA PIRONE <i>Le casse dei liberi professionisti tra solidarietà endocategoriale e sostenibilità economica</i>	241
FILIPPO BORDONI, GIULIA COLOMBO, MICHELE DALLA SEGA, RICCARDO FRATINI, TOMMASO MASERATI, MICHELA TUROLDI, MATTEO TURRIN <i>Previdenza complementare e mezzi adeguati alle esigenze di vita</i>	271
<i>Abbreviazioni delle Riviste</i>	329
<i>Autori</i>	333

## Prefazione

ALESSANDRO GARILLI

I Seminari Previdenziali Maceratesi rappresentano ormai da più di un lustro un appuntamento fisso per tornare a discutere dei problemi attuali del sistema di sicurezza sociale inteso nelle sue multiformi accezioni.

La sesta edizione dell'iniziativa, tenutasi nella suggestiva cornice di Capua, si è aperta all'insegna di un interrogativo tanto coraggioso quanto provocatorio: autorevoli studiosi e giovani ricercatori all'inizio del loro percorso accademico sono stati chiamati a riflettere sull'art. 38, comma 2, Cost., ed in particolare sul significato della formula "mezzi adeguati alle esigenze di vita", che la dottrina più autorevole ha sempre ritenuto contraddistinta da un elevato tasso di ambiguità e indeterminatezza, al punto da sollevare il dubbio che si tratti di un concetto ineffabile.

Ovviamente fornire una risposta ad un simile quesito non è affatto semplice, specialmente laddove si consideri l'effetto perturbativo cui è quotidianamente sottoposto il sistema di protezione sociale italiano, che è chiamato a fare i conti con una pluralità di fattori in grado di offuscare *l'ubi consistam* della garanzia costituzionale e la dimensione minima incompressibile dei diritti previsti dall'art. 38 Cost.

La questione demografica, l'invecchiamento progressivo della popolazione, l'emersione di nuovi bisogni e di nuove categorie di persone bisognose (si pensi ai cd. *working poors*), l'innovazione tecnologica applicata ai processi produttivi ed i suoi effetti sul mercato del lavoro, ma soprattutto l'incessante esigenza di preservare gli equilibri di finanza pubblica, sono solo alcuni degli elementi che incidono sui livelli di prestazione adeguata e sulle scelte legislative volti a predeterminarli.

In questo contesto la componente discrezionale delle valutazioni operate dal decisore pubblico assume un ruolo nevralgico e sostanzialmente assorbente, soggiacendo unicamente al controllo di ragionevolezza operato dalla Corte Costituzionale, che è chiamata con sempre



maggior frequenza a vagliare la legittimità delle misure compressive dei trattamenti di previdenza, anche alla luce dell'attuazione del principio solidaristico (art. 2 Cost.) e dell'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost).

Gli scritti contenuti nel presente volume affrontano questo affascinante tema da più angoli di visuale e con diverse sensibilità sul piano analitico e culturale.

Il saggio di Guido Canavesi, che apre la raccolta degli atti, esamina il problema dell'adeguatezza delle prestazioni sociali in ambito pensionistico, proponendo una raffinata lettura che mira a liberare l'attuazione del programma indicato dall'art. 38, comma 2, cost., dal tradizionale "abbraccio" con la logica corrispettiva di cui all'art. 36 Cost.

La ricostruzione, che lo stesso Autore non esita a definire ardita sul piano metodologico, non costituisce soltanto una proposta di inquadramento dogmatico del concetto di adeguatezza delle prestazioni alle esigenze vitali, ma prospetta anche significative ricadute applicative, a partire dall'individuazione dei limiti agli interventi riduttivi dei trattamenti pensionistici per esigenze di bilancio.

In perfetta linea di continuità con tale percorso di analisi si pone lo scritto di Giuseppe Ludovico, che esamina il tema della sostenibilità finanziaria delle tutele previdenziali alla luce della giurisprudenza costituzionale intervenuta negli anni della crisi dei debiti sovrani, offrendo numerosi spunti per una riflessione critica sull'impatto intergenerazionale delle scelte legislative che hanno orientato – e che continuano ad orientare – la legislazione in materia pensionistica in funzione della costante decrescita delle risorse economiche disponibili.

Nell'ambito della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, oggetto del saggio di Riccardo Vianello, il concetto di mezzi adeguati alle esigenze di vita viene sviluppato ancora una volta in un'accezione espansiva, cioè finalizzata a svincolare la prestazione previdenziale dalla mera "vita lavorativa" del titolare del diritto, per intercettare bisogni essenziali che travalicano la sfera produttiva: l'idea, pienamente condivisibile, è che il sistema previdenziale debba far fronte non solo all'esigenza di recupero della capacità di produrre reddito dell'infortunato (secondo lo schema dell'"uomo macchina"), ma perseguire anche l'obiettivo del recupero psicologico e sociale della persona umana.

In una prospettiva particolarmente suggestiva si colloca il saggio conclusivo di Edoardo Ales, che propone un'interpretazione attualizzata e sistemica dell'art. 38, comma 2, Cost., costruita sul collegamento tra le garanzie previste da tale disposizione e le politiche e i servizi per il lavoro: in tal modo sposando una visione olistica dei “mezzi adeguati alle esigenze di vita”, che dovrebbero essere assicurati attraverso la combinazione virtuosa fra “*benefits in cash*” e “*benefits in kind*”, ma soprattutto coprire situazioni di rischio ulteriori rispetto a quelle testualmente previste dal dettato costituzionale: ad esempio includendo nel contenitore della “disoccupazione involontaria” anche le ipotesi in cui l'occupazione c'è ma può andare perduta (è il caso degli ammortizzatori sociali), o quella del lavoro che manca nei segmenti della popolazione più marginali e a rischio di emarginazione sociale.

Naturalmente il tema è di grande rilevanza alla luce dell'ormai compiuta abrogazione del Reddito di Cittadinanza, che il «Decreto Lavoro» (d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito con modificazioni in legge 3 luglio 2023, n. 85) ha sostituito con i due nuovi – e assai diversi – strumenti denominati “assegno di inclusione” e “supporto per la formazione lavoro”, accomunati dalla significativa riduzione della platea dei beneficiari del sussidio e dal rigore dei meccanismi di condizionalità.

Nella visione politica dell'esecutivo in carica siffatte misure dovrebbero costituire il mezzo più adeguato per conseguire gli obiettivi del contrasto alla povertà e della realizzazione del diritto – dovere al lavoro, rispondendo alle direttive di equità ed inclusione sociale previsti dalla Costituzione.

Resta il fatto che l'abrogazione del Reddito di cittadinanza prospetta scenari assai incerti, collegati al venir meno di un meccanismo universalistico che, al netto dei suoi pur numerosi difetti strutturali, aveva contribuito secondo tutte le statistiche a ridurre le disegualianze sociali attraverso l'offerta di un sostegno economico a numerose famiglie che vivevano sotto la soglia di povertà.

Nella qualità di Presidente dell'A.I.D.La.S.S. non posso che esprimere il mio più vivo compiacimento per l'attenzione che gli organizzatori dei Seminari Previdenziali Maceratesi hanno riservato a tematiche così delicate ed attuali, proseguendo nel percorso di coinvolgimento e partecipazione attiva delle giovani generazioni di studiosi,

su cui anche l'Associazione ha ritenuto di dover investire in misura sempre più convinta e determinata.

Rinnovo dunque il consueto augurio per le future edizioni dell'iniziativa, che certamente non mancheranno di regalare nuove suggestioni e preziose occasioni di confronto.

## Introduzione

LAURA FOGLIA

Gli interventi di progressivo riassetto del sistema previdenziale, in particolare pensionistico, succedutisi nell'arco di oltre venti anni in vista del perseguimento del riequilibrio finanziario del sistema stesso hanno innescato un fenomeno erosivo dei relativi trattamenti che se, da un lato, è valso a conseguire notevoli progressi nella direzione della sostenibilità finanziaria, dall'altro ha finito per incidere negativamente sul piano dell'effettività della garanzia costituzionale dell'adeguatezza dei trattamenti alle esigenze di vita apprestata dall'art. 38, secondo comma, Cost.

Di qui l'affermarsi di un intenso dibattito dottrinale, sollecitato anche dalle sopraggiunte pronunce dei giudici di legittimità, sul rapporto dialettico tra sostenibilità e adeguatezza delle prestazioni e, dunque, sulla valenza semantica che nella richiamata norma costituzionale assume l'anzidetto parametro e sui principi che debbono presidiare la valutazione dello stesso.

Si tratta di un tema, com'è noto, risalente, considerata la relatività definitoria della specifica espressione "mezzi adeguati alle esigenze di vita", ma che oggi è al centro delle più ampie discussioni dottrinali e giurisprudenziali, come dimostrano i più recenti interventi della giurisprudenza costituzionale sul punto che ci inducono ad una rinnovata riflessione sulla definizione della relativa espressione costituzionale, ancor più necessaria dopo la vissuta emergenza pandemica, l'attuale crisi energetica e inflazionistica, che hanno posto alla ribalta nuove vulnerabilità e dunque l'urgenza di copertura di inediti bisogni sociali collegati alla dignità della persona.

Formula la cui determinazione rappresenta la chiave di volta per la ridefinizione dell'intero sistema in quanto coinvolge i diversi aspetti e ambiti di intervento della materia, nel quadro della più generale esigenza di riassetto della medesima verso un obiettivo di sicurezza sociale che chiama in causa la solidarietà sociale e colletti-

va in vista dell'attuazione dell'uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

Una questione, tuttavia, ancora irrisolta su cui continuano a fronteggiarsi due distinti orientamenti: l'uno, che risentendo della tradizionale impostazione assicurativa-occupazionale del sistema, tende ad allineare il principio di adeguatezza delle prestazioni al criterio di proporzionalità delle retribuzioni, così che i trattamenti risultino tarati sulla storia retributiva del lavoratore, l'altro che, nel ricondurre la garanzia avverso i rischi sociali nell'alveo dei fini fondamentali dello Stato-istituzione e dei doveri sociali dello Stato-comunità, valorizza il principio solidaristico quale fondamento di un'azione pubblica di adeguamento del sistema di sicurezza sociale al rinnovarsi del contesto socio-economico, con specifico riferimento all'assetto del mercato del lavoro, demografico e finanziario, in modo tale che la misura dei trattamenti possa di volta in volta rinvenirsi in quella che valga ad assicurare anche *pro futuro* l'operatività della garanzia costituzionale.

Senza considerare, oltretutto, che nel concetto di adeguatezza vanno ricompresi anche i servizi e non solo le prestazioni economiche monetarie.

Una ricostruzione, quest'ultima che, sul piano ermeneutico, si risolve nella completa sovrapposizione tra il primo e il secondo comma dell'art. 38 Cost., venendo così sufficienza e adeguatezza a convergere nell'identificazione del livello di protezione assicurato dalla norma, ovvero quel livello ritenuto, sulla base di una valutazione rimessa alla discrezionalità del legislatore, destinata a trovare limite nel raggiungimento delle condizioni che garantiscono l'equilibrio finanziario del sistema, idoneo al fine di superare la condizione di bisogno sociale, a prescindere dalle situazioni personali di ogni singolo soggetto; con conclusivo approdo del sistema, modulato in relazione ad opzioni legislative da ritenersi insindacabili, in particolare se ricondotte al principio, ormai costituzionalizzato, di equilibrio del bilancio, ad una protezione di stampo strettamente *beveridgiano*.

Il che, peraltro, in sintonia con le medesime missioni e obiettivi di cui al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza del 2021, che recepisce le indicazioni del Pilastro Europeo dei diritti sociali e

dell'Agenda Onu 2030 sullo Sviluppo sostenibile dove le parole chiave sono equità ed inclusione<sup>1</sup>.

Ciò, nonostante la lettura fornita dalla Corte Costituzionale con riguardo alla rilevanza del vincolo di pareggio del bilancio che sostanzialmente lo degrada da parametro valutativo di legittimità dei diritti ad elemento del giudizio di contemperamento tra diritti ed economia con il sancire che “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione” (*id est*: Corte cost. n. 275 del 2016).

E tanto condividendo l'opinione di Pasquale Sandulli, senza che una impostazione della problematica nei termini descritti induca quale logica conseguenza ad una soluzione “*pauperistica*”; imponendosi, al contrario, come assolutamente ineludibile, mutuando le parole del Maestro “una seria ed equilibrata ripresa economia che consenta di destinare risorse al secondo livello”<sup>2</sup>, ritenuto, in conformità ai dettami del giudice delle leggi, funzionalmente più idoneo all'apprestamento della garanzia, qualitativamente diversa e più ampia rispetto alla copertura delle esigenze di vita, del mantenimento del tenore di vita conseguito in ragione del lavoro prestatto.

L'adesione ad una tale lettura della norma costituzionale avrebbe il pregio di scongiurare derive universalistiche, pure autorevolmente invocate, confermando l'attuale impostazione assicurativo-occupazionale del sistema, suscettibile di incorporare una componente meritocratica, così evitando di scadere nel mero assistenzialismo.

L'espressione “mezzi adeguati alle esigenze di vita”, così, seppur

<sup>1</sup> Sull'argomento si veda di recente: D. GAROFALO, *I diritti sociali nella bufera della pandemia*, in *Bollettino Adapt*, Working paper, 2023, il quale richiamando le recenti riforme collegate al PNRR e finora varate (si pensi *in primis* alla l. n. 197 del 2022 (legge di bilancio per il 2023), nonché la l. n. 234 del 2021 (legge di bilancio per il 2022), alla l. n. 227 del 2021 (legge delega sulla disabilità), al d.lgs. n. 230 del 2021 (assegno unico universale), ed ai d.l. n. 146 del 2021 e n. 152 del 2021 (mercato del lavoro, formazione e istruzione e da ultimo al d.l. n. 48 del 2023, “decreto lavoro” che introduce l'Assegno di inclusione)) ne rimarca “una impostazione ideologica che evoca un paradigma solidaristico marcatamente assistenziale, piuttosto che una logica corrispettivo-previdenziale”.

<sup>2</sup> P. SANDULLI, *Perequazione delle pensioni e legittimità costituzionale*, in [www.mefop.it](http://www.mefop.it), ottobre 2017.

ancora allo stato indefinibile, rappresenta cionondimeno elemento portante del sistema che ci impone di ricordare il passato, la Costituzione, con il prezioso patrimonio che ci ha lasciato in eredità ma che ci deve proiettare in un futuro sempre più impegnativo in cui la previdenza deve recuperare appunto la dignità del suo ruolo ineludibile nelle attuali dinamiche delle relazioni economico sociali.

## Mezzi adeguati alle esigenze di vita e criteri di calcolo delle prestazioni previdenziali nella prospettiva costituzionale\*

GUIDO CANAVESI

SOMMARIO: 1. *L'adeguatezza delle prestazioni previdenziali, problema vecchio e nuovo* – 2. *Una ricognizione dei dati normativi. L'art. 38 e le sue connessioni interne: il comma 2 versus i commi 1 e 4* – 3. (segue): *il rapporto fra i commi 2 e 5 e l'incidenza dell'art. 117* – 4. (segue): *l'inconsistente relazione tra art. 36, comma 1, e art. 38, comma 2, Cost.* – 5. *Garanzia previdenziale, bisogno, esigenze di vita* – 6. *Prestazione adeguata e legislazione ordinaria. Cenni* – 7. *La complessa prospettiva della definizione dei livelli di adeguatezza. Un ritorno ai Padri costituenti?*

### 1. *L'adeguatezza delle prestazioni previdenziali, problema vecchio e nuovo*

Non credo sia errato datare agli anni '90 del secolo scorso l'effettivo interesse della dottrina riguardo al significato e al contenuto dei “mezzi adeguati alle esigenze di vita”, quale livello costituzionalmente dovuto dei trattamenti di previdenza obbligatoria<sup>1</sup>.

In effetti, anche nel quadro di una più generale inattuazione, balza all'occhio la quasi totale assenza, almeno fino alla fine degli anni '50, di scritti dedicati alle innovazioni costituzionali in materia previdenziale<sup>2</sup>.

\* Il presente testo, salvo i §§ 2 e 6 (parziale), riprende con aggiornamenti e semplificazioni il saggio *Mezzi adeguati alle esigenze di vita tra realtà e utopia*, pubblicato nella Rivista *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro*, n. 4/2021.

<sup>1</sup> Di «scarsa riflessione» dedicata al tema parlava già M. CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 1989, p. 30. Analogamente, più di recente, R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 166; M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 289.

<sup>2</sup> Tra i pochi contributi di segnalano, G. GUARINO, *La previdenza sociale nella Costituzione italiana e nelle altre costituzioni*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1952, p. 579 ss.; ID., *Brevi osservazioni in tema di Costituzione e previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*,



E meno di un decennio dopo a rendere superflua – o quantomeno mettere in secondo piano – la riflessione sul tema fu soprattutto l'accresciuta promessa pensionistica pubblica, frutto dell'estensione a tutti i lavoratori dipendenti del settore privato<sup>3</sup>.

Promessa, però, non riferibile ai lavoratori autonomi, destinatari di una tutela previdenziale all'epoca in fase di avvio ed a lungo forgiata su un metodo di calcolo contributivo e sull'autofinanziamento di categoria. In realtà, la loro estraneità al tema dell'adeguatezza era e resterà, fino a tempi recenti, legata a motivazioni metagiuridiche, quali, in particolare, la condizione, vera o presunta, di benessere economico e sociale conseguente alla posizione professionale<sup>4</sup> e l'esistenza di conflitti sociali di classe.

Solo a datare del 1980, con la riforma della previdenza forense, le previdenze di categoria approderanno alla pensione reddituale, traguardo raggiunto un decennio dopo anche dagli iscritti alle tre gestioni speciali INPS dei lavoratori autonomi (l. 2 agosto 1990, n. 233)<sup>5</sup>. Di lì a poco, tuttavia, i lavoratori autonomi INPS verranno d'imperio inclusi nella generale trasformazione "contributiva", che ha ridotto la misura dei trattamenti pensionistici<sup>6</sup>, mentre, all'iniziale esclusione dei libe-

1955, p. 691 ss.; M. PERSIANI, *Il diritto dei soggetti protetti dall'I.N.A.M. ad un'assistenza adeguata*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1016 ss.

<sup>3</sup> In tema, nel periodo compreso fra la l. 30 aprile 1969, e la fine degli anni '80, M. DELL'OLIO, *Previdenza sociale, capacità di guadagno e distinzione tra impiegati e operai*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2019 ss.; G. ALIBRANDI, *In tema di prestazione previdenziale adeguata: principio di eguaglianza ed evoluzione legislativa*, in *Mass. giur. lav.*, 1974, 280 ss.; ID., *La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1977, p. 358 ss.

<sup>4</sup> Per tutti, A. ALAIMO, *Il lavoro autonomo fra nuove «debolezze» e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 231 ss.; C. GAROFALO, *I lavoratori autonomi durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in D. GAROFALO (a cura di), *Covid-19 e sostegno al reddito*, ADAPT, Modena, 2020, <https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=32>, 247 ss.; G. CANAVESI, *Le tutele per i lavoratori autonomi*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, p. 587 ss.

<sup>5</sup> M. PERSIANI (a cura di), *Riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1991, p. 1163 ss.

<sup>6</sup> Art. 1, comma 6, l. 8 agosto 1995, n. 335, e, in proposito, R. PESSI, *Corrispettività e solidarietà nel nuovo sistema previdenziale*, in ID. (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova, 1995, p. 1 ss.; C. CESTER, *Il quadro giuridico: principi*

ri professionisti, suggellata dalla privatizzazione delle Casse di previdenza, seguirà un articolato e differenziato processo d'attrazione avviato dall'art. 24, comma 24, d.l. 6 dicembre 2011, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214. Quale principio ormai divenuto generale, inoltre, il calcolo contributivo riguarderà *ab origine* sia la poliedrica area soggetta alla Gestione Separata<sup>7</sup> sia le nuove professioni "ordinistiche" di cui al d.lgs. 6 febbraio 1996, n. 103<sup>8</sup>.

Ora, a raccordare quanto finora osservato, si evidenzia un collegamento tra l'avvio del dibattito sull'adeguatezza delle prestazioni e l'intervento legislativo di modifica in senso peggiorativo, per i lavoratori in genere, delle regole di calcolo dei trattamenti pensionistici<sup>9</sup>. Collegamento, a ben vedere, rintracciabile, sia pure in termini peculiari, anche nella nota decisione della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 70, vero momento di decollo della discussione sul tema<sup>10</sup>.

Si tratta, in realtà, di un collegamento non solo temporale e tutt'altro che estemporaneo o occasionale. Secondo la lettura maggioritaria<sup>11</sup>, sussiste un nesso indefettibile tra modalità di determinazione (della misura) dei trattamenti previdenziali e mezzi adeguati, tale per cui il primo costituisce il punto di confluenza e di trasparenza di tutti i

*generali e linee di tendenza*, in ID. (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 3 ss.; M. MISCIONE, *Il sistema di calcolo contributivo per i trattamenti pensionistici*, *ivi*, p. 59 ss.

<sup>7</sup> Art. 2, comma 26, e sul punto R. VIANELLO, *La nuova tutela previdenziale per le attività di lavoro autonomo, libero-professionale e di collaborazione coordinata e continuativa*, in C. CESTER (a cura di), *cit.*, p. 289 ss.; M. CINELLI, *Positività e incongruenze della quarta gestione INPS*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, p. 311 ss.

<sup>8</sup> G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla riforma Fornero*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>9</sup> Contesta sia la maggiore onerosità delle pensioni retributive rispetto a quelle contributive sia la misura necessariamente inferiore di queste, R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, *cit.*, p. 202 ss. Vedi anche, E. ALES, *Il sistema pensionistico a 25 anni dalla riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 600 ss.

<sup>10</sup> Ad essa hanno fatto seguito Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173; Corte cost. 1° dicembre 2017, n. 250; Corte cost. 9 novembre 2020, n. 234.

<sup>11</sup> Per uno schizzo del quadro generale, M. CINELLI, *La previdenza che cambia: appunti su «relatività» e variazioni fisiognomiche dei diritti sociali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 1 ss.; anche M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 2013, p. 47 ss.

profili rilevanti per la definizione in concreto dell'adeguatezza, dai cambiamenti socioeconomici<sup>12</sup> alla sostenibilità finanziaria, ormai imposta dall'art. 81 Cost.<sup>13</sup>.

Ma si può andare anche oltre. Difatti, il tema della prestazione adeguata è stato posto anche in termini di *effettività* della tutela rispetto alla riduzione delle risorse disponibili<sup>14</sup> e questa impostazione nasconde un'implicita valutazione di inidoneità del metodo di calcolo contributivo, rispetto alla garanzia costituzionale, anche in paragone al "prima", cioè alla pensione retributiva.

La duplice domanda che possiamo porci, allora, è *se e quanto* sia corretto questo legame tra prestazione adeguata e metodo di calcolo.

## 2. Una ricognizione dei dati normativi. L'art. 38 e le sue connessioni interne: il comma 2 versus i commi 1 e 4

Alla ricerca di una risposta occorre premettere che essa assumerà a referente i dati legislativi, privilegiando nella loro lettura il formante dottrinale rispetto a quello giurisprudenziale, il cui richiamo sarà limitato all'essenziale, essendo oggetto di altra relazione.

Si tratta di una scelta metodologica forse "ardita", che, tuttavia, sembra utile ad una migliore chiarificazione e comprensione di termini e fattori del tema indagato.

Nella prospettiva indicata, punto di partenza non può che essere la Costituzione, in particolare l'art. 38, ma anche il successivo art. 117.

Al riguardo, conviene dapprima soffermarsi su alcune connessioni, finora pacifiche, fra il comma 2 e le altre parti dell'art. 38.

La prima e più solida è la differenza tra i livelli di tutela individuati

<sup>12</sup> Si allude, in particolare, al crescente fenomeno del "lavoro povero", su cui, per alcune considerazioni in relazione al nostro tema, R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., p. 201 ss. Più in generale, vedi i saggi pubblicati in *Lav. dir.*, 2018, n. 3.

<sup>13</sup> G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 1 ss.; M. D'ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 93 ss.; ID., *Diritti previdenziali*, cit., p. 92 ss.

<sup>14</sup> M. CINELLI, *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 21 ss.

nei primi due commi, tale per cui il trattamento adeguato si pone al di sopra dei «mezzi necessari per vivere»<sup>15</sup>.

Peraltro, vanno segnalati due elementi che sembrano offuscare la chiarezza di questa consolidata affermazione.

Innanzitutto, nel sistema di calcolo contributivo, al compimento dell'età pensionabile, la carenza degli ulteriori requisiti per il diritto alla pensione di vecchiaia, ne determina il differimento al compimento del 70° anno d'età, allorché, in presenza di un'anzianità contributiva almeno quinquennale, sarà erogata una prestazione commisurata ai contributi versati, quale che ne sia il valore. La misura del trattamento potrebbe perciò risultare non solo inferiore al generale requisito dell'importo soglia di almeno 1,5 volte l'assegno sociale, quanto perfino di quest'ultima prestazione, che ha, è noto, natura assistenziale, seppure speciale<sup>16</sup>.

Ne consegue un problema di conformità all'art. 38, comma 2, Cost., salvo, come pure da alcuno prospettato, negare la natura previdenziale della prestazione<sup>17</sup>, ciò che, peraltro, non esclude ulteriori dubbi, in relazione, però, all'assistenza sociale e soprattutto all'assegno sociale.

Difatti, il meccanismo così congegnato apre all'alternativa fra prestazione previdenziale e assistenziale, almeno a parità di condizione reddituale, perché il lavoratore potrebbe decidere di cessare dal lavoro prima della maturazione del diritto a pensione, per puntare sulla seconda, ove di maggiore entità.

<sup>15</sup> Tra i molti, G. ALIBRANDI, *La prestazione previdenziale adeguata*, cit., p. 365; G.G. BALANDI, *Assicurazione sociale*, in *Dig. IV, sez. comm.*, Utet, Torino, 1987, p. 389; M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 57-58; A. BATTISTI, *L'«adeguatezza» della prestazione tra Costituzione e riforme legislative*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 317-318 e 327; R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., p. 173 ss. Sembra ammettere l'identificazione, quanto all'ammontare, tra minimo vitale e prestazione minima previdenziale S. RENGA, *La tutela sociale dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 78 ss.

<sup>16</sup> Corte cost. 15 marzo 2019, n. 50; Cass. 17 agosto 2022, n. 24849.

<sup>17</sup> In tal senso, sembra, S. RENGA, *La tutela sociale dei lavori*, cit., p. 69. Invece, per i dubbi di costituzionalità, R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., p. 208 ss.; G. CANAVESI, *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 678 ss.

S'appalesa così una linea di faglia che opacizza la distinzione tra i due livelli di tutela.

Altra e più rilevante espressione di tale linea era rintracciabile nell'ora abrogata disciplina del reddito di cittadinanza (RdC), la cui entità, pur graduata in relazione ad una molteplicità di fattori, risultava nel suo massimo (e non solo) comunque maggiore del valore soglia per accedere alla pensione, sopra ricordato.

Escluso il tratto previdenziale, la natura della misura secondo la Corte Costituzionale neppure sarebbe stata «meramente» assistenziale: in quanto affiancata da «un percorso formativo e d'inclusione» che «va al di là della pura assistenza economica», infatti, essa si «differenzia...dalle provvidenze sociali, la cui erogazione si fonda essenzialmente sul solo stato di bisogno», quali le «misure di sostegno indispensabili per una vita dignitosa» (pensione d'inabilità civile; pensione di cittadinanza; assegno sociale)<sup>18</sup>.

In realtà, la ricostruzione non convince, almeno nella misura in cui finisce per confinare l'assistenza sociale entro una dimensione esclusivamente economica. Anche così, tuttavia, è manifesta la tensione che si verifica tra i principi costituzionali.

Quanto ai rapporti tra i commi 2 e 4, l'inesistenza di vincoli costituzionali in ordine alle modalità di realizzazione dei fini assistenziali e previdenziali investe anche le forme di finanziamento lasciate alle scelte del legislatore ordinario, che può spaziare dalla completa fiscalizzazione all'opposto della leva integralmente contributiva, passando anche per schemi misti<sup>19</sup>.

Le ricadute dell'adozione dell'uno o dell'altro assetto non sono di poco conto.

Innanzitutto, in presenza di un finanziamento mediante la leva fiscale più ampia è la discrezionalità del legislatore nel definire il livello di "adeguatezza" della prestazione, ovvero di soddisfazione dell'interesse pubblico garantito. Invece, qualora rilevi la contribuzione datoriale e/o dei lavoratori, sebbene sia oramai tramontata la sua ricostruzione quale "retribuzione differita" o "salario previdenziale", è impre-

<sup>18</sup> Corte cost. 21 giugno 2021, n. 126; Corte cost. 25 gennaio 2022, n. 19.

<sup>19</sup> Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78; Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 36; Corte cost. 11 gennaio 2017, n. 7.

scindibile – almeno secondo la Corte costituzionale e la dottrina maggioritaria – una qualche valutazione del merito contributivo del singolo lavoratore.

Ma c'è di più.

Anche dopo la trasformazione in enti di diritto privato, le casse di previdenza professionale continuano ad assolvere le medesime funzioni di previdenza obbligatoria già esercitate nella precedente veste pubblicistica. Ne segue che anche per loro vale la garanzia della prestazione adeguata. Questa, tuttavia, o, quantomeno, i modi con cui viene determinata assumono una particolare flessione, soprattutto in considerazione della saldatura tra principio di autofinanziamento contributivo e autonomia regolamentare dell'ente, su cui, inoltre, proietta la sua ineludibile influenza una regola di equilibrio di bilancio positivizzata e anzi proiettata nel futuro (art. 1, comma 3, d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, e art. 3, comma 12, l. 8 agosto 1995, n. 335).

Replicando, dunque, la dinamica già osservata, anche in questo particolare contesto, misura adeguata della prestazione e regole di calcolo tendono a confondersi. La questione è, però, complicata dal fatto che ad adottarle sono gli organi di gestione degli enti privatizzati o *ab origine* privati, mentre la Corte costituzionale ne ha affermato la natura regolamentare, precludendone così la sottoposizione al vaglio di costituzionalità<sup>20</sup>.

Ne deriva più di un interrogativo sull'effettività e la tutelabilità della situazione soggettiva del singolo libero professionisti, nonostante la più generale linea di astensione dalla valutazione di adeguatezza della Corte Costituzionale, giustificata dalla necessità di non invadere un ambito riservato alla discrezionalità del legislatore<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Corte cost. (ord.) 25 novembre 2016, n. 254.

<sup>21</sup> E. ALES, *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte Costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 521 ss. In senso critico, anche M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati*, cit., p. 287.

### 3. (segue): *il rapporto fra i commi 2 e 5 e l'incidenza dell'art. 117*

Un terzo aspetto tocca il comma 5 dell'art. 38 e coinvolge anche l'art. 117 Cost.

Per quanto libera, ossia riguardante interessi privati, e dunque al-  
tra dalla previdenza obbligatoria, l'assistenza privata, comprensiva del-  
le misure previdenziali, vede ridursi i propri spazi di agibilità quanto  
più cresce il livello di tutela garantita dal comma 2. E poiché quella li-  
bertà, ad una lettura sistematica dell'art. 38, non può essere annullata,  
ecco che per quanto sia ampia la discrezionalità del legislatore essa  
trova limite proprio nell'adeguatezza della prestazione.

Ciò significa che l'individuazione di questo punto di confine è co-  
stituzionalmente doverosa per il legislatore e dunque occorre stabilire  
un tetto massimo al trattamento previdenziale spettante.

Peraltro, questa impostazione è rimasta assolutamente minoritaria  
anche tra gli interpreti ed è stata nell'un caso formulata in termini ipo-  
teticici e senza chiarire se quel tetto debba essere individuato in via di-  
retta o altrimenti<sup>22</sup>, nell'altro giustificata in ragione della «rilevanza so-  
ciale, non individuale, del bisogno *ex art. 38*, comma 2 Cost., in uno  
col dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*», nell'ambito di una visione  
dell'adeguatezza c.d. "partecipativa" e con identificazione del tetto nel  
massimale *ex art. 2*, comma 18, l. n. 335 del 1995<sup>23</sup>.

In ogni caso, non è condivisibile la tesi secondo cui è ben possibile  
prevedere trattamenti *più che adeguati*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> La tesi è stata formulata da C. A. NICOLINI, *I problemi della contribuzione previ-  
denziale*, Eum, Macerata, 2008, p. 59. In precedenza, per la considerazione che «le  
stesse esigenze di solidarietà che hanno indotto a prevedere la garanzia di un minimo  
di pensione avrebbero dovuto anche determinare la previsione di un massimo di pen-  
sione», perché la loro funzione «si esaurisce tutte le volte che raggiungono un livello  
adeguato», M. PERSIANI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, II, parte speciale,  
Cedam, Padova, 1977, p. 69. Il «problema dei limiti "verso l'alto" della garanzia costi-  
tuzionale» in caso di elevati livelli retributivi era stato prospettato da M. CINELLI,  
*Problemi di diritto della previdenza sociale*, cit., p. 29. Accenna ad una prospettiva in  
parte analoga, G. GUARINO, *Brevi osservazioni*, cit., p. 696.

<sup>23</sup> R. CASILLO, *Benessere pensionistico e scarsità delle risorse dopo la l. 214/2011*, in  
*Dir. lav. merc.*, 2014, p. 386.

<sup>24</sup> In tal senso, M. CINELLI, *I livelli di garanzia*, cit., pp. 54 e 60, nonché Corte  
cost. 4 dicembre 2002, n. 506 e Corte cost. 4 luglio 2006, n. 256.

Né osta a questa conclusione l'ambiguo inquadramento della previdenza complementare nel comma 2 dell'art. 38 Cost.: quand'anche così fosse, infatti, resterebbe da fissare il confine tra i differenti interessi coinvolti. Non a caso, l'intrinseca contraddizione tra compartecipazione alla definizione dei mezzi adeguati e disponibilità individuale sarebbe risolvibile, secondo voci autorevoli, soltanto rendendo obbligatoria l'iscrizione ai fondi pensione<sup>25</sup>.

Peraltro, a prescindere da ogni valutazione di merito<sup>26</sup>, proprio la funzionalizzazione alla tutela obbligatoria, accentua le difficoltà definitorie del livello di adeguatezza, così collegato, oltre che alle regole di calcolo, all'eventuale sommatoria tra due prestazioni. Con quali conseguenze? In sostanza, la relativizzazione della prestazione adeguata, ormai collegata a una pluralità di scelte individuali, ancorché connesse a momenti, situazioni od anche luoghi del rapporto di lavoro: quella, innanzitutto, sul *se* aderire ed allora sul *fondo o piano individuale* cui aderire; quella – nei limiti consentiti dalla legge - tra prestazioni garantite dai fondi pensione in relazione al contratto collettivo applicabile o in caso di trasferimento della posizione contributiva; quella connessa all'esistenza di un fondo regionale.

Quest'ultima ipotesi chiama in causa anche l'art. 117 Cost. laddove riconduce la *previdenza sociale*, all'esclusiva competenza dello Stato, mentre rimette quella *integrativa e complementare* alle Regioni in via di legislazione concorrente: una distinzione che si proietta oltre il piano immediato del riparto legislativo, presupponendo la diversità delle materie e dunque l'afferenza della prestazione adeguata alla prima.

In questa direzione, del resto, va anche la nota previsione che assegna sempre allo Stato la definizione dei *livelli essenziali delle prestazioni* (LEP). Il tema, in realtà, ha finora solo lambito il diritto sociale alla previdenza obbligatoria, osservandosi, in particolare, che l'adeguatezza

<sup>25</sup> M. CINELLI, *Alcune riflessioni sulla previdenza complementare riformata*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 414; R. PESSI, *Previdenza complementare e previdenza privata*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2002, p. 667. Per una differente soluzione, M. GAMBACCIANI, *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, Jovene, Napoli, 2011, p. 284.

<sup>26</sup> In senso critico, sia pure secondo differenti prospettive, G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998; M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Cacucci, Bari, 2022.



è «qualcosa di più e di diverso»<sup>27</sup>, il che sarebbe esatto se l'essenzialità coincidesse con una prestazione minima. Tuttavia, questa prospettiva è priva di riscontro nella dottrina previdenziale<sup>28</sup> e soprattutto non collima con la configurazione dei LEP quali *standard* strutturali, qualitativi e quantitativi delle prestazioni<sup>29</sup>.

Peraltro, proprio sui LEP si fonda una configurazione dei mezzi adeguati a geometria variabile, composta da un livello, appunto, essenziale, perciò indefettibile e indisponibile, ed uno ulteriore, invece, *non* essenziale, a tutela non necessaria e comunque disponibile<sup>30</sup>. D'altra parte, a prescindere da tali livelli, una tesi analoga ipotizza un livello massimo di prestazione adeguata affiancato ad un «minimo in assoluto», venendo così a delineare «una “fascia” di trattamenti tutti parimenti connotati» dall'adeguatezza. E, richiamando la discrezionalità del legislatore, sostiene che questa si atterrebbe diversamente *entro e oltre questa fascia*: in quest'ultima, infatti, essa sarebbe «fornita (viceversa) di piena estensione», consentendo «trattamenti pensionistici calibrati sul tenore di vita dell'interessato, direttamente proporzionali al livello retributivo raggiunto, o parametrati (addirittura e più in generale) alle dinamiche retributive». Per converso, ciò significa ammettere che anche nella prima fascia opera la discrezionalità, tuttavia non dotata «di piena estensione»<sup>31</sup>, nel senso, si deve ritenere, che, a fronte di

<sup>27</sup> Così, G. CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 199.

<sup>28</sup> Del tema la dottrina s'è occupata in modo marginale e in anni di poco successivi al 2001: E. ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e «livello essenziale di prestazione» nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'«uguaglianza solidale»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, p. 349 ss.; C. LAGALA, *Le Regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, *ivi*, p. 363 ss.; M. CINELLI, *Federalismo, sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*, in M. CINELLI, S. GIUBBONI (a cura di), *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 81 ss.

<sup>29</sup> Così Corte cost. 14 luglio 2017, n. 192; Corte cost. 9 maggio 2014, n. 121; Corte cost. 8 marzo 2013, n. 36; Corte cost. 24 luglio 2012, n. 207; Corte cost. 23 novembre 2007, n. 387.

<sup>30</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 804 ss., ma già ID., *L'evoluzione della previdenza sociale*, *cit.*, p. 267 ss.

<sup>31</sup> M. CINELLI, *I livelli di garanzia*, *cit.*, pp. 54 e 60, ove la precisazione che la parte non coperta dal vincolo di adeguatezza resta soggetta a interventi legislativi anche di riduzione.

un intervento riduttivo sull'area dell'adeguatezza, resterebbe comunque intangibile il minimo assoluto.

A non convincere delle due tesi è l'ipotesi che la discrezionalità legislativa possa operare, nei termini indicati, in riduzione della prestazione adeguata: sarebbe come dire che tale è effettivamente soltanto la prestazione nella sua misura minimale.

Il confronto, peraltro, sembra deporre nel senso della scarsa utilità o vera e propria inutilità dei LEP nell'ambito previdenziale: da un lato, il problema della loro individuazione si pone soprattutto, se non esclusivamente, nella materie di competenza concorrente o residuale delle regioni; dall'altro, anche per quanto ora osservato, nella materia della previdenza sociale la questione confluisce ed è assorbita nella determinazione dei mezzi adeguati, l'unica indicazione costituzionalmente doverosa riguardando, appunto, il livello di tutela.

Ancora una volta, comunque, va rilevato come le incertezze al riguardo dipendano dal legame di fatto ravvisabile tra regole di calcolo e determinazione dei trattamenti e garanzia costituzionale.

4. (segue): *l'inconsistente relazione tra art. 36, comma 1, e art. 38, comma 2, Cost.*

Se si allarga l'orizzonte alle altre norme costituzionali, l'attenzione è subito attratta dall'art. 36, comma 1.

In effetti, l'ipotesi di una correlazione tra i mezzi adeguati (o le esigenze di vita) e questa disposizione è di risalente formulazione<sup>32</sup> e di ampia, ma non unanime<sup>33</sup>, condivisione, seppure con notevoli differenze quanto al modo di intenderne il senso e la portata.

<sup>32</sup> V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1952, p. 20; G. GUARINO, *La previdenza sociale nella Costituzione italiana*, cit., p. 4 ss.; U. PROSPERETTI, *Sulle nozioni di protezione sociale e di sicurezza sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, p. 300.

<sup>33</sup> In senso contrario, soprattutto, M. PERSIANI, *Art. 38*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, t. I, artt. 35-40, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 250 ss., che, comunque, riferisce le esigenze di vita anche alla famiglia dal lavoratore, data «l'innegabile relazione intercorrente tra l'articolo in esame e l'art. 36»; precisazione, peraltro, non riproposta in tempi più re-

Pochi, in realtà, vi rintracciano un effettivo vincolo giuridico nel senso di una diretta corrispettività tra retribuzione e pensione (o più in generale trattamenti previdenziali)<sup>34</sup>. Molti vi scorgono piuttosto una mera relazione «concettuale e politica»<sup>35</sup> e ne traggono quali conseguenze: *a*) la negazione della natura di “retribuzione differita” del trattamento; *b*) l’interrogativo se la prestazione minima da garantire debba essere uniforme per tutti i lavoratori (anche autonomi) o differenziata e, in tal caso, in che termini (categoriali o individuali); *c*) l’impossibilità di escludere comunque una qualsiasi rilevanza della contribuzione rispetto alla misura delle prestazioni, anche in considerazione del sistema di finanziamento.

In termini più generali, mentre appare recessiva l’ipotesi di una prestazione minima inferiore al “salario familiare” *ex art.* 36 Cost.<sup>36</sup>, prevale il richiamo ad una proporzionalità bidirezionale o bipolare, che, cioè, tenga conto e bilanci i «valori della “retribuzione” e della “redistribuzione”», ovvero tra merito del lavoro e solidarietà<sup>37</sup>.

centi, ID., *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1183 ss.; ID., *Ancora sull’esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 554 ss.; A. AVIO, *Il difficile superamento delle categorie tradizionali: il dialogo tra legislatore e Corte costituzionale sulle pensioni di vecchiaia*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 450 ss.

<sup>34</sup> Vedi V. SIMI, *Parere «pro veritate» sulla illegittimità costituzionale della riforma pensionistica in atto*, ed anche *Il regime di sicurezza sociale e le sue componenti*, in ID., *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1986, rispettivamente pp. 278-279 e 89; F. MAZZIOTTI, *Determinazione della pensione e modelli di welfare state*, cit., p. 94.

<sup>35</sup> P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 195 ss.; analogamente, M. CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, cit., p. 30 ss.

<sup>36</sup> V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 20; anche, sembra, G. ALIBRANDI, *La prestazione previdenziale adeguata*, cit., p. 369.

<sup>37</sup> Le citazioni sono di M. CINELLI, *L’«effettività» delle tutele sociali*, cit., p. 21 ss. Vedi anche, ID., *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giurisprudenza costituzionale tra vecchio e nuovi equilibri*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 26; P. SANDULLI, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l’altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 10, parla di «parametro costituzionale dell’adeguatezza dei mezzi, inteso bidirezionalmente e comprensivo della logica di corrispettività»; V. FERRANTE, *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 840 ss.; R. PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 599.

Nonostante la Corte Costituzionale sia giunta a prospettare addirittura la “*inscindibilità*” di quel nesso<sup>38</sup>, è più che dubbia la sua effettiva capacità di sostanziare l’adeguatezza della prestazione previdenziale.

In tal senso è stato evidenziato come l’integrazione tra le due disposizioni abbia finito per «implementare i momenti di oscillazione ed indeterminatezza, attraverso l’ondivago riferimento a volte al principio di proporzionalità, altre volte al principio di sufficienza: il che sposta in misura notevole la questione dell’adeguatezza»<sup>39</sup>. In definitiva, l’esito ultimo è, ancora una volta, l’avvallo delle scelte legislative, cui è lasciato campo aperto<sup>40</sup>.

In tempi più prossimi, inoltre, il *focus* dell’adeguatezza s’è spostato su due aspetti, considerati in sé e nella loro correlazione: la pensione contributiva – di cui s’avvicina l’entrata a regime –, in particolare nell’ottica delle differenze rispetto a quella retributiva, da un lato, la discontinuità e povertà lavorativa conseguente alle diverse forme di lavoro non standard, dall’altro.

Entrambi mettono sotto pressione il nesso con l’art. 36 Cost.

Lo fa il secondo, dove il principio di adeguatezza si pone come «limite al riproporzionamento delle (prestazioni) in dipendenza della quantità e qualità del lavoro svolto». In termini di *quantum*, ciò postula la sussistenza di un trattamento minimo irriducibile, identificato in funzione dell’«integrazione sociale del lavoratore», ossia in una «prestazione almeno corrispondente a quel minimo vitale che permette la realizzazione dell’eguaglianza sostanziale», comunque, di natura previdenziale, quand’anche di ammontare «parificato alla prestazione assistenziale»<sup>41</sup>.

Secondo questa teorica, inoltre, l’adeguatezza riguarderebbe anche

<sup>38</sup> Coste cost. n. 70 del 2015, cit.

<sup>39</sup> P. SANDULLI, *L’adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, p. 697; analogamente A. AVIO, *Il difficile superamento*, cit., p. 453. Secondo D. CASALE, *L’automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, Bononia University press, Bologna, 2017, p. 43 ss. l’adeguatezza cadrebbe tra proporzionalità al versato e mera sufficienza, diversificandosi anche in relazione al tipo di prestazione.

<sup>40</sup> Fa eccezione la sentenza n. 70 del 2015, cit.

<sup>41</sup> Così, S. RENGÀ, *La tutela sociale dei lavori*, cit., p. 78.

l'*an* della prestazione, in una duplice declinazione: ai sensi dell'art. 2 Cost., come «rapporto tra interesse generale, e quindi costi sociali connessi all'erogazione della prestazione, e interesse individuale inteso come utilità per il singolo», di tal che ove il costo sociale sia elevato rispetto ad un'utilità minima, sarebbe ammissibile l'esclusione del soggetto dalla tutela previdenziale. D'altro canto, discende dal principio di eguaglianza sostanziale che «la previsione dei requisiti di accesso alla prestazione sia indifferente alle modalità di svolgimento del lavoro», ossia il tipo di contratto «non può diventare in sé ostativ(o) dell'accesso alla tutela sociale»<sup>42</sup>.

Peraltro, mentre quest'ultima è questione che riguarda il principio d'eguaglianza più che l'adeguatezza, la prima desta perplessità a fronte dell'inequivoco *incipit* dell'art. 38, comma 2, che ne impone la riconduzione al problema del *quantum*, sopra delineato. In altre parole, i requisiti d'accesso ai diritti previdenziali non possono e non debbono essere confusi con il loro oggetto o contenuto, cui solo pertiene l'adeguatezza.

Quanto alla questione della pensione contributiva, s'è detto che «non basta invocare l'inscindibilità del rapporto fra art. 36 ed art. 38, se non si spiega quale sia il *parametro che governa questo rapporto* (corsivo mio, *ndA*)», non riconducibile alla «formula del "merito" ...cui non può attribuirsi un valore etico, ma un valore solo di corrispettività prolungata»<sup>43</sup>.

In realtà, poiché il problema era – e rimane, nella misura della sua attuale vigenza – il medesimo in relazione al calcolo retributivo, l'osservazione evidenzia, una volta di più, non tanto e non solo l'inutilità di quel rapporto ai nostri fini, quanto la più generale inadeguatezza metodologica di un'attuazione in via indiretta, cioè tramite le regole di calcolo, del vincolo costituzionale<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Ancora S. RENGA, *La tutela sociale dei lavori*, cit., p. 69 ss., che, in relazione al primo aspetto, richiama il collegamento tra anzianità contributiva minima (5 anni), importo soglia (1,2 volte l'assegno sociale) ed età anagrafica della primigenia pensione contributiva, mentre evidenzia, quanto al secondo, il difficoltoso accesso alle pensioni dovuto agli elevati requisiti di anzianità assicurativa e contributiva.

<sup>43</sup> P. SANDULLI, *L'adeguatezza delle prestazioni*, cit., p. 697.

<sup>44</sup> E. ALES, *Il sistema pensionistico a 25 anni dalla riforma*, cit., p. 601, nota criticamente l'equivalenza, supposta dalla legge, tra sistema contributivo e mezzi adeguati,

Comunque, quale che sia il metodo di calcolo a smentire l'aggancio, anche *non* irreversibile, tra art. 36, comma 1, e art. 38, comma 2, Cost. sovengono molteplici indicazioni.

In tal senso, già a livello costituzionale, è l'estensione della garanzia previdenziale a *tutti* i lavoratori, nessuno escluso, quand'anche sia loro inapplicabile la prima delle due disposizioni, com'è in genere per i lavoratori autonomi e, comunque, quando si tratti di piccoli imprenditori artigiani o commercianti<sup>45</sup>.

S'aggiunga, che in un sistema previdenziale a struttura pluralista<sup>46</sup>, quella garanzia conforma anche la pensione acquisibile tramite gli istituti della totalizzazione e del cumulo, in presenza di posizione contributiva individuale frammentata presso molteplici enti, gestioni o casse. Orbene, anche se definita ed erogata *pro quota* dalle diverse gestioni coinvolte, la pensione così spettante è – come tutte le altre – *unica*. Ad essa perciò non è riferibile l'art. 36 Cost., quanto meno ove siano presenti periodi contributivi da lavoro autonomo. Del resto, a confermar-

ma sottolinea anche, in direzione non del tutto convergente con quella nel testo, l'incidenza dei concreti criteri applicativi dei sistemi di calcolo sui livelli delle prestazioni.

<sup>45</sup> Nella giurisprudenza di legittimità, l'inapplicabilità dell'art. 36 Cost. al lavoro autonomo è *ius receptum*: Cass. 13 maggio 2021, n. 11940; Cass. 5 novembre 2020, n. 24769; Cass. 7 dicembre 2017, n. 29437. In tal senso, è anche la «concezione “debole” di *contratto a titolo oneroso*», accolta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine al compenso per prestazioni d'opera professionali: vedi, tra molte, Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, in *Labor*, 2018, p. 484 ss., con nota di G. PIGLIALARMÌ, *L'onerosità nei contratti pubblici: trattasi di un'utilità economica anche immateriale purché idonea a far conseguire leciti vantaggi*. In dottrina, in termini più dubitativi, G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo: contratto d'opera*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 30 ss. Da ultimo, per l'applicazione della regola costituzionale, O. LA TEGOLA, *Le fonti di determinazione del compenso nel lavoro non subordinato*, Cacucci, Bari, 2022, p. 89 ss., che richiama anche alcune risalenti aperture della Corte Costituzionale, peraltro, riferite all'«attività complessiva del professionista» (Corte cost. 7 luglio 1964, n. 75 e Corte cost. 19 gennaio 1993), che implicherebbero una valutazione *ex post*, invero quantomeno difficile da operare.

<sup>46</sup> Sul tema, da ultimo, con qualche diversità d'accento, M. GAMBACCIANI, *Riflessioni sul pluralismo previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 201 ss.; G. CANAVESI, *Pluralismo previdenziale e garanzia della pensione unica per i liberi professionisti*, in G. CANAVESI (a cura di), *Frammentazione contributiva e diritto a pensione unica dei liberi professionisti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 7 ss.

lo sono le modalità di calcolo della pensione totalizzata o in cumulo: unitaria per tutti i lavoratori e secondo uno speciale criterio contributivo, la prima, secondo le regole proprie di ciascun ente, gestione o cassa, l'altra, con diretta rilevanza, perciò, dei regimi dei lavoratori autonomi, ove presenti<sup>47</sup>.

Passando all'ambito del lavoro dipendente, inoltre, non sembra che finora sia stata rilevata l'incompatibilità con quel nesso della regola del minimale di contribuzione mensile. A ben vedere, tuttavia, la sua più palese negazione sta proprio nella determinazione del *quantum* dell'obbligazione contributiva sulla base di un contratto collettivo eventualmente diverso da quello che il datore di lavoro applica addirittura ai propri dipendenti e che è pure presuntivamente idoneo ad assicurare l'equa retribuzione<sup>48</sup>.

Solo per enunciazione, si può anche ricordare la recente giurisprudenza di merito che si è spinta a valutare dell'idoneità del singolo contratto collettivo ad integrare il precetto costituzionale, tra l'altro con esiti negativi<sup>49</sup>. Il che, al momento, non è certo idoneo a incrinare la

<sup>47</sup> Su tali istituti V. FILÌ, *Gli strumenti di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 685 ss.; F. OLIVELLI, *La totalizzazione quale strumento di massimizzazione dei benefici pensionistici* e G. CANAVESI, *Frammentazione contributiva e diritto a pensione del libero professionista: totalizzazione e cumulo tra garanzia costituzionale e autonomia della casse privatizzate*, entrambi in G. CANAVESI (a cura di), *Frammentazione contributiva*, cit., rispettivamente p. 49 ss. e p. 83 ss.

<sup>48</sup> Sull'art. 1, d. l. 9 ottobre 1989, n. 338, e sui connessi orientamenti giurisprudenziali, da ultimo, in senso critico, G. CANAVESI, *L'irragionevole irrigidimento applicativo di una norma povera di ragioni: il minimale di contribuzione secondo la Cassazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 833 ss.

<sup>49</sup> La giurisprudenza si è occupata soprattutto dei contratti collettivi del settore vigilanza privata: vedi, in particolare, T. Torino 9 agosto 2019, n. 1128, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 28 ss., con nota di S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, e, per altri commenti, G. CENTAMORE *I minimi retributivi del CCNL confederale Vigilanza privata, sezione Servizi fiduciari, violano l'art. 36 Cost.: un caso singolare di "dumping" contrattuale e una sentenza controversa del Tribunale di Torino*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 848 ss.; M. GIACONI, *Il trattamento retributivo nel CCNL Vigilanza privata e servizi fiduciari lede l'art. 36 Cost. Un interessante pronuncia del Tribunale di Torino*, in *Labor*, 2020, p. 79 ss.; M. MIRACOLINI, *Sull'inadeguatezza della retribuzione fissata dal C.C.N.L. alla luce dell'art. 36 Cost.*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, p. 273 ss.; T. Milano 22 marzo 2022, n. 673, in *Dir. rel.*

compattezza del diritto vivente sull'art. 36 Cost., ma basta a sollevare ulteriori interrogativi sull'asserito collegamento con l'art. 38.

C'è poi da considerare che il discorso su art. 36 Cost. e adeguatezza riguarda in genere i trattamenti pensionistici, nonostante la disposizione costituzionale imputi quella qualità e le presupposte esigenze di vita indistintamente a tutte le prestazioni previdenziali<sup>50</sup>.

La ragione di questo "confinamento" è intuitiva e va ravvisata nel carattere *non temporaneo* dei trattamenti pensionistici, carattere che solleva complesse questioni tanto di sostenibilità finanziaria quanto di conservazione nel tempo di condizioni di vita conformi alla garanzia costituzionale. Diversamente, gli altri eventi tutelati, proprio perché di principio *temporanei*, a volte anche a durata predefinita, generano un bisogno che in ipotesi potrebbe essere rapportato alla retribuzione persa, in termini di trattamento ad essa sostitutivo in attesa del suo ripristino. E tuttavia, anche in questo caso il riferimento all'art. 36 Cost. difetterebbe di utilità e concretezza, solo a considerare l'eterogeneità dei criteri utilizzati, dove il dato comune è il posizionarsi del trattamento al di sotto della retribuzione percepita<sup>51</sup>.

D'altronde, non è irrilevante che alcune prestazioni previdenziali siano «solo parzialmente contributive», perché cofinanziate con risorse statali<sup>52</sup>, mentre, una (quasi) totale fiscalizzazione dovrebbe verificarsi a regime per «l'assegno unico e universale».

*ind.*, 2022, p. 1089 ss., con nota di B. DE MOZZI, *Ancora sull'inadeguatezza dei minimi previsti dal CCNL vigilanza privata, sezione Servizi fiduciari*. Cfr., anche, A. Milano, 13 giugno 2022, n. 580; A. Milano 18 maggio 2022; T. Milano 3 febbraio 2020, n. 3003; T. Milano 4 dicembre 2019, n. 2539.

<sup>50</sup> A. BATTISTI, *L'«adeguatezza» della prestazione*, cit., p. 311, testo e note.

<sup>51</sup> Vedi, artt. 22 e 23, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 per il congedo di maternità; art. 3, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, per i trattamenti di integrazione salariale; art. 4, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, per la NASpI; art. 2, d.l. 11 marzo 1988, n. 69, convertito in l. 13 maggio 1988, n. 153, per gli assegni per il nucleo familiare; sull'indennità di malattia, prevista dall'art. 6, comma 2, l. 11 gennaio 1943, n. 138, si rinvia a M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 437 ss.

<sup>52</sup> Vedi, per la NASpI, art. 18, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22 e, per la CIGS, art. 37, l. 9 marzo 1989, n. 88. In relazione a quest'ultima e alla CIGO, S. CAFFIO, *La "razionalizzazione" della disciplina CIG: le prestazioni e la contribuzione*, in E. BALLETTI, D. GAROFALO (a cura di), *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2016, p. 207 ss.



Delle prime s'è detto, che il finanziamento pubblico consentirebbe allo Stato «di modificare il sistema...in base alla sostenibilità economica, frutto di una valutazione politica contingente circa la concreta realizzazione dei “mezzi adeguati”»<sup>53</sup>.

A dimostrarlo è la varietà di soluzioni adottate. Se, per ragioni connesse al *proprium* della misura, qualche connessione con la retribuzione è ravvisabile nel caso del trattamento CIGO/CIGS<sup>54</sup>, tutt'altro deve dirsi per la NASpI che, anzi, in alcuno modo pare ispirarsi al principio di adeguatezza, soprattutto in ragione del *decalage* del 3%, tra l'altro con differente decorrenza in relazione all'età anagrafica del percettore<sup>55</sup>.

Quanto all'*assegno unico*, si tratta di prestazione spettante a prescindere da una situazione di bisogno effettivo, ancorché d'importo modulato in base all'ISEE<sup>56</sup>.

L'impianto sistematico della misura va oltre la classica distinzione tra assistenza e previdenza e trova altrove radicamento, probabilmente nell'art. 31 Cost., delineando un modello che sembra approssimarsi, almeno nei principi ispiratori, a quello predisposto a tutela del diritto alla salute. Il tema andrà approfondito, ma è da notare come le misure di sostegno alla famiglia del lavoratore vengano così decentrate rispetto all'art. 38 Cost., senza alcuna (aperta) contraddizione con l'elenco

<sup>53</sup> Così E. ALES, *Il sistema pensionistico a 25 anni dalla riforma*, cit., p. 602 ss., secondo cui anche le pensioni contributive ex l. 8 agosto 1995, n. 335 potrebbero considerarsi «prestazioni previdenziali solo parzialmente contributive» in ragione del «tasso annuo di rivalutazione e (del) coefficiente di trasformazione del montante contributivo individuale».

<sup>54</sup> Dopo la riforma del 2015, entrambi sono commisurati all'80% della retribuzione globale persa per le ore non lavorate, entro i limiti dell'orario contrattuale e, comunque, di una massimale: S. CAFFIO, *La “razionalizzazione” della disciplina CIG*, cit., p. 201 ss.; A. OCCHINO, *La tutela del rischio occupazionale nel rapporto di lavoro. Il modello assicurativo tra cassa integrazione e bilateralità*, in G. CANAVESI, E. ALES (a cura di), *La tutela della disoccupazione nelle trasformazioni del lavoro*, Eum, Macerata, 2020, p. 41 ss.

<sup>55</sup> Vedi l'art. 4, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, come modificato dall'art. 1, comma 221, lett. c), l. 30 dicembre 2021, n. 234. Sul tema, da ultimo, M. MISCIONE, *Le indennità di disoccupazione*, Giappichelli, Torino, 2021.

<sup>56</sup> Vedi l'art. 4, d.lgs. 29 dicembre 2021, n. 230, e, al riguardo, V. FILÌ, *Assegno unico universale e inverno demografico tra ideale e reale*, in *Lav. giur.*, 2022, p. 221 ss.

di eventi tutelati, formulati in termini neutri rispetto all'ambito familiare.

### 5. Garanzia previdenziale, bisogno, esigenze di vita

Se ora fermiamo l'attenzione sulla norma che sancisce il diritto a «mezzi adeguati alle esigenze di vita», in sé considerata, è noto che tutelati siano i lavoratori, *tutti* i lavoratori, nessuno escluso, come pure l'evoluzione del sistema previdenziale ha mostrato.

Tuttavia, questo dato dice anche qualcosa d'altro. L'intervento previdenziale viene infatti correlato ad una mancanza temporanea o definitiva di lavoro, che non implica di per sé una condizione di bisogno effettivo: esso infatti, spetta, in presenza dei requisiti di legge, quale che sia la condizione economico e sociale del beneficiario. E l'ammontare della pensione, pur legittimamente conseguita, è tale, a volte, da legittimare l'interrogativo sull'esistenza di un bisogno anche solo presunto, come ha mostrato, nel settore pubblico, la vicenda del tetto al cumulo tra trattamenti economico e pensionistico di cui al combinato disposto degli artt. 23 *ter*, d. l. n. 201 del 2011, e 1, comma 489, l. 27 dicembre 2013, n. 147<sup>57</sup>.

Comunque, considerato che per la Repubblica è doverosa la rimozione degli ostacoli economici e sociali che *limitano di fatto* libertà ed eguaglianza dei cittadini, non sembra che la *ratio* del sistema previdenziale sia *in toto*, o in via esclusiva, identificabile con la finalità posta dall'art. 3, comma 2, Cost.<sup>58</sup>.

È poi comune il giudizio secondo cui a caratterizzare la formula «mezzi adeguati alle esigenze di vita» è l'*ambiguità* che si radica nella

<sup>57</sup> Tetto pari alla retribuzione percepita dal primo Presidente della Corte di Cassazione (pari nel 2017 a 240.000 euro annui) e asseritamente confliggente con gli artt. 4, 36 e 38 Cost., secondo alcuni dipendenti pubblici titolari di trattamenti pensionistici in misura ad esso superiore. Sul punto, per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, Corte cost. 26 maggio 2017, n. 124.

<sup>58</sup> *Contra*, R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., p. 27 ss.

«oggettiva *relatività* tanto del criterio di misura (l'adeguatezza) quanto al referente (le esigenze di vita)»<sup>59</sup>.

Nella formula costituzionale i due elementi appaiono in inscindibile relazione, così che ogni discorso sull'uno è al contempo sull'altro. Invero, nel linguaggio giuridico prevale il riferimento al criterio di misura e resta sullo sfondo il referente, mentre alcuna specifica indicazione, con conseguente impossibilità di distinguere, è in genere offerta dalla legge, anche laddove questa determini in via diretta i livelli di tutela, come nel caso della pensione minima.

La disposizione, tuttavia, non delinea un legame paritario, bensì funzionale, di modo che in termini logici e metodologici l'individuazione delle esigenze di vita dovrebbe precedere quella sull'adeguatezza dei mezzi<sup>60</sup>.

Seppure recessiva, l'impostazione non è del tutto sconosciuta al panorama dottrinale. Ad essa può ascriversi chi, già nel primo decennio repubblicano, rinveniva nella Costituzione (art. 38) un rovesciamento di impostazione rispetto al sistema previdenziale allora vigente, perché «sono le risorse finanziarie che devono essere dimensionate sul-

<sup>59</sup> M. PERSIANI, *Art. 38*, cit., p. 237; P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale*, cit., p. 113; M. CINELLI, *I livelli di garanzia*, cit., p. 57, che già in precedenza rilevava la difficoltà a trarre dalle espressioni del testo costituzionale «criteri affidanti» (vedi *L'«adeguatezza» della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, nota a Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Foro it.*, 1986, comma 1773); la citazione nel testo è di A. BATTISTI, *L'«adeguatezza» della prestazione*, cit., p. 309; R. PESSI, *Il principio di adeguatezza nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 806. Ricorda G. ALIBRANDI, *La prestazione previdenziale adeguata*, cit., p. 364, che di «genericità» e «elasticità» dell'espressione scrivevano già A. GRECHI, *Le prestazioni*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, III, *Previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1971, p. 521, e C. LEGA, *Il rapporto giuridico di previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 42. *Contra*, V. SIMI, *Il regime di sicurezza sociale e le sue componenti nella nostra Costituzione*, in *ID.*, *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, cit., p. 84, secondo cui «non si capisce come...vi sia ancora chi parli di «ambiguità» dell'art. 38 Cost.».

<sup>60</sup> Osserva R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 662, come la difficoltà di definire *ex ante* i mezzi adeguati è «riflessa, esogena: deriva, cioè, dalla difficoltà di individuazione delle «esigenze di vita» che dovrebbero essere assicurate». *Contra*, M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali*, cit., p. 34, secondo cui non è possibile individuare una nozione a priori di adeguatezza.

la misura delle prestazioni», essendo queste, a loro volta, «determinat(e) dal bisogno»<sup>61</sup>. Altri, poi, ha rintracciato in un risalente arresto della Corte costituzionale l'invocazione di un intervento legislativo «che non verrà mai, di preventiva determinazione dei criteri che presiedano alla commisurazione, in termini di adeguatezza, delle prestazioni alle esigenze di vita»<sup>62</sup>.

In ogni caso, non si tratta di percorso facile. Le esigenze di vita sono, s'è detto, un «fatto sociale rilevante per il diritto...il cui atteggiarsi è caratterizzato da estrema eterogeneità, per il profilo sia soggettivo (individuale) che oggettivo (storico)», con conseguente inidoneità a indicare «quale tra le sue possibili manifestazioni» sia rilevante nella disposizione costituzionale<sup>63</sup>.

Ad oggi resta indefinito sia in termini normativi sia sul piano interpretativo il concetto di *esigenze di vita*. Al più, è discusso se esse vadano declinate in senso soggettivo piuttosto che oggettivo in ragione del *bisogno* che si ritiene oggetto di tutela. Ove questo sia inteso in senso *individuale*, quel concetto è agganciato alla retribuzione e tende a identificarsi con il tenore di vita conseguito dal lavoratore, attraverso il proprio lavoro. Per contro, ove esso sia *socialmente rilevante*, subentrerebbe una valutazione oggettiva corrispondente all'interesse pubblico.

Sotto altro profilo, non è chiaro se l'adeguatezza riguardi soltanto il profilo quantitativo o si estenda a quello qualitativo della prestazione. Quest'ultima conclusione è stata sostenuta secondo due declinazioni. L'una, formulata in termini generali, anche se con un occhio di riguardo alle pensioni, postula una valutazione globale di quanto il soggetto protetto percepisce sia in termini di trattamento economico sia di eventuali servizi volti al ristoro del bisogno sia, ancora, di qualsiasi altra utilità anche di natura non previdenziale e non erogata dall'ente previdenziale<sup>64</sup>. L'altra, parla di «adeguatezza sistemica» in

<sup>61</sup> G. GUARINO, *Brevi osservazioni*, cit., p. 696.

<sup>62</sup> E. ALES, *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati*, cit., p. 528, riferendosi alla sentenza n. 22 del 1967.

<sup>63</sup> R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., p. 169.

<sup>64</sup> Già, M. DELL'OLIO, *Previdenza sociale, capacità di guadagno*, cit., p. 2019; M. CINELLI, *Nuove forme di retribuzione, attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, p. 107 ss.; ID., *I livelli di garanzia*, cit., p. 60; P.

relazione alla prestazione di disoccupazione, che andrebbe commisurata al fine occupazionale, comprendendo, perciò, l'attivazione della persona e l'erogazione di politiche attive del lavoro<sup>65</sup>.

La prima tesi, in realtà, sembra svuotare di pregnanza giuridica l'adeguatezza, perché il riferimento a piani tra loro tanto eterogenei ne impedisce qualsiasi oggettivazione.

L'altra è ragionevole, non incrinando la primazia della prestazione economica, cui indubbiamente pensavano i Padri costituenti e, comunque, allude con evidenza la norma. Del resto, non è casuale che sia stata elaborata in relazione ad un evento o ad un bisogno per definizione temporaneo. Al contrario, a giustificarla e fondarla è proprio e solo la possibilità di superarlo, la definitività della condizione di vecchiaia risultando incompatibile con misure ripristinatorie.

Infine, con riguardo al trattamento di pensione, va ricordata la proposta di una nozione giuridica a priori di prestazione adeguata, teleologicamente orientata a retribuire la «virtù repubblicana», ossia il contributo individuale «al progresso comunitario mediante il lavoro, qualsiasi lavoro»<sup>66</sup>. In connessione con l'art. 3, comma 2, Cost., la pensione è «diritto di eguaglianza sostanziale» volta a soddisfare le «esigenze di vita partecipative», cioè «richieste, in vecchiaia, dalla partecipazione conforme a quella che, nella vita attiva, ha consentito la qualità e quantità del lavoro». Adeguata, pertanto, sarebbe la prestazione che permette di «recuperare il *deficit* partecipativo che segue all'inabilità fisiologica al lavoro dovuta all'età», *deficit* commisurato al merito del lavoro, ma nei limiti di un tetto massimo imposto dal dovere di solidarietà e dal tratto sociale del bisogno tutelato.

Fine e complessa al contempo, la proposta qui sintetizzata non sembra colmare l'evidenziato vuoto definitorio, perché, per ammissione dell'Autrice, la nozione giuridica formulata esprime soltanto «il do-

SANDULLI, *L'adeguatezza delle prestazioni*, cit., p. 693, che riferisce l'adeguatezza al requisito d'età anagrafica; in tal senso sembra anche R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura*, cit., p. 662. *Contra*, R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., p. 164.

<sup>65</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, numero straordinario, p. 277 ss.

<sup>66</sup> R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., pp. 27 ss. e 163 ss. (169-171, per le citazioni).

ver essere immutabile nel tempo» della tutela. Invece, il suo contenuto – cioè i livelli di tutela – resta «insuscettibile di determinazione se non in via empirica», per cui la «decisione sull'importo delle pensioni... spetta solo al legislatore»<sup>67</sup>.

## 6. *Prestazione adeguata e legislazione ordinaria. Cenni*

A guardare la frammentazione e disorganicità del quadro legislativo c'è da chiedersi se e quanto possa veramente parlarsi di una strada o via all'adeguatezza.

Al riguardo, sembra condivisibile l'autorevole giudizio secondo cui «pur essendo stato ritenuto che l'art. 38 della Costituzione contenesse la disciplina costituzionale della previdenza sociale (contenuta piuttosto nel secondo comma dell'art. 3 Cost.), nessun Governo, nessun Parlamento ha mai tentato di prendere le mosse da quella disposizione per tracciare un programma di riforma»<sup>68</sup>.

La più lampante conferma si rintraccia nella parabola pensionistica, passata senza scossoni dal calcolo contributivo a quello retributivo ed infine approdata a un ulteriore e differente (dal primo) metodo contributivo, con variazioni rilevanti sulla misura dei trattamenti, in ogni caso considerati adeguati a motivo della discrezionalità di cui, secondo la Corte Costituzionale, gode il legislatore nel definire il *quantum* delle prestazioni, ma anche dell'esigenza di contenimento della spesa pensionistica e delle dinamiche socio-economiche.

Anche a condividere questi argomenti, tuttavia, non può nascondersi il senso di incertezza, opacità e perfino non equità, sociale prima e poi anche giuridica, che questa parabola lascia rispetto alla garanzia di adeguatezza, tanto più ove si consideri il grande divario esistente tra i livelli minimi e massimi delle prestazioni erogate.

Del resto, nella medesima linea si colloca l'opinione che, in assenza

<sup>67</sup> R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., p. 168, ma sulla «via empirica», già M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali*, cit., p. 34.

<sup>68</sup> Così, M. PERSIANI, *Le origini del sistema italiano di sicurezza sociale*. Intervista a Mattia Persiani, in G. CANAVESI (a cura di), *Dialoghi sul welfare*, Quaderni della Sussidiarietà, n. 14, Fondazione per la Sussidiarietà, Milano, 2015, p. 101.

di precise e specifiche indicazioni, lega direttamente o non l'adeguatezza ad un'articolata serie di parametri e istituti, peraltro, con valutazioni differenziate quanto alla loro effettiva pertinenza ai nostri fini<sup>69</sup>.

Peraltro, né i testi legislativi del 1969 e del 1995 né i documenti d'accompagnamento presentano riferimenti, anche solo indiretti, ai mezzi adeguati o a formule di significato analogo, mentre altre e diverse dalla volontà di dare attuazione alla formula costituzionale sono le ragioni sottese a quei cambiamenti.

Secondo la relazione d'accompagnamento al disegno di legge C-1064, *Revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale*, presentato il 19 febbraio 1969, l'obiettivo del «graduale raggiungimento della percentuale di commisurazione delle pensioni all'80% delle retribuzioni» rende «possibile ai lavoratori di conseguire alla cessazione dell'attività lavorativa, una trattamento il più possibile vicino a quello goduto durante l'attività lavorativa».

In realtà, la versione originale della pensione retributiva garantiva sia un livello minimo sia un tetto massimo di trattamento. Il primo, attraverso l'istituto dell'integrazione, dapprima introdotto, con applicazione selettiva, in relazione alla pensione contributiva, poi generalizzato ed ancora vigente fino ad esaurimento della suddetta tipologia di pensione<sup>70</sup>; l'altro, indirettamente stabilito mediante il massimale di retribuzione pensionabile<sup>71</sup>, è stato rimosso dall'art. 21, comma 6, l. 11

<sup>69</sup> Secondo M. CINELLI, *Nuove forme di retribuzione*, cit., p. 111, l'adeguatezza «prima ancora che dall'estensione della base imponibile, dipende dai parametri fissati dalla legge per il calcolo della pensione stessa...e dal periodo di godimento», anche se sussistono «istituti *ad hoc*, regolati direttamente dalla legge, quali l'integrazione al minimo, la perequazione automatica ed anche, dopo la riforma del 1995, il montante contributivo»; vedi anche P. SANDULLI, *L'adeguatezza delle prestazioni*, cit., p. 687 ss.; invece, R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, cit., p. 177, esclude che la perequazione sia uno «degli elementi costitutivi dell'adeguatezza in senso giuridico (corrispondenza tra lavoro e pensione)»; C. A. NICOLINI, *I problemi della contribuzione previdenziale*, cit., pp. 185-186, sembra per contro valorizzare maggiormente la base imponibile/pensionabile quale «strumento tecnico idoneo a definire... la "prestazione adeguata"», pur se in via mediata, concorrendo con altri meccanismi di calcolo.

<sup>70</sup> Art. 6, l. 4 aprile 1952, n. 218 e art. 9, l. 3 giugno 1975, n. 160, nonché, per la residua applicazione, art. 24, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201.

<sup>71</sup> Art. 5, d.P.R. 27 aprile 1968, n. 488; art. 14, comma 6, l. 30 aprile 1969, n. 153; art. 27, l. n. 160 del 1975.

marzo 1988, n. 67, che ha dunque reso utile, sia pure secondo rendimenti decrescenti, l'intera retribuzione imponibile. Peraltro, se già allora era dubbia la loro identificazione con livelli adeguati del trattamento, a confermare la soluzione negativa sono stati, per entrambi, l'evoluzione legislativa, insieme, quanto all'integrazione al minimo, alla giurisprudenza costituzionale<sup>72</sup>, anche senza considerare che il suo importo risulta attualmente largamente al di sotto della soglia di povertà<sup>73</sup>.

Dal canto suo, la l. n. 335 del 1995, all'art. 1, comma 1, recita sì che suo scopo è «garantire la tutela prevista dall'articolo 38 della Costituzione, definendo i criteri di calcolo dei trattamenti pensionistici», tuttavia, ciò va letto alla luce della relazione di accompagnamento al disegno di legge<sup>74</sup>, secondo cui «la ricerca dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale rappresenta un obiettivo prioritario» con conseguente «impossibilità di garantire ai lavoratori un tasso di rendimento sulle pensioni superiore al presumibile tasso di crescita della base imponibile a fini contributivi nel lungo periodo».

Al riguardo, non è possibile scorgere un indice di adeguatezza né nel massimale di retribuzione imponibile previsto per la pensione contributiva<sup>75</sup>, tanto più da quando il dipendente pubblico è stato facilitato a superarlo<sup>76</sup>, né, contrariamente a quanto pure s'è sostenuto<sup>77</sup>, nel montante contributivo individuale, modellato a misura della vita

<sup>72</sup> E. SINISCALCHI, *Parità di trattamento e trattamenti minimi previdenziali*, in *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 263 ss.

<sup>73</sup> L'art. 1, comma 310, l. 29 dicembre 2022, n. 197, ha elevato a 571,60 e 660 euro il trattamento minimo per i pensionati, rispettivamente d'età inferiore o pari a 75 anni, per il 2023 e 2024.

<sup>74</sup> N. C/2549, presentato il 17 maggio 1995.

<sup>75</sup> Art. 2, comma 18, l. 8 agosto 1995, n. 335, su cui, nel senso del testo, P. BOER, *La retribuzione imponibile*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, cit., pp. 199-200.

<sup>76</sup> Art. 21, comma 8, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, e, sul punto, C.A. NICOLINI, *Norme in materia di prescrizione e di massimale contributivo per i dipendenti del settore pubblico*, in S. GIUBBONI (a cura di), *Reddito di cittadinanza e pensioni: il riordino del welfare italiano*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 218 ss.

<sup>77</sup> R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura*, cit., p. 674 ss., in relazione all'art. 1, comma 8, l. n. 335 del 1995.



lavorativa/contributiva della singola persona e funzionale alla sostenibilità del sistema pensionistico.

Del resto, oltre e più che dal montante i livelli di tutela dipendono dal coefficiente di trasformazione, cui s'aggiungono, nelle pensioni contributive, soglie minime di trattamento conseguibile, fissate in misura differente per la pensione di vecchiaia e anticipata<sup>78</sup>. Il tipo di pensione, tuttavia, non sembra ragionevole criterio per differenziare il trattamento minimo nell'ottica dell'adeguatezza; se si considera il medesimo requisito contributivo richiesto per entrambe e il contenuto scostamento di quello anagrafico, sembra chiaro che la norma voglia favorire il pensionamento delle fasce più abbienti di lavoratori, mentre non si occupa del problema in esame. Del resto, ove quelle soglie non sussistano alla maturazione dei rispettivi requisiti, già s'è visto che l'alternativa per il lavoratore è tra accesso all'assegno sociale e prosecuzione dell'attività lavorativa fino a settant'anni, con possibile accesso a una prestazione scevra da qualsiasi preoccupazione d'adeguatezza e, forse neppure previdenziale (*supra*, § 2).

Considerazioni analoghe possono farsi anche per la previdenza complementare.

La sua finalità è stata individuata nella garanzia di «più elevati livelli di copertura previdenziali» o di «livelli aggiuntivi»<sup>79</sup>, sempre in contemporanea con l'adozione di misure di compressione delle prestazioni obbligatorie.

La genericità di entrambe le formule non consente, in realtà, di collegarle con certezza all'adeguatezza, mai esplicitamente richiamata, soprattutto se si considera che tale qualità era e resta predicato delle prestazioni, nonostante la loro riduzione, sempre in forza della discrezionalità del legislatore<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Art. 24, commi 7 e 11, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201.

<sup>79</sup> Art. 1, comma, lett. *v*), l. 23 ottobre 1992, n. 421, e art. 1, comma 1, d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124; art. 1, comma 1, l. n. 335 del 1995; art. 1, comma 1, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252.

<sup>80</sup> Vedi anche, *supra* § 3, quanto al nesso con l'art. 117 Cost. Diversamente, A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSI, *Manuale di previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2022, leggono il principio di adeguatezza «attraverso la lente della previdenza complementare», concludendo che, in tale ambito, esso «si traduce...in un principio di effettività del diritto di accedere a forme di previdenza complementare».

### 7. La complessa prospettiva della definizione dei livelli di adeguatezza. Un ritorno ai Padri costituenti?

I Padri costituenti furono consapevoli dell'insufficienza della misura delle prestazioni all'epoca assicurate dalle assicurazioni sociali e vollero superare questo *deficit* prevedendo specifiche garanzie<sup>81</sup>.

E difatti, il tema ebbe largo spazio nel dibattito sul futuro art. 38 che si svolse in sede di III e I Sottocommissione e giocò un ruolo importante anche nella distinzione che venne a delinarsi tra assistenza e previdenza sociale. È all'esito di quei lavori che vide la luce la formula «mezzi adeguati», inizialmente declinata in relazione alla loro attinenza al lavoro o non: erano mezzi adeguati *per vivere*, nel primo caso, *di assistenza*, invece, nell'altro, senza, tuttavia, che ne fosse chiara la differenza, dato che in entrambi i casi dovevano «essere sufficienti a quelle che sono le necessità fisiche».

La comune dizione cadde nel testo dell'art. 34 predisposto dal Comitato di redazione, dove i lavoratori conservarono il diritto dei lavoratori – «in ragione del lavoro che prestano» – «che siano loro assicurati mezzi adeguati per vivere», mentre sull'altro versante fu previsto «il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale». E nel successivo passaggio in Assemblea furono sì confermate le due formule, ma l'espunzione del riferimento al «lavoro prestato» sciolse il legame che astringeva quei mezzi, così, fu precisato, da lasciare al legislatore futuro ampia libertà di attuazione, senza vincolarlo al modello normativo all'epoca vigente.

In ogni caso, è sufficientemente chiaro dal complessivo dibattito

<sup>81</sup> Si rinvia, anche per una complessiva ricostruzione dei lavori preparatori, a L. PELLICCIA, A. TANDOI, *La "filosofia sociale" della previdenza e dell'assistenza [art. 38]*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, Roma, 2014, p. 222; A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 80 ss. Osservava nel 1952 V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 20, che «nessuno potrebbe seriamente sostenere che le prestazioni oggi spettanti ai lavoratori siano comunque adeguate alle loro esigenze di vita»; secondo M. PERSIANI, *Crisi economica e crisi del Welfare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 645, nelle assicurazioni sociali del periodo corporativo «non era avvertita una qualsiasi preoccupazione per l'idoneità delle prestazioni erogate a realizzare una tutela effettiva».

che l'obiettivo voluto era garantire trattamenti sopra la soglia di sussistenza, ma non anche una qualche corrispondenza verso l'alto con i livelli retributivi.

L'attuale testo, con la trasformazione in «mezzi adeguati *alle esigenze di vita*» e la precisazione che questi devono essere «preveduti» e non solo assicurati, è frutto della revisione finale del Comitato di redazione, ma al riguardo non esiste documentazione che possa fornire spiegazioni.

Non sembra si tratti di modifiche formali, a prescindere dalle intenzioni dei redattori.

Alla lettera “esigenza” indica «quanto è richiesto o giova al normale svolgimento di qualche cosa»<sup>82</sup>, in questo caso la vita. Di questa viene così evidenziata la dimensione dinamica, non predefinibile in termini rigidi o assoluti, cosicché la formula costituzionale marca indubbiamente la distanza in senso accrescitivo della prestazione previdenziale da quella assistenziale<sup>83</sup>, non così evidente nel testo originale, se si considera che il «mantenimento» guarda all'assenza di mezzi non già «adeguati» bensì «necessari» per vivere. D'altra parte, le esigenze non sono dilatabili indefinitamente, ché altrimenti si uscirebbe dalla normalità cui alludono, di modo che paiono implicare una delimitazione dei trattamenti previdenziali adeguati.

Alla medesima conclusione indirizza l'altra modifica.

Il diritto che siano *preveduti* i mezzi adeguati alle esigenze di vita sta a monte di quello ad assicurarli. Sul lato passivo il primo si traduce in un dovere del legislatore di fissare i livelli di tutela, così da garantire ai lavoratori trasparenza e affidamento sulla propria posizione giuridica. Anche l'altro diritto comporta un dovere, che però, appuntandosi su modi e forme di soddisfazione della garanzia costituzionale nell'ottica dinamica dell'effettività, investe, oltre il legislatore, i pubblici poteri in generale (in correlazione al comma 4, dell'art. 38), compresa la tutela giurisdizionale.

Richiamando quanto già detto sulla necessità di un livello minimo

<sup>82</sup> <https://www.treccani.it/vocabolario/esigenza>.

<sup>83</sup> A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali*, cit., p. 123; M. CINELLI, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 4.

di trattamento adeguato, da un lato, sulla *ratio* del sistema previdenziale, non totalmente riconducibile all'art. 3, comma 2, Cost., occorre allora riconoscere, anche una volta esclusa la correlazione con l'art. 36 Cost., uno spazio al "merito" lavorativo, che non può, però, essere indefinito, richiedendo, piuttosto, al legislatore di stabilire *ex ante* il valore massimo del trattamento conseguibile.

Nell'individuazione dell'intervallo, soprattutto del tetto massimo, va considerata la misura di solidarietà richiesta (art. 2, Cost.) ai diversi finanziatori, tenendo peraltro conto delle crescenti tensioni cui, su questo fronte, il sistema è e sarà sottoposto da una molteplicità di fattori: la crescente discontinuità lavorativa di molti, il negativo andamento demografico del Paese, gli effetti dell'innovazione tecnologica sull'occupazione. Al riguardo, non va dimenticato che lo Stato è da tempo e in misura crescente uno dei "finanziatori"<sup>84</sup> e su questo versante non trova più alcuna ragion d'essere la distinzione tra "assistenza" e "previdenza", del resto priva di fondamento costituzionale, come pure è probabile che vada ripensato il finanziamento basato sui livelli occupazionali<sup>85</sup>.

In ogni caso, ad ogni valore dell'intervallo, dal più basso al più alto, va riconosciuta la qualità dell'adeguatezza, con la conseguente inderogabilità e indisponibilità.

Le conseguenze sarebbero molteplici. Intanto, quei valori andrebbero di massima conservati nel tempo e non si potrebbe continuare con gli interventi riduttivi della perequazione, a considerarne la frequente reiterazione solo formalmente temporanei, rivelatori, da un lato, della mancata determinazione dei livelli adeguati di tutela, forieri, dall'altro, di incertezza sulle legittime aspettative e dunque di conflittualità e sfiducia sociale. Inoltre, neppure sarebbe riproponibile il discorso sui

<sup>84</sup> V. FILÌ, *La sostenibilità del sistema pensionistico italiano tra equilibri ed equilibrismi*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 25 ss.; M. FRANZINI, *La difficile conciliazione tra finanza pubblica e "welfare state"*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 681 ss.; P. SANDULLI, *Quale e quanto "welfare" dalla finanza pubblica? Rileggendo Maurizio Franzini 2019*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 119 ss.

<sup>85</sup> Per qualche considerazione in tal senso, G. PROSPERETTI, *Categorie giuridiche, lavoro, welfare: l'evoluzione degli istituti giuridici e Gli istituti di welfare e la loro necessaria revisione nella nuova realtà sociale*, entrambi, ora, in ID., *Ripensiamo lo Stato sociale*, Cedam, Padova, 2019, rispettivamente pp. 185 ss. e 210 ss.

minimi differenziati, retaggio di una logica corrispettiva, che trova qui semmai riconoscimento nel disporsi dei trattamenti lungo l'intervallo definito. Infine, troverebbe un suo spazio anche la previdenza libera.

Certo, non è un compito semplice e forse l'alta idealità che ispirò i Padri della Costituzione non andò disgiunta da un rilevante (e inconsapevole?) tasso d'utopia.

# Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale\*

GIUSEPPE LUDOVICO

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *L'adeguatezza in funzione della retribuzione* – 3. *L'adeguatezza in funzione delle risorse del sistema* – 4. *Il significato dell'adeguatezza nel tempo di godimento della prestazione* – 5. *Il significato dell'adeguatezza nell'ottica del collegamento con l'art. 32 Cost.* – 6. *Verso un significato diacronico dell'adeguatezza in funzione della solidarietà intergenerazionale?* – 7. *Conclusioni*

## 1. *Premessa*

Il principio di adeguatezza alle esigenze di vita del lavoratore delle prestazioni previdenziali sancito dal secondo comma dell'art. 38 Cost. si contraddistingue per la sua «ambiguità»<sup>1</sup> e «indeterminatezza»<sup>2</sup> con riferimento tanto al parametro dell'«adeguatezza», quanto al criterio delle «esigenze di vita» del lavoratore.

L'interpretazione di quel concetto ha così dovuto fare i conti con un sistema in «continua transizione»<sup>3</sup> e con il progressivo deteriorarsi

\* Il contributo riproduce, con alcune eliminazioni nel testo e nelle note, il saggio dal titolo *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, pubblicato in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2021, n. 4, p. 815 ss.

<sup>1</sup> Così M. PERSIANI, *Art. 38*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario della Costituzione. I rapporti economici*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, Tomo I, 1979, p. 237; M. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 78.

<sup>2</sup> R. PESSI, *Il principio di adeguatezza nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 803; P. SANDULLI, *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, p. 689.

<sup>3</sup> P. SANDULLI, *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, cit., p. 690.

del quadro generale della finanza pubblica<sup>4</sup>, ma è soprattutto nella tutela per la vecchiaia che l'adeguatezza ha saputo dimostrare una particolare evoluzione del proprio significato operando su diverse dimensioni del sistema previdenziale.

## 2. *L'adeguatezza in funzione della retribuzione*

L'evoluzione del concetto di adeguatezza nell'interpretazione del giudice costituzionale è stata largamente condizionata dall'esigenza di salvaguardare la sostenibilità finanziaria del sistema che si è imposta all'attenzione soprattutto a partire dagli anni '90 del secolo scorso. Nell'ottica di progressiva razionalizzazione della spesa previdenziale, le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale costituiscono l'effetto del continuo bilanciamento tra la difesa dei diritti costituzionali e l'esigenza di non invadere gli spazi riservati alla discrezionalità legislativa<sup>5</sup>.

In questa logica di contenimento, è comprensibile che nell'iniziale fase di costruzione del sistema previdenziale la Consulta abbia privilegiato una lettura ampia del concetto di adeguatezza, riconoscendone la stretta correlazione con il criterio di proporzionalità

<sup>4</sup> Per una generale analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale v. M. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 89 ss.; M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 2013, p. 135 ss.; R. PESSI, *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 513 ss.; R. PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 595 ss.; A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, p. 16 ss.; M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 281 ss.; E. ALES, *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 521 ss.; R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 661 ss.

<sup>5</sup> Sul punto l'approfondita analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale di M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. pp. 77 e 116 ss. e E. ALES, *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, cit., p. 521 ss.

dell'art 36 Cost.<sup>6</sup> e identificando di fatto le «esigenze di vita» della prestazione previdenziale adeguata con i mezzi necessari a garantire «un'esistenza libera e dignitosa» al lavoratore e alla sua famiglia<sup>7</sup>.

È soltanto nelle decisioni successive che si consumerà il distacco, seppure non definitivo, del principio di adeguatezza da quello di proporzionalità. In una prima decisione la Consulta, evitando ogni riferimento all'art. 36 Cost., ha chiarito che la quantificazione delle prestazioni previdenziali risponde unicamente ai principi dell'art. 38 Cost., il quale «non vincola il legislatore a considerare le esigenze di vita dei lavoratori come indiscriminatamente uniformi»<sup>8</sup> e questa lettura è stata ribadita in una successiva decisione con la quale è stato precisato che il riferimento alla proporzionalità dell'art. 36 Cost. non intende imporre una «necessaria ed integrale coincidenza» tra pensione e retribuzione, dovendosi individuare i mezzi adeguati alle esigenze di vita in «quelli che siano idonei a realizzare le esigenze relative al tenore di vita conseguito dallo stesso lavoratore in rapporto al reddito ed alla posizione sociale raggiunta»<sup>9</sup>.

La tendenziale autonomia del principio di adeguatezza da quello di proporzionalità sarà ulteriormente sviluppata nelle decisioni successive secondo le quali tra prestazioni sociali e retribuzione deve sussistere soltanto un «ragionevole rapporto di corrispondenza»<sup>10</sup>, sicché tale rappor-

<sup>6</sup> Così tra le prime Corte cost. 13 gennaio 1966, n. 3, in *Foro it.*, 1966, comma 555; Corte cost. 9 dicembre 1968, n. 124, in *Foro it.*, 1969, comma 7; Corte cost. 11 dicembre 1969, n. 155, in *Dir. lav.*, 1972, p. 129; Corte cost. 30 giugno 1971, n. 144, in *Foro it.*, 1971, comma 2144; Corte cost. 29 aprile 1975, n. 92, in *Foro it.*, 1975, comma 1619; Corte cost. 3 luglio 1975, n. 176, in *Foro it.*, 1975, comma 2165; Corte cost. 29 dicembre 1976, n. 275, in *Foro it.*, 1977, comma 561; Corte cost. 19 gennaio 1976, n. 30, in *Dir. lav.*, 1976, p. 131; Corte cost. 18 giugno 1979, n. 46, in *Foro it.*, 1979, comma 1908; Corte cost. 13 marzo 1980, n. 26, in *Giur. cost.*, 1980, p. 444; Corte cost. 10 ottobre 1983, n. 302, in *Foro it.*, 1984, comma 367.

<sup>7</sup> In questi termini Corte cost. n. 26 del 1980, cit.

<sup>8</sup> Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Foro it.*, 1986, comma 1770, con nota di M. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, cit.

<sup>9</sup> Corte cost. 7 luglio 1986, n. 173, in *Riv. giur. lav.*, 1986, p. 94.

<sup>10</sup> Corte cost. 17 dicembre 1985, n. 349, in *Inf. prev.*, 1986, p. 55; Corte cost. 14 aprile 1988, n. 445, in *Giur. cost.*, 1988, p. 2040; Corte cost. 15 marzo 1991, n. 119, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1209; Corte cost. 9 maggio 1997, n. 127, in *Dir. lav.*, 1997, p. 486 con nota di E. ALES.



to non deve essere inteso «in modo indefettibile e strettamente proporzionale»<sup>11</sup>, ma come un criterio «tendenziale e imperfetto»<sup>12</sup> onde evitare un «irragionevole scostamento» che sarebbe invece «sintomatico dell'inadeguatezza del trattamento previdenziale corrisposto»<sup>13</sup>.

Il parametro dell'adeguatezza viene così ad assumere un significato che tiene conto in chiave meritocratica della qualità e quantità dell'attività prestata dal lavoratore e della sua partecipazione solidaristica al finanziamento del sistema<sup>14</sup>. Il che, a ben vedere, conferisce al principio di adeguatezza un significato di meritevolezza che offre una giustificazione costituzionale alla scelta realizzata con la legge n. 335 del 1995 di sostituire il sistema di calcolo retributivo con quello contributivo, esprimendo una più diretta correlazione tra prestazione e contribuzione<sup>15</sup>.

Da parametro di diretta identificazione della prestazione adeguata, la retribuzione diventa così criterio di indiretta determinazione dell'adeguatezza in rapporto meritocratico con il contributo del lavoratore derivante dall'attività svolta, sicché è soltanto in questo senso che il significato delle «esigenze di vita» dell'art. 38 Cost. può essere collegato al distinto ma non completamente indipendente parametro costituito dalla proporzionalità rispetto alla qualità e quantità del lavoro prestato<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 161, con nota di L. TASCHINI.

<sup>12</sup> Corte cost. 10 febbraio 1993, n. 42, in *Giur. cost.*, 1993, p. 310.

<sup>13</sup> Corte cost. 7 maggio 1993, n. 226, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1670.

<sup>14</sup> M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 37.

<sup>15</sup> In questo senso R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, cit., p. 674 ss. Sul punto v. anche M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, spec. p. 59. e P. SANDULLI, *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, cit., p. 697.

<sup>16</sup> Così anche M. CINELLI, *L'«adeguatezza» della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, in *Foro it.*, 1986, spec. 1774.

### 3. *L'adeguatezza in funzione delle risorse del sistema*

Nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale un ruolo ancora più decisivo ha assunto il costante riferimento alla sostenibilità finanziaria del sistema previdenziale assecondando le scelte del legislatore nel rispetto del limite della «ragionevolezza» in ordine alla «determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali in un razionale bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti e nei limiti delle disponibilità finanziarie»<sup>17</sup>.

Se le variabili demografiche e i mutamenti intervenuti nel quadro economico generale hanno indubbiamente aggravato la questione della sostenibilità finanziaria delle tutele previdenziali, occorre nondimeno ammettere che qualunque sistema di solidarietà sociale pone il problema della distribuzione delle limitate risorse disponibili tra i diversi gruppi sociali<sup>18</sup>.

È in quest'ottica che deve essere letto il costante riferimento del giudice costituzionale al principio di ragionevolezza che si presenta ormai del tutto «emancipato»<sup>19</sup> da quello di eguaglianza, posto che, secondo la Consulta, non può ritenersi preclusa alla discrezionalità legislativa la previsione di trattamenti differenziati a condizione che non siano incompatibili con le logiche sottostanti il sistema<sup>20</sup>.

La ragionevolezza ha assunto così un significato che sembra identificarsi con i concetti di razionalità, coerenza e congruità della norma

<sup>17</sup> Tra le più recenti: Corte cost. 23 gennaio 2004, n. 30, in *Foro it.*, 2004, p. 641; Corte cost. 19 dicembre 2006, n. 426, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2006, p. 51; Corte cost. 11 novembre 2010, n. 316, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 438; Corte cost. 10 marzo 2017, n. 53, in *Giust. civ.*, 2017, p. 627, con nota di R. PESSI, E. ROCCHINI; Corte cost. 18 luglio 2014, n. 215, in *Giur cost.*, 2014, p. 3416, con nota di D. MEZZACAPO; Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173, *cit.*; Corte cost. 9 novembre 2020, n. 234, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 831, con nota di P. SANDULLI;

<sup>18</sup> Sul punto v. S. SCIARRA, *Prove di solidarietà in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 266.

<sup>19</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *www.cortecostituzionale.it*, 12 novembre 2013, 1.

<sup>20</sup> Per una più approfondita analisi sul punto v. P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 95 ss., e M. CINELLI, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 29 ss.

rispetto all'intento perseguito dallo stesso legislatore<sup>21</sup>. Il criterio della ragionevolezza si è evoluto fino ad acquisire una «consistenza autonoma»<sup>22</sup>, comportando un giudizio non più ternario ma binario che si concentra sull'intrinseca coerenza della norma rispetto al contesto normativo<sup>23</sup>. E questo più ampio significato del controllo di ragionevolezza è andato affermandosi nella giurisprudenza costituzionale allorché il deteriorarsi della situazione economico-finanziaria ha imposto in maniera sempre più pressante l'«inegual»<sup>24</sup> bilanciamento tra adeguatezza delle prestazioni sociali ed esigenza di contenimento della spesa.

Il contemperamento tra queste due opposte esigenze, che la Corte costituzionale sembra a volte concepire come valori paritari<sup>25</sup>, è stato spesso mediato dal principio di gradualità<sup>26</sup>

Nel mutato contesto condizionato dalle esigenze di equilibrio di bilancio, la gradualità è divenuta invece il criterio per giustificare interventi peggiorativi anche sulle prestazioni in corso di erogazione<sup>27</sup>,

<sup>21</sup> In questo senso E. ALES, *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, cit., p. 550 ss.

<sup>22</sup> Così L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, p. 9.

<sup>23</sup> Più diffusamente M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 117 ss., A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, cit., p. 11 ss.; E. ALES, *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, cit., p. 549 ss.; M. CINELLI, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, cit., p. 9 ss.

<sup>24</sup> Sul bilanciamento «inegual» tra diritti sociali ed esigenze economico-finanziarie v. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 100; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992, p. 109 ss.

<sup>25</sup> Così Corte cost. 3 aprile 1987, n. 101, in *Riv. Corte Conti*, 1987, p. 555; Corte cost. 31 marzo 1995, n. 99, in *Giur. it.*, 1995, p. 529.

<sup>26</sup> Sul punto v. Corte cost. 16 luglio 1973, n. 128, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1330; Corte cost. 22 luglio 1976, n. 187, in *Rass. cons. Stato*, 1976, p. 709; Corte cost. 14 luglio 1977, n. 126; Corte cost. n. 26 del 1980, cit.

<sup>27</sup> Tra le tante: Corte cost. 10 giugno 1994, n. 240, in *Giust. civ.*, 1994, p. 1743; Corte cost. 24 ottobre 1996, n. 361, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 483; Corte cost. 27

ferma restando l'esigenza di una distribuzione graduale dei sacrifici<sup>28</sup>.

Ragionevolezza e gradualità diventano così i limiti entro i quali l'affidamento dell'assicurato può essere sacrificato a fronte di esigenze di contenimento della spesa, con la conseguenza che in ambito previdenziale possono configurarsi soltanto aspettative di fatto e non diritti quesiti<sup>29</sup>.

Non è possibile ovviamente ricostruire nel dettaglio il dibattito sollevato dal principio di pareggio di bilancio introdotto nell'art. 81 Cost.<sup>30</sup>. È sufficiente rilevare come, prima della modifica costituzionale, fosse stata già attribuita al legislatore una più ampia discrezionalità entro i limiti della ragionevolezza e della gradualità, avendo individua-

dicembre 1996, n. 417, in *Giust. civ.*, 1996, p. 6; Corte cost. 27 dicembre 1996, n. 419, in *Giur. cost.*, 1997, p. 589; Corte cost. 2 luglio 1997, n. 211, in *Inf. prev.*, 2000, p. 102; Corte cost. 4 novembre 1999, n. 416, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3625; Corte cost. 12 novembre 2002, n. 446, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3658; Corte cost. 1° luglio 2015, n. 127.

<sup>28</sup> Corte cost. 19 giugno 1998, n. 219, in *Foro it.*, 1998, comma 3066; Corte cost. 22 giugno 2000, n. 226, in *Foro it.*, 2001, comma 5; Corte cost. 29 maggio 2002, n. 227, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 399.

<sup>29</sup> Così M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 314 ss.; M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, cit., p. 53 ss. In senso contrario G. FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legislazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, pp. 314-315. Per una ricostruzione del dibattito v. A. OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 62 ss.

<sup>30</sup> Sul punto v. M. MAZZIOTTI, *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3791 ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 287 ss.; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano 2015, Tomo III, p. 1673 ss.; AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Giuffrè, Milano, 2014. Per un'approfondita ricostruzione del dibattito v. M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. p. 92 ss.

to il giudice costituzionale il limite incompressibile dei diritti sociali nel loro «contenuto minimo essenziale»<sup>31</sup>.

Al di là dell'indeterminatezza di questo nucleo irriducibile dei diritti sociali che la Corte non individua<sup>32</sup>, occorre rilevare come quel limite abbia finito di fatto per individuare il livello al di sotto del quale la prestazione non può ritenersi adeguata, con il rischio concreto che il limite minimo coincida con il livello adeguato di tutela del diritto<sup>33</sup>.

Questo nucleo minimo, del resto, non dovrebbe coincidere con «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» che, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, dal momento che la determinazione di questi è rimessa alla discrezionalità del legislatore, mentre il primo costituisce un limite costituzionalmente imposto<sup>34</sup>.

Spetta dunque al giudice costituzionale operare il necessario bilanciamento tra diritti sociali ed esigenze di bilancio<sup>35</sup>, e non pare eccessivo affermare che l'indeterminato parametro dell'adeguatezza sia definito in concreto dalle risorse disponibili in un determinato momento storico con l'unico limite rappresentato – come già detto – dal “contenuto minimo essenziale” del diritto sociale.

<sup>31</sup> In questo senso *ex plurimis* Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 826, con nota di G. LEONE, ma su questa pronuncia vedi più diffusamente *infra*; Corte cost. 25 giugno 2019, n. 159, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1667; Corte cost. 21 novembre 2019, n. 240, in *Giur. cost.*, 2019, p. 2988; Corte cost. 2 febbraio 2018, n. 20, in *Giur. cost.*, 2018, p. 211, con nota di R. PESSI; Corte cost. 20 luglio 2020, n. 152, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1722; Corte cost. 4 dicembre 2020, n. 263, in *Giur. cost.*, 2020, 3137; Corte cost. 2 luglio 2021, n. 137.

<sup>32</sup> Così M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 122.

<sup>33</sup> F. PALLANTE, *Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali (con particolare riguardo al diritto all'abitazione)*, in *Quest. Giustizia*, [https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-problema-costituzionale-dell-attuazione-dei-dir\\_27-07-2018.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-problema-costituzionale-dell-attuazione-dei-dir_27-07-2018.php).

<sup>34</sup> Sul punto v. F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 117-118.

<sup>35</sup> M. BENVENUTI, *Diritti Sociali*, Utet, Torino, 2013, p. 137.

#### 4. Il significato dell'adeguatezza nel tempo di godimento della prestazione

Come anticipato, il tempo costituisce uno dei principali piani di articolazione del significato dell'adeguatezza anche e soprattutto per la sua proiezione lungo l'intera durata di godimento della prestazione.

Pur riconoscendo come doverosa la previsione di meccanismi di rivalutazione<sup>36</sup>, il giudice costituzionale ha comunque escluso che la conservazione dell'adeguatezza nel tempo implichi un «costante adeguamento al mutevole potere di acquisto della moneta», non potendosi ignorare «che esiste il limite delle risorse disponibili» e che per questa ragione «sussiste una sfera di discrezionalità riservata al legislatore per l'attuazione graduale dei detti precetti»<sup>37</sup>.

Sulla base di tali principi sono stati ritenuti legittimi il blocco della perequazione disposto per il 1998 sui trattamenti pensionistici superiori a cinque volte il trattamento minimo<sup>38</sup> e quello successivo previsto per il 2008 sulle prestazioni di importo superiore a otto volte il trattamento minimo<sup>39</sup>.

Nel primo caso la sospensione del meccanismo perequativo è stata ritenuta legittima perché inserita nella manovra finanziaria «sì da trovare fondamento nella più complessa manovra correttiva posta in essere di volta in volta dal Parlamento, nel quadro degli equilibri di bilancio»<sup>40</sup>, mentre la seconda decisione ha offerto una più ampia lettura della ragionevolezza della misura sospensiva, escludendo che la sua disapplicazione alle pensioni di maggiore importo potesse determinare una violazione del principio di eguaglianza<sup>41</sup>. Il ragionamento della Corte si è

<sup>36</sup> In questo senso Corte cost. 17 dicembre 1985, n. 349, cit.; Corte cost. 7 luglio 1986, n. 173, cit.; Corte cost. 27 aprile 1988, n. 497, in *Dir. lav.*, 1989, p. 175; Corte cost. 11 maggio 1988, n. 501, in *Foro it.*, 1989, comma 639; Corte cost. 7 maggio 1993, n. 226, cit.; Corte cost. 31 marzo 1995, n. 99, cit.

<sup>37</sup> Corte cost. 7 luglio 1986, n. 173, cit.; Corte cost. 31 marzo 1995, n. 99, cit.; Corte cost. 7 maggio 1993, n. 226, cit.; Corte cost. 18 maggio 2006, n. 202, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3; Corte cost. 19 gennaio 2007, n. 3, in *Riv. giur. lav.*, 2007, p. 533.

<sup>38</sup> Corte cost. 17 luglio 2001, n. 256, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4.

<sup>39</sup> Corte cost. 11 novembre 2010, n. 316, cit.

<sup>40</sup> Corte cost. 17 luglio 2001, n. 256, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4.

<sup>41</sup> Così Corte cost. 11 novembre 2010, n. 316, cit.

concentrato in particolare sulla «finalità solidaristica» della misura sospensiva, ritenendo ragionevole la scelta di finanziare con il blocco della perequazione gli interventi sulle pensioni di anzianità volti a salvaguardare le aspettative dei lavoratori più vicini all'età pensionabile<sup>42</sup>.

L'affermata ragionevolezza della scelta di collocare la misura sospensiva all'interno del circuito solidaristico previdenziale non ha impedito, tuttavia, alla Corte di lanciare un monito al legislatore avvertendo che «la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo» esporrebbe «il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità» anche per le prestazioni di importo più elevato<sup>43</sup>.

È in tale logica che può essere letta la successiva e controversa sentenza n. 70 del 2015<sup>44</sup> con cui il giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 24, comma 25, del d.l. n. 201 del 2011, nella parte in cui disponeva, per gli anni 2012 e 2013, il blocco della rivalutazione automatica delle pensioni di importo superiore a tre volte il trattamento minimo.

<sup>42</sup> Corte cost. 11 novembre 2010, n. 316, cit.

<sup>43</sup> Corte cost. 11 novembre 2010, n. 316, cit.

<sup>44</sup> Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70, cit. e al riguardo M. BARBIERI, M. D'ONGHIA (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – *Collective Volumes*, 2015, 4; M. PERSIANI, *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1186 ss.; P. BOZZAO, *Il pensiero della Consulta sul blocco pensionistico: adeguatezza "retributiva" o "redistributiva" della pensione?*, in *Dir. merc. lav.*, 2015, p. 361 ss.; M. CINELLI, *Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015)*, *ivi*, p. 543 ss.; M. CINELLI, *Illegittima la reiterazione del blocco della perequazione delle pensioni: le ragioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, p. 429 ss.; M. D'ONGHIA, *La Consulta ridà linfa all'effettività dei diritti previdenziali: la sentenza n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, p. 371 ss.; M. D'ONGHIA, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale nella legislazione previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, p. 319 ss.; V. FERRANTE, *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 840 ss.; G. LEONE, *Progressività e ragionevolezza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla sentenza n. 70/2015*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 845 ss.; A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, cit., p. 14 ss.; M. CINELLI, *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 21 ss.; M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 552 ss.

Le censure della Corte si sono appuntate sul funzionamento del meccanismo sospensivo che incideva sulla prestazione complessivamente intesa anziché su fasce progressive di importo, e sulla violazione dei limiti di ragionevolezza e proporzionalità che derivava dal generico riferimento della norma alla «contingente situazione finanziaria».

Questa decisione è stata oggetto di numerose critiche non solo per i suoi effetti economici ma anche per non aver fatto alcun cenno al nuovo art. 81 Cost.<sup>45</sup> e, più in generale, per la mancata considerazione della funzione redistributiva del sistema pensionistico<sup>46</sup> e dei suoi delicati equilibri nell'ottica degli interessi delle future generazioni<sup>47</sup>. Non meno criticata è stata la riproposizione dell'«anacronistica»<sup>48</sup> nonché «errata e forviante»<sup>49</sup> concezione della pensione come retribuzione differita ai sensi dell'art. 36 Cost..

A questa decisione che è stata giustamente definita un «unicum nel panorama della giurisprudenza costituzionale»<sup>50</sup>, hanno fatto seguito altre pronunce di segno diverso. La sentenza n. 173 del 2016 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità sollevata nei confronti dell'art. 1, commi 483 e 486, della l. n. 147 del 2013, che aveva previsto, per il triennio 2014-2016, una progressiva riduzione della rivalutazione sulle pensioni di importo superiore da tre a sei volte il trattamento minimo e l'imposizione di un «contributo di solidarietà» a carico

<sup>45</sup> A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2015, p. 5 ss., [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2\\_2015\\_Barbera.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2015_Barbera.pdf).

<sup>46</sup> P. BOZZAO, *Il pensiero della Consulta sul blocco pensionistico*, cit., p. 361 ss.

<sup>47</sup> Così M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, cit., p. 554. Nello stesso senso R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, pp. 65-66 e V. FERRANTE, *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, cit., 845. Sulla rilevanza degli effetti economici delle decisioni della Consulta v. R. PINARDI, *Diritti e risorse finanziarie: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 307 ss.

<sup>48</sup> M. CINELLI, *Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015)*, cit., 2015, p. 543

<sup>49</sup> M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, cit., p. 554.

<sup>50</sup> Così R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, cit., p. 669.



dei titolari di prestazioni pensionistiche di importo superiore da quattordici a trenta volte il trattamento minimo<sup>51</sup>.

In particolare, la Corte ha riconosciuto la legittimità della disposizione impugnata poiché, a differenza della norma dichiarata illegittima dalla sentenza n. 70 del 2015, non prevedeva un blocco integrale della rivalutazione, ma una rimodulazione della percentuale di perequazione sull'intero importo del trattamento pensionistico<sup>52</sup>.

Relativamente al contributo di solidarietà, il giudice costituzionale, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità senza rinunciare però a sottoporre le scelte del legislatore ad «uno scrutinio “stretto” di costituzionalità, che impone un grado di ragionevolezza complessiva ben più elevato di quello che, di norma, è affidato alla mancanza di arbitrarietà»<sup>53</sup>.

Per essere ritenuta legittima, la compressione dell'affidamento dell'assicurato nel mantenimento della prestazione<sup>54</sup> deve palesarsi come «misura improntata effettivamente alla solidarietà previdenziale (artt. 2 e 38 Cost.)», nel senso che il contributo di solidarietà deve «operare all'interno del complessivo sistema della previdenza; essere imposto dalla crisi contingente e grave del predetto sistema; incidere sulle pensioni più elevate (in rapporto alle pensioni minime); presentarsi come prelievo sostenibile; rispettare il principio di proporzionalità; essere comunque utilizzato come misura una tantum»<sup>55</sup>.

In coerenza con tali principi, i successivi interventi del giudice costituzionale, oltre a ribadire la legittimità dell'art. 1, comma 483, della

<sup>51</sup> Così Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173, cit.

<sup>52</sup> Così Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173, cit. In questo senso si era già espressa Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70, cit., sottolineando la differenza tra il meccanismo previsto dall'art. 1, comma 483, della l. n. 147 del 2013 e il blocco della rivalutazione disposto dall'art. 24, comma 25, del d.l. n. 201 del 2011.

<sup>53</sup> Così Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173, cit.

<sup>54</sup> Principio affermato in precedenza da Corte cost. 2 luglio 1997, n. 211, cit. Corte cost. 12 novembre 2002, n. 446, in *Giur. it.*, 2003, p. 841; Corte cost. 27 giugno 2012, n. 166, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2289; Corte cost. 2 aprile 2014, n. 69, in *Foro it.*, 2014, comma 1352.

<sup>55</sup> Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173, cit.

l. 147 del 2013<sup>56</sup> e delle misure in seguito introdotte per recepire le indicazioni della sentenza n. 70 del 2015<sup>57</sup>, hanno ritenuto legittimo l'art. 1, comma 260, della l. n. 145 del 2018<sup>58</sup> che, per il periodo 2019-2021, ha disposto la perequazione integrale per le prestazioni di importo pari o inferiore a tre volte il trattamento minimo, con una rivalutazione decrescente per le prestazioni di importo superiore<sup>59</sup>, mentre è stata dichiarata illegittima la riduzione dei trattamenti di importo più elevato che il comma 261 della norma aveva previsto per la durata di cinque anni, avendo la Corte ritenuto «esorbitante» una durata così ampia<sup>60</sup>.

Dal complesso di questi interventi emerge così una lettura del concetto di adeguatezza che, anche nella sua proiezione temporale, si piega alle logiche di sostenibilità della spesa nel rispetto delle uniche condizioni della necessaria razionalità, temporaneità e destinazione previdenziale dei sacrifici imposti.

##### *5. Il significato dell'adeguatezza nell'ottica del collegamento con l'art. 32 Cost.*

Se la materia pensionistica ha costituito senza dubbio l'ambito di maggiore intervento del giudice costituzionale in materia di adeguatezza, non meno rilevanti sono le pronunce che hanno riconosciuto la

<sup>56</sup> Corte cost. 1° dicembre 2017, n. 250, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 362, con nota di G. LEONE. Sul rapporto tra questa decisione e la sentenza n. 70 del 2015 in un'ottica di «dialogo inter-istituzionale» tra Corte e legislatore v. S. SCIARRA, *Prove di solidarietà in alcune sentenze della Corte costituzionale*, pp. 262-263.

<sup>57</sup> A seguito della sentenza n. 70 del 2015, il legislatore con l'art. 1, comma 1, n. 1, d.l. n. 65 del 2015 aveva modificato l'art. 24, comma 25, d.l. n. 201 del 2011, introducendo nella sua formulazione un nuovo comma 25-bis. Le questioni di legittimità sollevate nei confronti della norma novellata sono state dichiarate infondate da Corte cost. 1° dicembre 2017, n. 250 cit. e Corte cost. 11 maggio 2018, n. 96, in *Giur. cost.*, 2018, p.1057.

<sup>58</sup> Sul punto v. R. CASILLO, *Coerenza ed equità nella manutenzione del sistema pensionistico dopo la legge 22 dicembre 2011*, n. 214, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 772 ss.

<sup>59</sup> Corte cost. 9 novembre 2020, n. 234, cit.

<sup>60</sup> Corte cost. 9 novembre 2020, n. 234, cit.

sussistenza di un diretto collegamento tra l'art. 38, comma 2, Cost. e il diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost.<sup>61</sup>.

Si allude alle decisioni che hanno imposto una radicale revisione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali che il legislatore ha realizzato dando attuazione ai moniti rivoltigli dalla Consulta che miravano ad attribuire all'adeguatezza un significato più aderente al complessivo valore della persona<sup>62</sup>. Dalla giurisprudenza costituzionale è così emersa una più ampia lettura delle "esigenze di vita" del lavoratore, riferite in senso ampio anche alla sua integrità psicofisica<sup>63</sup>.

In questa logica la copertura assicurativa del danno biologico si imponeva non in ragione di una pretesa funzione risarcitoria della tutela indennitaria, ma per la necessaria conformazione di quest'ultima al significato dell'adeguatezza risultante dal combinato disposto degli artt. 32 e 38 Cost.<sup>64</sup>. Non era pensabile, infatti, che proprio la tutela indennitaria potesse rimanere estranea al fecondo processo di riscoperta dei valori fondamentali della persona che aveva condotto in ambito civilistico all'affermazione di una rinnovata concezione dell'individuo.

Dalla natura previdenziale e non risarcitoria della garanzia indennitaria discendono conseguenze di non poco momento per la legittimità dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000 che ha provveduto ad includere il danno biologico nella copertura assicurativa, utilizzando parametri valutativi che si discostano, in misura più o meno ampia, dai criteri ci-

<sup>61</sup> In questo senso in dottrina P. TULLINI, voce *Salute nel diritto della sicurezza sociale*, in *Dig. discomma priv. sez. comm.*, Vol. XIII, 1996, p. 74; S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Dig. discomma priv. sez. comm.*, Agg., 2000, pp. 389-390. Sia consentito il rinvio a G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 220 ss.

<sup>62</sup> Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, comma 1664, con nota di D. POLETTI; Corte cost. 2 marzo 1991, n. 100, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1991, p. 9.

<sup>63</sup> Corte Cost. 18 luglio 1991, n. 356, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 144, con nota di A. ANDREONI.

<sup>64</sup> Sul punto Corte cost. 21 novembre 1997, n. 350, in *Danno e resp.*, 1998, p. 141, con nota di D. POLETTI.

vilistici che sono invece improntati all'obiettivo di garantire l'integrale risarcimento del danno<sup>65</sup>.

Il divario tra i due sistemi, infatti, sarebbe pienamente giustificato ove la garanzia indennitaria fosse inquadrata come tutela previdenziale e, come tale, unicamente vincolata al parametro dell'adeguatezza seppure interpretato in collegamento con l'art. 32 Cost., mentre ove configurata come rimedio risarcitorio tale disciplina porrebbe evidenti problemi di costituzionalità nella parte in cui non garantisce al danno biologico e alle altre voci di danno costituzionalmente tutelate una piena e integrale copertura assicurativa.

I sospetti di illegittimità avanzati da una parte della dottrina nei confronti del d.lgs. n. 38 del 2000<sup>66</sup> sono stati definitivamente fugati dal giudice costituzionale, il quale ha riconosciuto la legittimità della riforma proprio nell'ottica dell'art. 38 Cost., precisando, da un lato, che la relativa adeguatezza «dev'essere valutata tenendo presente l'innovazione legislativa nel suo complesso» e, dall'altro, che spetta alla discrezionalità legislativa «la determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale temperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie»<sup>67</sup>.

Ciò significa che la concreta realizzazione del collegamento tra l'adeguatezza dell'art. 38 Cost. e la tutela della salute dell'art. 32 Cost. è affidata, nei limiti della ragionevolezza, alle discrezionali scelte del legislatore al pari di ogni altra tutela previdenziale e, al contempo, che il significato dell'adeguatezza deriva anche dal collegamento con altri diritti fondamentali in piena coerenza con la complessiva trama dei valori costituzionali.

<sup>65</sup> Per una più ampia disamina della disciplina v. S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2020, p. 192 ss.

<sup>66</sup> Sul punto D. POLETTI, *I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore Inail*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 95.

<sup>67</sup> Corte cost. 19 dicembre 2006, n. 426, cit.

## 6. Verso un significato diacronico dell'adeguatezza in funzione della solidarietà intergenerazionale?

Al termine di questo *excursus* sugli interventi del giudice costituzionale in materia di adeguatezza delle prestazioni previdenziali, è utile soffermarsi brevemente sul significato che quel parametro può assumere nell'ottica della tutela delle generazioni future.

L'attenzione per questa tematica, che nasce dalle generali riflessioni dei costituzionalisti e dei filosofi del diritto sulla configurabilità giuridica di una responsabilità delle attuali generazioni nei confronti di quelle successive<sup>68</sup>, non ha lasciato indifferente la dottrina previdenzialistica che si è divisa tra quanti si sono mostrati favorevoli ad una più equa ripartizione di risorse tra le generazioni, ravvisando nel finanziamento a ripartizione del sistema pensionistico l'espressione di un vincolo di solidarietà intergenerazionale<sup>69</sup>, e quanti, al contrario, hanno

<sup>68</sup> Sul punto e senza pretesa di esaustività: A. TARANTINO, R. CORSANO (a cura di), *Diritti umani, biopolitica e globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2006; S. PRATESI, *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2007; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008; R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, p. 145 ss.; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Giuffrè, Milano, 2012; A. D'ALOIA, voce *Generazioni future (Diritto costituzionale)*, in *Encomma dir.*, Agg., 2016, p. 331 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2018. Con specifico riguardo al sistema pensionistico V. VALENTI, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2013; G. ARCONZO, *La solidarietà intergenerazionale nella tutela pensionistica pubblica e privata*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 1 ss.

<sup>69</sup> M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 943 ss.; M. PERSIANI, *Crisi economica e crisi del welfare state*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 661 ss.; M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 558; T. TREU, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2018, n. 374; G. LUDOVICO, *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 28 ss.; G. CANAVESI, *La dimensione giuridica della solidarietà intergenerazionale nella prospettiva delle casse di*

rimarcato come nel tradizionale schema della previdenza sociale sia la generazione dei lavoratori attivi a doversi fare carico dei bisogni della generazione dei pensionati e non viceversa<sup>70</sup>.

Al di là delle diverse posizioni dottrinali, resta il problema di come garantire l'adeguatezza delle future prestazioni dinanzi al progressivo ridursi delle risorse disponibili che deriva non solo ma anche dalla loro diseguale distribuzione tra le generazioni. La questione non è stata ignorata dal giudice costituzionale che nelle proprie decisioni non ha mancato di fare riferimento, in maniera sempre più frequente, all'impatto delle attuali scelte legislative sulla tutela delle generazioni future<sup>71</sup>.

In alcune decisioni risalenti agli anni '90 del secolo scorso e ai primi anni duemila la Consulta aveva già richiamato l'attenzione del legislatore sull'esigenza di garantire l'equilibrio di bilancio al fine di non pregiudicare la capacità del sistema «di effettuare in futuro le prestazioni previdenziali a tutti gli aventi diritto»<sup>72</sup>, riconoscendo che «il sacrificio nel godimento del diritto alla pensione da parte delle generazioni presenti è volto ad assicurare il godimento di un analogo diritto alle generazioni future»<sup>73</sup>.

Ma è soprattutto con l'aggravarsi del quadro economico generale che i riferimenti alla tutela delle future generazioni si fanno sempre più insistenti: nella sentenza n. 173 del 2016 il contributo di solidarietà sulle prestazioni di importo più elevato è stato ritenuto legittimo come

*previdenza privatizzate*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 59 ss.; R. CASILLO, *Coerenza ed equità nella manutenzione del sistema pensionistico dopo la legge 22 dicembre 2011*, n. 214, cit., spec. p. 741 ss.; M. D'ONGHIA, *Retroattività e diritti previdenziali fra (presunta) intangibilità dei diritti quesiti e solidarietà intergenerazionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, spec. p. 296 ss.; R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, cit., p. 221 ss.

<sup>70</sup> In questo senso M. CINELLI, *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, cit., p. 29 ss.; R. PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, cit., pp. 600-601; R. PESSI, *Previdenza e assistenza tra universalità e sostenibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 142; M. CINELLI, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, cit., p. 20 ss.

<sup>71</sup> Sul punto v. M. D'ONGHIA, *Retroattività e diritti previdenziali fra (presunta) intangibilità dei diritti quesiti e solidarietà intergenerazionale*, cit., p. 301 ss.

<sup>72</sup> Corte cost. 12 gennaio 1994, n. 2, in *Riv. giur. lav.*, 1994, p. 851.

<sup>73</sup> Corte cost. 29 luglio 2005, n. 345, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4.

«misura di solidarietà “forte”» anche «in un’ottica di solidarietà intergenerazionale»<sup>74</sup>, mentre l’anno successivo la sentenza n. 250 del 2017 ha fatto esplicito riferimento alla «salvaguardia della solidarietà intergenerazionale» per giustificare la legittimità del meccanismo di perequazione attuativo dei rilievi contenuti nella sentenza n. 70 del 2015<sup>75</sup>, e in termini analoghi si è espressa da ultimo la sentenza n. 234 del 2020 che ha riconosciuto le «connotazioni intergenerazionali» del meccanismo di riduzione della perequazione e di imposizione del contributo di solidarietà introdotto dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145<sup>76</sup>, ammettendo, al contempo, che «Il progressivo invecchiamento della popolazione e l’erosione della base produttiva» hanno reso «via via più fragile il patto tra le generazioni, sul quale il sistema previdenziale si fonda»<sup>77</sup>.

Senonché, questi ripetuti riferimenti agli equilibri intergenerazionali, pur esprimendo una visione diacronica dell’adeguatezza<sup>78</sup>, non hanno mai rappresentato «l’argomento decisivo utilizzato dalla Corte per definire i vincoli all’azione legislativa» ma soltanto «un argomento ad *adiuvandum* per valutare la ragionevolezza delle scelte legislative»<sup>79</sup>. E ciò evidentemente in ragione dell’accentuata discrezionalità legislativa connessa a qualunque operazione di bilanciamento tra diritti sociali attuali e futuri<sup>80</sup>, sicché in questa logica la solidarietà intergenerazionale costituisce un «tema di cui la Corte costituzionale non può essere

<sup>74</sup> Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173, cit.

<sup>75</sup> Nello stesso senso le decisioni della Corte EDU 19 luglio 2018, n. 27166 e n. 27167, *Aielli e altri comma Italia e Arboit e altri comma Italia*, che, chiamate ad intervenire proprio sugli effetti del d.l. n. 65 del 2015, hanno respinto qualunque motivo di contrasto con gli artt. 1 del Protocollo e 6, § 1, della Convenzione, ritenendo determinante l’obiettivo perseguito dal legislatore di salvaguardare la redditività e la sopravvivenza del sistema pensionistico per le future generazioni.

<sup>76</sup> Sul punto v. i rilievi critici di M. CINELLI, *I prelievi sulle pensioni d’oro: alla Corte costituzionale la narrazione, alla Corte dei conti l’epilogo? I nodi non sciolti dalla sentenza n. 234/2020*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 163 ss.

<sup>77</sup> Corte cost. 9 novembre 2020, n. 234, cit.

<sup>78</sup> Così M. D’ONGHIA, *Retroattività e diritti previdenziali fra (presunta) intangibilità dei diritti quesiti e solidarietà intergenerazionale*, cit., p. 289.

<sup>79</sup> G. ARCONZO, *La solidarietà intergenerazionale nella tutela pensionistica pubblica e privata*, cit., p. 24.

<sup>80</sup> Così ancora G. ARCONZO, *loc. ult. cit.*

investita, se non per gli effetti che talune sue decisioni possono avere sulle scelte del legislatore»<sup>81</sup>.

È interessante osservare, tuttavia, come l'equità intergenerazionale abbia costituito la principale argomentazione utilizzata dal giudice costituzionale per intervenire su alcune disposizioni di finanza pubblica regionale che dilazionavano la copertura del disavanzo su durate temporali talmente estese da essere ritenute incompatibili con il principio di equità intergenerazionale nella misura in cui trasferivano sulle generazioni future i disavanzi delle precedenti gestioni finanziarie<sup>82</sup>.

Per quanto i due ambiti siano differenti e non sovrapponibili, riesce difficile non pensare, tuttavia, alle forti assonanze che sussistono tra l'esigenza di evitare che la gestione dei disavanzi delle regioni ed enti locali possano produrre effetti sulle generazioni future, e quella di evitare che le attuali scelte del legislatore in materia previdenziale possano pregiudicare l'adeguatezza delle future prestazioni o quantomeno di quelle dovute all'attuale generazione di lavoratori.

## 7. Conclusioni

Il criterio dell'adeguatezza ha saputo dimostrare grazie alla sua elasticità di significato una singolare capacità di adattamento alle diverse fasi che hanno accompagnato la lunga evoluzione del sistema previdenziale.

La concreta portata di quel criterio è rimessa al confronto tra la discrezionalità del legislatore che è chiamato ad una delicata opera di bilanciamento tra la garanzia dei diritti sociali e le risorse disponibili, e la valutazione del giudice costituzionale che, nel verificare la coerenza di quel bilanciamento ai principi costituzionali, si è mostrata particolar-

<sup>81</sup> In questi termini S. SCIARRA, *Prove di solidarietà in alcune sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 271.

<sup>82</sup> Sul punto v. Corte cost. 10 aprile 2014, n. 88, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1606; Corte cost. 12 maggio 2016, n. 107, in *Giur. cost.*, 2016, p. 906, con nota di A. BRANCASI; Corte cost. 11 gennaio 2017, n. 6, in *Giur. cost.*, 2017, p. 20, con nota di A. BRANCASI; Corte cost. 5 marzo 2018, n. 49, in *Foro it.*, 2018, comma 2614; Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18, in *Giur. cost.*, 2019, p. 201; Corte cost. 23 giugno 2020, n. 115, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1276; Corte cost. 29 aprile 2021, n. 80.



mente attenta a non invadere gli spazi riservati alla discrezionalità legislativa.

È da condividere l'espressione utilizzata dalla dottrina che ha parlato di «doppia discrezionalità»<sup>83</sup> del legislatore e della Consulta nell'interpretazione del concetto di adeguatezza nel senso che al primo è unicamente richiesto di operare scelte dotate di sufficiente coerenza e razionalità rispetto agli obiettivi che lo stesso intende perseguire. Ne deriva così un concetto sostanzialmente privo di un preciso significato anche a causa dell'indeterminatezza del referente costituito dalle «esigenze di vita» del lavoratore.

Dinanzi al limite delle risorse disponibili che ha natura ormai non più contingente ma strutturale, non è difficile allora prevedere che il problema della definizione del concetto di adeguatezza tenderà a spostarsi dal piano dell'attuale coerenza interna delle scelte legislative a quello della razionalità dei relativi effetti futuri e da questo versante sarà inevitabile la definizione da parte della giurisprudenza costituzionale di un diverso punto di equilibrio tra la propria discrezionalità e quella del legislatore

<sup>83</sup> E. ALES, *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, cit., p. 521 ss.

## **Il principio di adeguatezza nella tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: contenuto e funzioni\***

RICCARDO VIANELLO

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Principio di adeguatezza e ambito soggettivo di tutela contro gli infortuni sul lavoro* – 3. *Principio di adeguatezza e «impotenza al lavoro» dell'«uomo macchina»* – 4. *Principio di adeguatezza e «integrità psicofisica [...] della persona»* – 5. *La misura dell'adeguatezza della tutela previdenziale e l'inconsapevole (?) aggiramento del divieto di ingiustificato arricchimento: il problema del calcolo del danno differenziale quantitativo* – 6. *Perseverare autem diabolicum: il calcolo del danno differenziale quantitativo nella giurisprudenza della Suprema Corte tra ordinari criteri civilistici e principio di adeguatezza*

### *1. Premessa*

Nello specifico ambito della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali la definizione del concetto di adeguatezza risulta particolarmente delicata perché alle tradizionali difficoltà altre se ne aggiungono, essendo l'opera dell'interprete resa ancor più complessa dall'essere qui la nozione compressa, da un lato, dal parametro di cui al comma 1 dell'art. 38 («i mezzi necessari per vivere» che, secondo risalente, ma non inattuale, pronuncia del Giudice delle leggi, «non possono identificarsi con i mezzi adeguati alle esigenze di vita» perché «questi ultimi comprendono i primi ma non s'esauriscono in essi»), e, dall'altro lato, dalla *restitutio in integrum*, obiettivo, questo, che si suole ritenere di esclusiva competenza del diritto primo della responsabilità civile, non perseguibile tramite il sistema indennitario INAIL.

A ulteriore complicazione dell'attività di esegesi si aggiunga, poi, che lo stesso ambito oggettivo della tutela immaginata dal comma 2

\* Il presente testo, salvo il § 6, riprende con aggiornamenti e alcune modifiche, il saggio *Principio di adeguatezza e tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, pubblicato nella Rivista *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro*, n. 4/2021.

dell'art. 2, d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124 (e riferita alla inabilità al lavoro) si è evoluto in chiave espansiva: basti considerare, a eloquente testimonianza, l'ingresso nel sistema previdenziale (al rallentatore, ma inarrestabile) del concetto di danno biologico, che, proprio perché riferito al lavoratore in quanto «persona», ha legittimato il passaggio dalla tutela dello stesso come soggetto che, lavorando, produce (*recitius*: la cui capacità di lavorare è, in misura maggiore o minore, pregiudicata dall'evento infortunistico) alla tutela della persona del lavoratore nelle sue varie manifestazioni (si pensi all'inserimento, nella «Tabella delle menomazioni» di cui al d.m. 12 luglio 2000, di eventi quali il danno estetico o il danno all'apparato riproduttivo), con conseguente necessità di rivedere non solo il concetto di adeguatezza, ma ovviamente anche la nozione stessa di «esigenze di vita» (cui gli strumenti previdenziali devono “adeguarsi”), da intendersi evidentemente nel senso più pieno del termine, dunque non circoscritta al solo ambito lavorativo.

Le riflessioni che seguiranno sono volte a verificare se il principio di adeguatezza sia declinabile in maniera qualitativamente e quantitativamente diversa nell'ambito della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali rispetto alle altre forme di tutela elencate nell'art. 38, comma 2, Cost.; in che termini esso sia stato attuato nel campo delle prestazioni (specie economiche), tenuto altresì conto che, data l'applicazione integrale del principio di automaticità, la tutela infortunistica è completamente svincolata dal pagamento dei premi assicurativi; quale contributo quel principio possa eventualmente fornire alla ricostruzione del rapporto tra il diritto previdenziale e il diritto civile.

## *2. Principio di adeguatezza e ambito soggettivo di tutela contro gli infortuni sul lavoro*

Una panoramica, anche abbastanza rapida, del quadro giurisprudenziale (costituzionale, di legittimità e di merito) consente di porre in

evidenza un (solo apparentemente inatteso<sup>1</sup>) disallineamento fra la proiezione espansiva ispirata dal comma 2 dell'art. 38 Cost., e alimentata da varie decisioni di diverso rango, da un lato, e, dall'altro lato, il carattere selettivo delle attività protette e delle persone assicurate (nonché dei soggetti obbligati), eredità della teoria del rischio professionale, sfociata poi, ai fini del riconoscimento della tutela, nella stringente previsione dell'incrocio fra i requisiti oggettivo e soggettivo di cui agli artt. 1 (lavorazioni protette in quanto pericolose) e 4 (persone assicurate) del T.U. e nell'accollo del costo assicurativo in capo al datore di lavoro, in ossequio al principio secondo cui *cuius commoda eius et incommoda*, come si è continuato a dire per lungo tempo.

Vero è che, comunque, nella costruzione di un ambito di applicazione soggettivo della tutela più coerente con i principi costituzionali, al di là dei confini delineati dal testo unico, l'art. 38, comma 2, ha avuto un ruolo precipuo, almeno nel campo delle malattie professionali: è proprio invocando quel principio, infatti, che il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 3, comma 1, e 211, comma 1, d.p.r. n. 1124 del 1965 nella parte in cui non prevedevano che l'assicurazione, rispettivamente nell'industria e nell'agricoltura, fosse obbligatoria anche per malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle concernenti le malattie in quei due settori nonché diverse da quelle causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle stesse, purché si trattasse di malattie delle quali fosse comunque provata la causa di lavoro<sup>2</sup>.

Di contro, nel campo della tutela contro gli infortuni sul lavoro quella norma costituzionale, lungi dall'essere utilizzata per un'estensione indifferenziata dell'ambito dei soggetti protetti (in funzione, in particolare, del superamento dei limiti di cui all'art. 1 T.U. o, se si preferisce, della generalizzazione della nozione di pericolosità), è stata impiegata, solitamente in combinato con l'art. 3, comma 1, Cost., per

<sup>1</sup> Inatteso per i motivi illustrati da M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, p. 372, il quale ricorda l'indifferenza dei principi direttivi formulati dall'art. 30, l. 19 gennaio 1963, n. 15 (normativa ancora ispirata alla originaria filosofia ottocentesca) nei confronti dei principi costituzionali.

<sup>2</sup> Il contrasto del sistema tabellare «con il precetto costituzionale consacrato nell'art. 38, comma secondo, della Costituzione» è espressamente menzionato al punto 7 della motivazione di Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 179.

interventi puntuali volti a estendere la protezione a categorie di soggetti non incluse nell'elenco dell'art. 4: è il caso dei familiari partecipanti all'impresa familiare indicati nell'art. 230-*bis* c.c. che prestano opera manuale od opera a questa assimilata ai sensi del n. 2<sup>3</sup>, degli artigiani italiani che lavorano all'estero<sup>4</sup>, degli associati in partecipazione che prestano opera manuale oppure non manuale alle condizioni di cui al n. 2 dell'art. 4<sup>5</sup>.

Peraltro, a ben vedere, nella giurisprudenza costituzionale l'art. 38, comma 2, ha mantenuto un ruolo ancillare rispetto all'art. 3, comma 1, Cost., vera norma trainante che ha consentito l'espansione dell'ambito soggettivo degli artt. 4 e 9 (con riferimento non solo ai soggetti protetti, ma anche a quelli obbligati), e ciò in virtù del principio secondo cui a parità di rischio deve corrispondere parità di tutela.

E, in effetti, più che sulla situazione di bisogno scaturente dall'evento infortunistico, l'attenzione del Giudice delle leggi ha continuato ad appuntarsi sulla centralità dell'esposizione al rischio indotta dall'attività lavorativa, fermi restando i presupposti di cui all'art. 1, comma 1, in punto di pericolosità: di qui le ripetute affermazioni, rinvenibili in molte declaratorie di incostituzionalità, circa la «tendenziale estensione della garanzia a tutti i soggetti che, per ragioni di lavoro latamente considerate, siano esposti allo stesso rischio obbiettivamente riferibile alle “lavorazioni protette”»<sup>6</sup>, e, di contro, la negazione dell'ampliamento della tutela a categorie di lavoratori impiegati in attività che, per il ridotto utilizzo di macchinari pericolosi, sopportano bassi livelli di rischio<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Corte cost. 10 dicembre 1987, n. 476.

<sup>4</sup> Corte cost. 26 luglio 1988, n. 880. Corte cost. 30 dicembre 1985, n. 369 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 T.U. nelle parti in cui non prevedeva le assicurazioni obbligatorie a favore del lavoratore italiano operante all'estero alle dipendenze di impresa italiana) ha, invece, valorizzato solo l'art. 35 Cost.

<sup>5</sup> Corte cost. 15 luglio 1992, n. 332.

<sup>6</sup> Corte cost. 2 marzo 1998, n. 90, e 10 maggio 2002, n. 171 (che estende la tutela ai lavoratori in aspettativa perché chiamati a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali).

<sup>7</sup> Eloquente in proposito è Corte cost. 25 luglio 1985, n. 221 (che richiama Corte cost. 29 dicembre 1976, n. 262, la quale, sempre valorizzando il criterio del rischio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 205, comma 1, T.U., nella parte in cui

Del resto, anche nei casi in cui l'«offesa degli artt. 3 e 38 della Costituzione» è entrata in qualche motivazione, ciò è parso frutto più di un formale ossequio alla sollecitazione del giudice *a quo* (che lamentava la sottrazione ai lavoratori dei mezzi necessari per far fronte, in caso di infortunio, alle loro esigenze di vita), che di un reale convincimento circa le potenzialità del comma 2 dell'art. 38, com'è testimoniato dalle vicende relative all'estensione della tutela a ballerini e tescicorei addetti all'allestimento, alla prova o all'esecuzione di pubblici spettacoli (fondata su una lettura estensiva del concetto di «opera manuale» e sull'immancabile richiamo al principio dell'identità del rischio<sup>8</sup>), e, ancor prima, alle persone comunque addette, in rapporto diretto con il pubblico, a servizio di cassa presso imprese, i cui dipendenti sono soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali<sup>9</sup>.

Una qualche attenzione al ruolo che l'art. 38, comma 2, può svolgere in funzione, oltre che dell'ampliamento, anche del consolidamento dell'ambito soggettivo di tutela è semmai riscontrabile, oltre che nelle ordinanze di rimessione che hanno condotto a estendere il campo di applicazione degli artt. 1 e 4 T.U., anche in qualche decisione di legittimità che, *apertis verbis*, attribuisce alla norma costituzionale la finalità non tanto di «prevenire il rischio del verificarsi dell'evento le-

escludeva che i lavoratori agricoli autonomi di età superiore ai 70 anni fossero soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro): «Né può dubitarsi, in via generale, che l'esposizione al rischio corrispondente alle varie fattispecie previdenziali, e, cioè, agli eventi protetti, costituisce il parametro in base al quale non solo risulta determinato l'ambito della garanzia previdenziale, ma anche il criterio di valutazione della differenza del trattamento previdenziale e delle situazioni da prendersi in esame. In altri termini, si deve riconoscere che, ai fini dell'assicurazione contro gli infortuni, l'attribuzione della titolarità delle situazioni protette ai vari assicurati va posta in rapporto ai rischi che le forme assicurative e previdenziali intendono proteggere».

<sup>8</sup> Corte cost. 21 marzo 1989, n. 137.

<sup>9</sup> Emblematica in tal senso è Corte cost. 7 aprile 1981, n. 55, che, pur affermando che l'esclusione della tutela comporta «attentato vuoi all'art. 3 vuoi all'art. 38 della Carta costituzionale», perviene alla declaratoria di incostituzionalità respingendo l'idea del giudice *a quo* di «far getto del concetto di "rischio", di cui è per contro d'uopo farsi carico».

sivo, quanto piuttosto [di] tutelare la situazione di bisogno riveniente da quest'ultimo»<sup>10</sup>.

Purtuttavia questi richiami a quel comma dell'art. 38 Cost. appaiono troppo episodici per poter fondare, per via giurisprudenziale, l'auspicata operazione estensiva dell'ambito di applicazione soggettivo della tutela INAIL, sì che è ipotizzabile ritenere che anche alle puntuali osservazioni di chi rileva come oggi, a legislazione invariata, l'applicazione dell'indice della pericolosità della lavorazione quale criterio selettivo determina evidenti incongruenze (l'esempio più eloquente è quello dell'infortunio *in itinere*, oggetto di tutela solo se ne è vittima un lavoratore addetto a lavorazione pericolosa)<sup>11</sup> la giurisprudenza costituzionale, se coerente con i *dicta* passati, verosimilmente risponderrebbe, in caso di soluzione favorevole, valorizzando più il principio di uguaglianza (1° comma dell'art. 3)<sup>12</sup> che quello di adeguatezza (2° comma dell'art. 38).

Eppure qualche breccia nel ragionamento che connota i sintetici passaggi argomentativi delle decisioni che estendono la tutela a categorie non protette, accogliendo questioni di costituzionalità sulla base del principio dell'identità delle condizioni di rischio rispetto alle attività protette, si può comunque cogliere. Basti pensare proprio all'esempio dell'infortunio *in itinere*, caratterizzato da un rischio generico (quello della strada) che coinvolge indifferentemente chiunque, a prescindere (se lavoratore) dalla pericolosità dell'attività svolta: ebbene, in questa ipotesi si assiste, più che all'utilizzazione del predetto principio, alla implicita e contraddittoria negazione dello stesso, cioè all'incoerente ripudio dell'idea che a un medesimo rischio scaturente da identica attività (la circolazione stradale) debba corrispondere pari tutela, idea la cui applicazione dovrebbe condurre, per coerenza, alla

<sup>10</sup> Cass. 19 ottobre 2017, n. 24765; Cass. 17 agosto 2018, n. 20774 parla di «protezione del bisogno a favore del lavoratore, considerato in quanto persona». In dottrina v. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 1062.

<sup>11</sup> M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., 378-p. 379.

<sup>12</sup> M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in ASAP-INTERSIND, *Lavoro, La giurisprudenza costituzionale, 1956-1986*, I, Roma, 1987, p. 135 ss.

tutela indifferenziata in caso di infortunio *in itinere*, posto che il rischio incombente è quello generico derivante dalla circolazione stradale, non quello della specifica attività lavorativa cui il lavoratore è addetto.

Solo apparentemente promettente, poi, è la vicenda giurisprudenziale in tema di c.d. “rischio elettrico”: è pur vero, infatti, che nella sentenza con cui la Corte costituzionale dichiarò, sotto vari profili, l’inammissibilità e l’infondatezza della questione di costituzionalità dell’art. 1, commi 1 e 4, T.U. nella parte in cui impone l’obbligo assicurativo anche quando non sussista in concreto alcun rischio di infortunio<sup>13</sup>, il “rischio zero” è definito «utopico» e non mancano richiami alle «norme generali per gli impianti elettrici redatte dal Comitato elettronico Italiano, le quali ammoniscono tra l’altro che “Nessuna norma, per quanto accuratamente studiata, può garantire in modo assoluto l’immunità delle persone e delle cose dai pericoli dell’energia elettrica”», ma è altrettanto vero che quel particolare rischio venne comunque confinato entro il recinto dell’art. 1 T.U., cioè limitato alle lavorazioni pericolose<sup>14</sup>.

In realtà, a ben considerare, ciò che ha sinora sterilizzato le potenzialità espansive dell’art. 38, comma 2, Cost. è una certa disinvoltura giurisprudenziale nell’utilizzo (ora differenziato, ora promiscuo) dei concetti di rischio e di pericolosità.

Si è detto, infatti, in precedenza della rilevanza dell’idea secondo cui l’ampliamento (per via costituzionale) della tutela si giustifica a fronte dell’esposizione ad un rischio obiettivamente riferibile alle lavorazioni protette.

Ma quella stessa giurisprudenza costituzionale che attribuisce centralità al rischio come veicolo di protezione (*i.e.*: si giustifica la protezione di lavoratori addetti ad attività che espongono al medesimo rischio cui è soggetto chi è impiegato in un’attività protetta) non manca di operare, nel contempo, in controtendenza, recuperando l’argine ostativo della tipicità della lavorazione pericolosa: «Nel precetto

<sup>13</sup> Corte cost. 16 ottobre 1986, n. 221.

<sup>14</sup> Eloquente, ad esempio, è Cass. 22 settembre 2010, n. 20010, che conferma il diniego della rendita in assenza di prova dello svolgimento di mansioni che rendevano il lavoratore soggetto assicurabile.



dell'art. 38, secondo comma, può dirsi “insito l'elemento del rischio” [...] solo nel senso che *la specifica tutela costituzionale dei lavoratori non si estende a qualsiasi situazione di bisogno, ma è limitata agli stati di bisogno oggettivamente provocati da determinati eventi*. In questo senso la nozione di rischio esprime un giudizio di possibilità di lesione fondato su indici tipici, indipendentemente da criteri di verosimiglianza statistica rapportati alle situazioni concrete dei singoli lavoratori. [...] Il distacco dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro dal concetto statistico-assicurativo di rischio, al quale era originariamente legata (distacco che può considerarsi compiuto con la sentenza di questa Corte n. 179 del 1988), è sollecitato da una interpretazione dell'art. 38, secondo comma, coordinata con l'art. 32 Cost. allo scopo di “garantire con la massima efficacia la tutela fisica e sanitaria dei lavoratori” [...]. *Oggetto della tutela dell'art. 38 non è il rischio di infortunio o di malattia professionale, bensì questi eventi in quanto incidenti sulla capacità di lavoro e collegati da un nesso causale a un'attività tipicamente valutata dalla legge come meritevole di tutela*. Con formula ellittica si può dire che oggetto della tutela sono “alcune attività tipiche” (cfr. Cass. n. 436 del 1991 cit.<sup>15</sup>), indipendentemente dall'entità concreta della loro pericolosità» (corsivi nostri)<sup>16</sup>.

E, in effetti, è interessante notare come nella motivazione di Corte cost. n. 100 del 1991 (stesa per mano di autorevole relatore, il prof. Mengoni<sup>17</sup>) si rinvengano ben due rinvii adesivi alla sentenza di legittimità da ultimo menzionata: una sentenza, questa, tutt'altro che se-

<sup>15</sup> Cass. 18 gennaio 1991, n. 436 ha affermato l'estensione dell'obbligo di assicurazione contro le malattie e lesioni causate dall'azione dei raggi X e delle sostanze radioattive, previsto per i medici dalla l. 20 febbraio 1958, n. 93, anche agli odontoiatri che fanno uso di apparecchi radiologici quali mezzi sussidiari diagnostici.

<sup>16</sup> Corte cost. 2 marzo 1991, n. 100.

<sup>17</sup> E che – è bene rammentarlo – rigetta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. n. 93 del 1958, cit «interpretato nel senso che l'obbligo assicurativo grava sui possessori a qualunque titolo di apparecchi radiologici funzionanti in forza di presunzione legale assoluta di intrinseca pericolosità degli apparecchi stessi», sollevata anche con riferimento all'art. 38, comma 2. Cost., «perché impone al professionista l'obbligo di pagare premi assicurativi all'INAIL senza il corrispettivo dell'assunzione del rischio di un evento generatore di uno stato di bisogno al quale l'ente debba provvedere».

condaria perché, dopo aver negato che la concreta pericolosità di alcuni strumenti di lavoro sia un elemento del rapporto assicurativo, che «viene dato per presunto dalla legge», afferma che il sistema scelto dal nostro ordinamento è basato «sulla protezione assicurativa di alcune attività tipiche» e «in tale sistema la pericolosità di alcuni strumenti di lavoro viene valutata dal legislatore nel momento in cui include una determinata lavorazione nell'ambito di quelle protette», cosicché «al giudice è inibita qualsiasi indagine in ordine a tale pericolosità, perché essa comporterebbe un inammissibile sindacato del giudice sulla valutazione dei presupposti di fatto, che stanno alla base delle scelte operate dal legislatore», e «in un sistema del genere il giudice non può escludere dall'obbligo assicurativo le lavorazioni elencate dalla legge perché le ritenga non pericolose, così come non può dichiarare sussistente l'obbligo assicurativo nei confronti di lavorazioni, non previste dalla legge, solo perché da lui ritenute in concreto rischiose per i lavoratori addetti».

Se, dunque, «l'esistenza del rischio [non è] un elemento della fattispecie costitutiva del rapporto assicurativo»<sup>18</sup>, e se la valutazione della pericolosità è preclusa al giudice (se non nei limiti – deve almeno intendersi – della prospettazione della questione di costituzionalità), nonostante gli auspici, le prospettive evolutive del sistema si restringono di molto, dovendo escludersi che l'ampliamento dell'ambito soggettivo di tutela possa passare sempre per il tramite dell'intervento del Giudice delle leggi: al di là delle suggestioni, non è allora alla condizione di bisogno (coperta dal principio di adeguatezza e) scaturente dall'evento infortunistico che ci si può appellare per supportare l'ampliamento dell'ambito soggettivo di tutela (essendo quella condizione meramente presunta per le attività protette di cui all'art. 1 T.U., e, di fatto, negata per le attività non tipizzate), essendo più proficuo sollecitare un ripensamento, per via legislativa, del combinato di cui agli artt. 1, 4 e 9 T.U., fondato sui concetti, correttamente delineati, di pericolo e di rischio, come definiti nell'art. 2, comma 1, lett. r) e s), d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (l'uno, «la proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni»; l'altro, «la probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di im-

<sup>18</sup> V. il punto 2 della motivazione di Corte cost. n. 100 del 1991, cit.

piego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione»).

Se, infatti, il pericolo è una potenziale fonte di danno, mentre il rischio è frutto della combinazione della probabilità che si verifichi un danno e della gravità di tale danno<sup>19</sup>, può ragionevolmente ritenersi che sia scongiurabile il rischio (almeno se si condivide la nozione di «prevenzione» di cui all'art. 2, comma 1, lett. n), d.lgs. n. 81 del 2008<sup>20</sup>), non il pericolo, inteso come indifferenziata possibilità (cioè astratta potenzialità) che qualunque attività lavorativa sia sempre suscettibile di provocare un danno per le sostanze, le attrezzature o i metodi impiegati<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Le definizioni sono ricavate dalla norma tecnica europea UNI EN ISO 12100-1:2005: «3.6 *Hazard: potential source of harm*»; «3.11 *Risk: combination of the probability of occurrence of harm and the severity of that harm*». In termini analoghi si esprimono altre fonti: quanto al pericolo, «causa o origine di un danno o di una perdita potenziali» (UNI 11230 – Gestione del rischio), «proprietà o qualità intrinseca di una determinata entità (p. es. materiali o attrezzature di lavoro, metodi e pratiche di lavoro) avente il potenziale di causare danni» (COMMISSIONE EUROPEA, DIREZIONE GENERALE PER L'OCCUPAZIONE, GLI AFFARI SOCIALI E L'INCLUSIONE, *Orientamenti sulla valutazione dei rischi sul lavoro*, Ufficio delle pubblicazioni, 1996, 11), «*a source, situation or act with potential for harm in terms of injury or ill health or a combination of these*» (BS OHSAS 18001, 3.6); quanto al rischio, «probabilità che sia raggiunto il livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego e/o di esposizione, nonché dimensioni possibili del danno stesso» (COMMISSIONE EUROPEA, DIREZIONE GENERALE PER L'OCCUPAZIONE, GLI AFFARI SOCIALI E L'INCLUSIONE, *op. loc. ult. cit.*), «*combination of the likelihood of an occurrence of a hazardous event or exposure(s) and the severity of injury or ill health that can be caused by the event or exposure(s)*» (BS OHSAS 18001, 3.21). A decorrere dall'ottobre 2021 la norma BS OHSAS 18001:2007 è stata sostituita dalla ISO 45001:2018, che definisce il pericolo come «fonte avente il potenziale di causare *lesione e malattia*» (punto 3.19) e il rischio come «effetto dell'incertezza», intendendosi come effetto «uno scostamento da quanto atteso» (punto 3.20).

<sup>20</sup> «Il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per *evitare* o diminuire *i rischi professionali* nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno» (corsivo nostro).

<sup>21</sup> Osservava S. PICCININNO, *L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro degli impiegati addetti ai videoterminali*, in *Dir. lav.*, 1986, p. 552, che «l'art. 38 della Costituzione non distingue fra lavoratori esposti e lavoratori non esposti al rischio di infortuni [...] la tutela dell'art. 38 Cost. non ha per oggetto l'eventualità che l'infortunio si verifichi ma l'infortunio».

### *3. Principio di adeguatezza e tutela dell'«impotenza al lavoro» dell'«uomo macchina»*

Per lungo tempo, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il principio di adeguatezza di cui all'art. 38, comma 2, Cost., quanto meno nella trasposizione della normativa primaria, è stato "vittima" di una lettura riduttiva, circoscritto al contesto lavorativo e inteso come se il riferimento ai «mezzi adeguati di vita» che devono essere previsti e assicurati dal sistema di tutela previdenziale nel campo degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali sottintendesse l'aggettivo "lavorativa": del resto, ciò poteva apparire coerente con l'impostazione tradizionale della tutela, desumibile già dall'art. 10, l. 8 luglio 1883, n. 1473<sup>22</sup>, volta a coprire, oltre alla morte, l'«impotenza al lavoro» (permanente, assoluta o parziale, oppure temporanea, se di durata superiore a un mese), e transitata pressoché indenne nel d.p.r. n. 1124 del 1965, il cui art. 74 definisce l'«inabilità» come «la conseguenza di un infortunio o di una malattia professionale, la quale tolga» (completamente, se assoluta; in parte, ma essenzialmente, se parziale) «l'attitudine al lavoro»<sup>23</sup>, concetto, questo, che ricorre alcune decine di volte nel testo unico.

Certo apparentemente l'impostazione del sistema di tutela pareva *ab origine* valorizzare le «condizioni fisiche» del titolare della prestazione, ai fini dell'adeguamento (e dell'eventuale incremento della stessa), a prescindere dalle variazioni dell'«attitudine al lavoro», posto che diminuzioni o aumenti della stessa possono incidere tanto quanto le modificazioni delle predette condizioni. Ma, in realtà, il peggioramento delle condizioni fisiche poteva (e può) determinare un incremento della misura della prestazione, in caso di concause sopravvenute, solo quando deriva dall'infortunio che ha dato luogo alla liquidazione della stessa, cioè quando dipende da quello stesso evento la cui copertura previdenziale ha per presupposto, nella logica del testo unico, il pre-

<sup>22</sup> Istitutiva della «Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro», frutto di una convenzione tra il Ministro d'Agricoltura, Industria e Commercio e vari istituti bancari.

<sup>23</sup> In agricoltura v. l'art. 210.

giudizio all'«attitudine al lavoro»<sup>24</sup>. Del resto, in quest'ottica era la vita “lavorativa” dell'infortunato a essere pregiudicata ed era, perciò, a quel *vulnus* che si doveva porre rimedio.

A questa visione della tutela previdenziale in materia, compressa nel recinto di quello specifico pregiudizio provocato dall'infortunio o dalla malattia professionale, non mi pare recassero particolare disturbo quelle norme del testo unico da cui poteva desumersi altra e diversa finalità della tutela, abbinata a quella indennitaria: mi riferisco, ad esempio, agli artt. 110 e 114, che, nell'affermare rispettivamente l'inceditibilità, l'impignorabilità e l'insequestrabilità, salvo per particolari motivi, del credito delle indennità, e la nullità di «qualsiasi patto inteso ad eludere il pagamento delle indennità o a diminuirne la misura stabilita» nel T.U., confortavano l'idea del carattere alimentare della prestazione previdenziale, per tale motivo indisponibile.

Eloquenti in proposito sono alcuni passaggi della motivazione di Cass. 20 dicembre 2011, n. 27679, intenti a dimostrare che la funzione indennitaria della tutela INAIL tuttora non preclude il riconoscimento della finalità alimentare della stessa:

«Il diritto alla rendita INAIL, come quello alla pensione INPS, non conferisce al titolare soltanto un indennizzo in forma pecuniaria per il verificarsi di un determinato evento assicurato, ma assicura al titolare stesso la prestazione di mezzi economici adeguati alle sue esigenze di vita in caso di particolari eventi sfavorevoli, che rendano impossibile o limitino la sua attività lavorativa.

Tutte le prestazioni previdenziali di carattere economico, invero, non concernono solo la tutela del lavoratore, in forma indennitaria, contro le conseguenze dannose di rischi determinati, ai quali costui è soggetto a causa dello svolgimento dell'attività lavorativa (infortuni sul lavoro, malattie professionali), ovvero per eventi naturali della vita (invalidità, vecchiaia), ovvero ancora per ragioni attinenti al mercato del lavoro (disoccupazione involontaria), ma si estendono alla tutela del lavoratore dalle

<sup>24</sup> V. gli artt. 83, 137, 146. Eloquente è la motivazione con cui Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 17 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 79 e 83 del d.p.r. n. 1124 del 1965 «nelle parti in cui non prevedono un diverso computo o la revisione della rendita per aggravamento da invalidità extralavorative sopravvenute».

situazioni di bisogno che possano presentarsi nel corso della sua esistenza e alle quali egli non possa far fronte con la sua normale retribuzione.

Per tale peculiare profilo, non possono disconoscersi a tali prestazioni previdenziali e, in particolare alla rendita erogata dall'INAIL [...], finalità spiccatamente alimentari, trattandosi di prestazioni accomunate, nella carta costituzionale, dallo scopo di consentire al lavoratore di affrontare situazioni di bisogno conseguenti al verificarsi di eventi futuri e incerti, che richiedano notevoli sacrifici economici, garanzia costituzionale circoscritta alle ipotesi considerate più pregnanti ed invasive nella vita del lavoratore, quali l'infortunio, la malattia, l'invalidità e vecchiaia, la disoccupazione involontaria.

Né il Collegio ritiene possa smentire il carattere alimentare della rendita INAIL la sua funzione indennitaria, che si concretizza in un risarcimento, sia pure in forma limitata e predeterminata, per la perdita o la riduzione dell'attitudine al lavoro dell'assicurato.

Se, infatti, prevale l'opinione che l'assicurazione infortuni sul lavoro sia una forma di assicurazione contro i danni, è pur vero che anche le altre assicurazioni sociali obbligatorie, del resto come quelle private, hanno una funzione indennitaria, nel senso che esse tendono ad eliminare, per quanto possibile, il danno derivante dagli eventi tutelati.

Può, semmai, ammettersi che l'aspetto indennitario della rendita corrisposta dall'INAIL sia più accentuato che nelle altre prestazioni previdenziali giacché, nell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, gli eventi assicurati sono direttamente collegati, con rapporto di causa ad effetto, all'attività lavorativa, stante lo specifico riferimento eziologico fra lavoro e rischio, che permea l'intera normativa relativa a tale assicurazione.

Ma l'aspetto indennitario della rendita INAIL, nel quale risiede la sua funzione propriamente giuridica, come di tutte le altre prestazioni economiche delle assicurazioni sociali obbligatorie, viene assunto dalla legislazione previdenziale come strumento pratico per l'attuazione della funzione sociale, costituzionalmente garantita (art. 38 Cost., comma 2), che consiste nella tutela del lavoratore dal bisogno eventuale<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Si rammenti la distinzione tra indennizzo e risarcimento: la rendita INAIL, per la sua natura e per le finalità a essa sottese, ha natura previdenziale e non risarcitoria (così Cass. 11 dicembre 2013, n. 27644).

Vi è, dunque, consapevolezza dell'eventualità dello stato di bisogno (che, in linea con l'orientamento della Corte costituzionale, ben può essere meramente presunto<sup>26</sup>). Purtroppo la rilevanza dell'evento sfavorevole è misurata comunque sull'impossibilità o sulla limitazione dell'«attività lavorativa»: e alla stessa logica si ispirano anche le prestazioni sanitarie che devono essere garantite al lavoratore infortunato (art. 66 T.U.), posto che l'INAIL è tenuto a prestare all'assicurato «le cure mediche e chirurgiche necessarie per tutta la durata dell'inabilità temporanea ed anche dopo la guarigione clinica, in quanto occorrono al recupero della capacità lavorativa» (art. 86 T.U.<sup>27</sup>)<sup>28</sup>.

Il dato normativo che allora può consentire di dare respiro alla nozione di adeguatezza nella materia degli infortuni sul lavoro è probabilmente costituito dall'art. 29, comma 10, T.U., il quale, nella versione attualmente vigente, stabilisce che la retribuzione imponibile è presa a riferimento per il calcolo delle prestazioni a carico delle gestioni di previdenza e di assistenza sociale interessate: se, infatti, la relativa base di calcolo coincide con la retribuzione (*rectius*: con il reddito di lavoro dipendente ai fini contributivi di cui all'art. 49, comma 1, T.U.I.R.), non si può che convenire con quell'autorevole dottrina che ha osservato che «la circostanza che le prestazioni “economiche” siano commisur-

<sup>26</sup> Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 17: «[...] l'assicurazione infortuni è parte integrante del sistema generale di sicurezza sociale previsto dall'art. 38 della Costituzione, disposizione che [...] configura due modelli strutturalmente e qualitativamente distinti: l'uno, fondato sulla solidarietà collettiva, garantisce ai “cittadini”, ove ad alcuni eventi si accompagnino accertate situazioni di bisogno, “i mezzi necessari per vivere”; l'altro, suscettibile di essere realizzato mediante gli strumenti mutualistico-assicurativi, attribuisce ai “lavoratori”, prescindendo da uno stato di bisogno, la diversa e più elevata garanzia del diritto a “mezzi adeguati alle loro esigenze di vita”. V. altresì Corte cost. 3 febbraio 1986, n. 31.

<sup>27</sup> Analogamente stabilisce l'art. 89, comma 1: «Anche dopo la costituzione della rendita di inabilità l'Istituto assicuratore dispone che l'infortunato si sottoponga a speciali cure mediche e chirurgiche quando siano ritenute utili per la restaurazione della capacità lavorativa».

<sup>28</sup> V., però, M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 146: «[...] anche quando venga constatata l'impossibilità di tale recupero e, cioè, quando la lesione sia definitivamente consolidata, l'INAIL, ove sussistano ragioni meritevoli di considerazione, può chiedere che la erogazione delle “prestazioni sanitarie” continui in favore del soggetto protetto».

rate alla retribuzione non significa, però, che esse abbiano mantenuto l'originaria funzione di risarcimento del danno derivante dalla perdita o dalla riduzione dell'attitudine al lavoro» perché «quella circostanza significa piuttosto che, come oramai avviene anche per le altre forme di tutela, le prestazioni tengono conto del bisogno conseguente al verificarsi dell'evento protetto, determinandolo, si può dire caso per caso, in relazione al tenore di vita raggiunto durante l'attività lavorativa»<sup>29</sup>.

Questa lettura in chiave soggettiva del principio di adeguatezza, se certo caratterizza la tutela in materia di infortuni sul lavoro in virtù della modalità di costruzione della prestazione (non legata all'ammontare dei premi assicurativi versati, del resto correlato alla pericolosità della lavorazione *ex art. 40, comma 3, T.U.*) e ovviamente dell'applicazione piena e incondizionata del principio di automaticità (non limitata, cioè, dall'eventuale prescrizione dei premi), a ben vedere non differisce, però, di molto da quella praticabile nelle altre forme di tutela previdenziale, posto che anche le prestazioni INAIL soggiacciono comunque all'effetto livellatore derivante dall'applicazione di un massimale di retribuzione<sup>30</sup>, che, se indubbiamente risponde alla logica indennitaria e non risarcitoria<sup>31</sup>, produce comunque un effetto pere-

<sup>29</sup> M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>30</sup> V., infatti, l'art. 116, comma 3, T.U. che, ai fini della liquidazione delle rendite per inabilità permanente e delle rendite ai superstiti, stabilisce che in ogni caso la retribuzione annua è computata da un minimo corrispondente a trecento volte la retribuzione media giornaliera diminuita del 30% ad un massimo corrispondente a trecento volte la retribuzione media giornaliera, aumentata del 30%. A questa norma rinvia anche l'art. 115 nell'individuare la retribuzione da prendersi per base agli effetti della determinazione della misura dell'indennità per inabilità temporanea, della rendita per inabilità permanente e della rendita ai superstiti. In proposito v. altresì la circ. INAIL 30 dicembre 2020, n. 49.

<sup>31</sup> Peraltro i richiami alla logica risarcitoria sono – per così dire – duri a morire: ad esempio, Corte cost. 14 luglio 1999, n. 297 (seguita da Corte cost. 29 ottobre 1999, n. 405), individuate le finalità del regime assicurativo gestito dall'INAIL nella «rapida liberazione del lavoratore dal bisogno che potrebbe determinarsi a seguito dell'infortunio sul lavoro o della malattia professionale», definite «conformi alla *ratio* dell'art. 38 Cost.», afferma che questa caratteristica «non vale a far venire meno del tutto il connotato risarcitorio che disciplina la materia, la quale è ispirata piuttosto ad una logica di tipo assicurativo che non ad una di tipo pienamente solidaristico, come avviene per l'assicurazione generale gestita dall'INPS».



quativo che – per così dire – ridesta l'interpretazione oggettiva delle «esigenze di vita» di cui all'art. 38, comma 2, Cost.: cosicché è nell'ambito sanitario, più che in quello economico, che la protezione assicurata al lavoratore infortunato e tecnopatico tende a modellarsi, ancor prima dell'irruzione del d.lgs. 23 febbraio 200, n. 38, su bisogni che travalicano la sfera meramente lavorativa (del mero recupero, cioè, dell'attitudine al lavoro dell'«uomo macchina»<sup>32</sup> e della relativa capacità di produrre un reddito, che potrebbe anche non essere stata intaccata dall'evento lesivo) per perseguire «un ottimale recupero psicologico e sociale»<sup>33</sup>, dunque per assicurare un'esigenza di vita “adeguata” non solo sul piano lavorativo.

#### 4. Principio di adeguatezza e tutela dell'«integrità psicofisica [...] della persona»

L'operazione espansiva della tutela che sul piano soggettivo, in virtù del (pressoché esclusivo) supporto offerto dall'art. 3, comma 1, Cost., all'art. 38, comma 2, riesce solo episodicamente, è realizzata, invece, con ben altri risultati, sul piano oggettivo, grazie al decisivo apporto dell'art. 32.

La vicenda è nota e può, quindi, essere riassunta per sommi capi.

Con la complessa e articolata sentenza n. 184 del 14 luglio 1986 il Giudice delle leggi, nel riconoscere immediata portata precettiva all'art. 32 Cost.<sup>34</sup>, eleva la norma costituzionale a imprescindibile canone interpretativo di riferimento per l'indagine di almeno tre temati-

<sup>32</sup> L'espressione è di M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, 8ª ed., Cedam, Padova, 1996, p. 140.

<sup>33</sup> Il compito dell'INAIL, enunciato nei preamboli dell'accordo-quadro 2 febbraio 2012 tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano per la definizione delle modalità di erogazione di prestazioni di assistenza sanitaria da parte dell'Istituto, è desunto da disposizioni risalenti nel tempo: l'art. 19, l. 10 maggio 1982, n. 251, e il d.p.r. 18 luglio 1984, n. 782.

<sup>34</sup> L'affermazione del diritto alla salute come diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati, da comprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione, è rinvenibile già in Corte cost. 26 luglio 1979, n. 88.

che: il concetto di danno biologico; il sistema dell'illecito civile; la teoria del risarcimento del danno non patrimoniale.

Le ultime due questioni sono affrontate alla luce del combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c., che – viene detto – «importa una rilettura costituzionale di tutto il sistema codicistico dell'illecito civile» e dalla cui correlazione è posta «una norma che, per volontà della Costituzione, non può limitare in alcun modo il risarcimento del danno biologico».

Del danno biologico si offre una definizione in termini di «evento, naturalistico, interno alla struttura del fatto lesivo della salute», da intendersi, questa, o «nel significato naturalistico d'integrità fisio-psichica del soggetto offeso (ed in questo caso danno alla salute è il perfetto equivalente di “danno biologico” o di “danno fisiologico”) oppure [...] nella dimensione giuridico-costituzionale [...] di bene giuridico, ed in tal caso il “danno alla salute” è un danno giuridicamente valutato, costituente l'essenza antiggiuridica dell'intero fatto illecito, danno presunto, se è vero che non va provato alcun effettivo impedimento delle attività realizzative del soggetto offeso».

In quest'ottica (prosegue la Corte) «non è neppure vero che la lesione dell'arto o della generale integrità bio-psichica venga perseguita, attraverso il risarcimento *ex art.* 2043 c.c., solo se e nei limiti in cui rende, in concreto, il soggetto passivo dell'illecito incapace, in tutto od in parte, di produrre o ricevere le utilità derivanti dal mondo esterno o dalla sua attività»: infatti, il fondamento giuridico del risarcimento del danno biologico ed eventualmente, ove esistano, anche di altre conseguenze dannose va ravvisato nell'«ingiustizia (lesione del diritto alla salute) insita nel fatto menomativo dell'integrità bio-psichica», cosicché «in tanto le ulteriori (oltre l'evento) conseguenze dannose sono rilevanti e risarcibili in quanto, prima, già esiste un'ingiustizia dell'illecito (determinata dalla violazione della norma primaria desunta dal combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c.) ed una lesione, presunta, del bene-giuridico salute».

È sul piedistallo offerto da questa sentenza che si fonda il triplice intervento del 1991, che realizza quello che è stato definito un «incontro annunciato» tra il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro<sup>35</sup>.

La sentenza n. 87 del 15 febbraio 1991 dichiara inammissibile la

<sup>35</sup> D. POLETTI, *Cronaca di un incontro annunciato: il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Foro it.*, 1991, comma 1664 ss.

questione di costituzionalità degli artt. 2, 3 e 74, T.U., «nella parte in cui non prevedono il risarcimento del danno biologico patito dal lavoratore nello svolgimento e a causa delle proprie mansioni», ma il monito al legislatore è chiarissimo: si afferma, infatti, che «l'esclusione dell'intervento pubblico per la riparazione del danno alla salute patito dal lavoratore in conseguenza di eventi connessi alla propria attività lavorativa non può dirsi in sintonia con la garanzia della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.) e, ad un tempo, con la tutela privilegiata che la Carta costituzionale riconosce al lavoro come valore fondante della nostra forma di Stato (artt. 1, primo comma, 4, 35 e 38 Cost.), nel quadro dei più generali principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza, anche sostanziale (art. 3 Cost.). Muovendo da questo presupposto la Corte giustifica anticipatamente un «ampliamento della tutela», da attuarsi (per via legislativa, però, e non giurisprudenziale), sulla falsariga di quello realizzato nel 1988 con l'abbandono del c.d. sistema tabellare delle malattie professionali e mediante «il crescente impegno di meccanismi solidaristici per la reintegrazione di danni alla persona, autonomamente considerati (v. sentenze nn. 560 e 561 del 1987)».

Sulla scia della suddetta pronuncia si inserisce la sentenza n. 356 del 18 luglio 1991, la quale, nel mentre perviene alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1916 c.c. nella parte in cui consente all'assicuratore di avvalersi, nell'esercizio del diritto di surrogazione nei confronti del terzo responsabile, anche delle somme da questi dovute all'assicurato a titolo di risarcimento del danno biologico, nell'affermare l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 10, commi 1 e 2, TU, ribadisce ed esplicita i principi espressi cinque anni prima, rinnovando al legislatore l'invito «ad un intervento diretto ad una riforma del sistema assicurativo idonea ad apprestare una piena ed integrale garanzia assicurativa rispetto al danno biologico derivante da infortunio sul lavoro o da malattia professionale»: ciò perché «la menomazione dell'integrità psico-fisica del soggetto offeso costituisce [...] danno integralmente risarcibile di per sé stesso» e soprattutto perché «l'autonomia del danno biologico rispetto alle altre ed eventuali conseguenze dannose di esso ed il principio costituzionale della sua integrale e non limitabile risarcibilità determinano l'impossibilità di considerare esauriente non soltanto una *tutela risarcitoria limitata alle*

*perdite o riduzioni di reddito*, effettive o potenziali, conseguenti alla menomazione dell'integrità psico-fisica, ma anche una *tutela risarcitoria che prenda in considerazione soltanto quanto riguarda l'attitudine a svolgere attività produttive di reddito*». Perciò, chiosa la Corte, «la considerazione della salute come bene e valore personale, in quanto tale garantito dalla Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo, nella sua globalità e *non solo quale produttore di reddito*, impone [...] di prendere in considerazione il danno biologico, ai fini del risarcimento, in relazione alla *integralità dei suoi riflessi pregiudizievole rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica sé stessa nella propria vita: non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva*, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità, e cioè a tutte "le attività realizzatrici della persona umana"» (corsivi nostri)<sup>36</sup>.

Come noto, a questi interventi del Giudice delle leggi seguirà l'introduzione, a opera dell'art. 13, d.lgs. n. 38 del 2000, della tutela previdenziale per il danno biologico, definito come «la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona» e ristorato «in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato», fatte salve le menomazioni di grado pari o superiore al 16%, che danno diritto all'erogazione di un'ulteriore quota di rendita per l'indennizzo delle conseguenze delle stesse, commisurata, tra l'altro, alla retribuzione dell'assicurato, cioè a un dato reddituale: in altre parole, l'importo della rendita viene calco-

<sup>36</sup> La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 10, commi 6 e 7 (nella parte in cui prevedeva che il lavoratore infortunato o i suoi aventi causa avessero diritto, nei confronti delle persone civilmente responsabili per il reato da cui l'infortunio è derivato, al risarcimento del danno biologico non collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica solo se e solo nella misura in cui il danno risarcibile, complessivamente considerato, superasse l'ammontare delle indennità corrisposte dall'INAIL) e dell'art. 11, commi 1 e 2, T.U. (nella parte in cui consentiva all'INAIL di avvalersi, nell'esercizio del diritto di regresso contro le persone civilmente responsabili, anche delle somme dovute al lavoratore infortunato a titolo di risarcimento del danno biologico non collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica) è giustificata da Corte cost. 27 dicembre 1991, n. 485 sulla base dei principi espressi dalla sentenza n. 356 del 1991, cit.

lato sulla base di una quota che indennizza il danno biologico provocato dall'infortunio o dalla malattia professionale, commisurata solo alla percentuale di menomazione accertata (il cui importo è fissato secondo la «Tabella indennizzo danno biologico» di cui al d.m. 12 luglio 2000) e di una quota per le conseguenze della menomazione sulla capacità del lavoratore infortunato o affetto da malattia professionale di produrre reddito con il lavoro, commisurata al grado accertato e a una percentuale della retribuzione percepita dall'assicurato, calcolata sulla base del coefficiente indicato nella «Tabella dei coefficienti» di cui al menzionato d.m.<sup>37</sup>.

Ma non è sugli sviluppi normativi che preme ora soffermarsi. Qui pare più utile riflettere sul ruolo ricoperto dall'art. 38, comma 2, Cost. nel processo argomentativo che ha condotto a quell'esito normativo, e che può essere compendiato prendendo a prestito un passaggio della motivazione di Corte cost. n. 458 del 1991 circa la necessità di superare la logica del d.p.r. n. 1124 del 1965, volta a collegare e commisurare le indennità ivi previste, per attribuire alla tutela previdenziale la funzione di ristoro anche «[de]gli svantaggi, [del]le privazioni e [de]gli ostacoli che la menomazione comporta con riferimento agli altri ambiti e agli altri modi in cui il soggetto svolge la sua personalità nella propria vita»<sup>38</sup>.

Ebbene, l'art. 38, comma 2 (e con esso il principio di adeguatezza) è norma costantemente invocata nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, ma non è protagonista dei relativi giudizi di costituzionalità, nemmeno nei casi in cui la Corte perviene a una declaratoria demolitoria.

Certo le difese di INAIL e Presidenza del Consiglio dei Ministri sollevano una pregiudiziale di fondo: doversi l'adeguatezza tarare sol-

<sup>37</sup> La «Tabella delle menomazioni» include voci (il danno estetico o all'apparato riproduttivo) in precedenza indennizzate solo se incidenti sull'attitudine al lavoro (Corte cost. 21 novembre 1997, n. 350), e che vengono ora valorizzate anche per le conseguenze che possono produrre sul piano psico-relazionale.

<sup>38</sup> Secondo M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, 3<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2022, p. 179, la forma di garanzia previdenziale «in tanto potrà dirsi adeguata (alla stregua del 2° comma dell'art. 38 Cost.) in quanto risulti specificamente commisurata alla speciale natura lavorativa dell'evento generatore della situazione di bisogno protetta».

tanto sulla vita lavorativa, nel senso che di lesione del diritto del lavoratore a percepire mezzi adeguati alle sue esigenze di vita potrebbe parlarsi solo in caso di incidenza dell'evento lesivo sulla capacità lavorativa e, quindi, sul guadagno<sup>39</sup>, mentre il danno biologico e il danno morale sarebbero «estranei alla garanzia stabilita dall'art. 38, avendo questa ad oggetto "i mezzi adeguati alle esigenze di vita" del lavoratore infortunato»<sup>40</sup>.

Purtuttavia, anche nel superare queste obiezioni e, quindi, nell'aprire la strada all'inclusione del danno biologico nella tutela indennitaria (e, quindi, nella garanzia di adeguatezza), la Corte costituzionale non si avvale dell'art. 38, comma 2, cosicché l'adeguatezza della prestazione finisce per essere più l'approdo, a valle, di un percorso argomentativo costruito su altre fondamenta (*in primis*, l'art. 32) che non il principio che, a monte, funge da stimolo e giustificazione dell'ampliamento della tutela.

Questo atteggiamento che si potrebbe definire in certo qual senso distaccato rispetto alla norma costituzionale trova – a ben vedere – conferma anche in una pronuncia successiva all'introduzione della tutela indennitaria del danno biologico: infatti, allorché al Giudice delle leggi viene posta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 6, secondo e terzo periodo, d.lgs. n. 38 del 2000, la declaratoria di infondatezza, che pure passa anche per una verifica della compatibilità con l'art. 38, comma 2, Cost., non esita a ricordare asetticamente, senza particolari turbamenti, il carattere selettivo dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, che «non è ispirata al criterio della piena socializzazione del rischio, giacché il d.p.r. n. 1124 del 1965 circoscrive l'ambito della sua operatività in relazione sia all'aspetto oggettivo, che a quello soggettivo»<sup>41</sup>.

Vero è che, in ogni caso, a seguito dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e dell'inclusione del danno biologico nella copertura assicurativa INAIL, muta il concetto stesso di «esigenze di vita»

<sup>39</sup> Così espressamente al punto 3 della narrativa in "Fatto" di Corte cost. n. 87 del 1991, cit.

<sup>40</sup> V. il punto 6 della narrativa in "Fatto" di Corte cost. n. 356 del 1991, cit. ove si riportano le argomentazioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

<sup>41</sup> Corte cost. 19 dicembre 2006, n. 426.

rispetto alla lettura che ne veniva data in precedenza, sì che non si può più negare che la lesione inferta dall'infortunio sul lavoro o dalla malattia professionale, da cui scaturisce il diritto del lavoratore a ricevere «mezzi [di tutela] adeguati», si produca anche quando il bene offeso è la salute in sé considerata.

*5. La misura dell'adeguatezza della tutela previdenziale e l'inconsapevole (?) aggiramento del divieto di ingiustificato arricchimento: il problema del calcolo del danno differenziale quantitativo*

L'inclusione del danno biologico nel sistema di copertura assicurativa INAIL ha dato vita a un dibattito (a dire il vero, ora in parte sopito) circa l'invasione di campo che il diritto previdenziale avrebbe operato ai danni del diritto civile, occupando spazi tradizionalmente di competenza del sistema della responsabilità civile<sup>42</sup>.

In effetti, questo è avvenuto, per di più sotto l'impulso della Corte costituzionale, perché è evidente che se una voce di danno, prima oggetto di risarcimento civilistico, entra nel sistema di protezione INAIL, il diritto primo subisce per ciò stesso una riduzione del suo campo di azione.

Certo la via tracciata dal Giudice delle leggi soprattutto con le sentenze del 1991 è stata da alcuni criticata, non condividendosi la costruzione del connubio degli artt. 2043 c.c. e 32 Cost. come viatico all'estensione della copertura previdenziale al danno biologico. Che, però, ciò debba suscitare particolari perplessità è francamente dubbio ove si consideri che allo stesso risultato si sarebbe potuti giungere anche attraverso una maggiore valorizzazione dell'art. 38, comma 2, Cost., e una conseguente lettura delle «esigenze di vita» depurate dall'aggettivo "lavorativa": del resto, se – come è noto – anche di recente non sono mancate occasioni in cui il concetto di «mezzi adeguati», riferito alle altre prestazioni previdenziali (e, in particolare, alle pensioni), è stato letto dalla Corte costituzionale attraverso le lenti of-

<sup>42</sup> Amplicissima è la bibliografia in proposito: utili riferimenti in M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, cit., p. 163 ss., e in M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., p. 225 ss.

ferte dall'art. 36 (e, dunque, attraverso i principi di proporzionalità e sufficienza, il secondo dei quali è misurato sulla base del livello di retribuzione necessario per un'«esistenza libera e dignitosa»), non potrebbe non apparire distonica una lettura del principio di adeguatezza limitata, unicamente per la tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, alla “vita lavorativa”.

Entro i limiti delineati dal tema della presente indagine, naturalmente l'estensione della copertura previdenziale al danno biologico obbliga, però, a una sia pur breve riflessione anche sul *quantum* di tutela, cioè sulla misura dell'adeguatezza delle prestazioni in materia infortunistica e sul rapporto tra questa misura e il risarcimento ottenibile applicando i principi della responsabilità civile.

In proposito tre sono le premesse concettuali da cui prendere le mosse.

La prima è rappresentata dal comma 6 dell'art. 10 T.U., che limita il «risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore» delle prestazioni previdenziali liquidate all'infortunato o ai suoi aventi diritto: comma oggetto di recenti vicissitudini perché modificato, con decorrenza dal 1° gennaio 2019, dall'art. 1, comma 1126, lett. a), l. n. 145 del 2018<sup>43</sup>, poi rapidamente abrogato dall'art. 3-*sexies*, comma 1, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, che ne ha ripristinato la versione originaria<sup>44</sup>.

La seconda premessa si fonda sul seguente rilievo: alla luce dell'orientamento giurisprudenziale scaturente dalle pronunce del 1991, come attuato dall'art. 13, d.lgs. n. 38 del 2000, la tutela previdenziale non copre interamente l'area del risarcimento civilistico, e dunque allo stato, salvo ipotizzare ulteriori profili di incostituzionali-

<sup>43</sup> Questo il testo dell'art. 10, comma 6, T.U. risultante dall'integrazione di fine 2018, poi abrogata: «Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo *complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo*, non ascende a somma maggiore dell'indennità che *a qualsiasi titolo ed indistintamente*, per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto» (in corsivo le parti aggiunte e poi eliminate).

<sup>44</sup> Su questa vicenda v. riepilogativamente, per tutti, S. GIUBBONI [- A. ROSSI], *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 47 ss., nonché bibliografia ivi citata.



tà<sup>45</sup> (ad esempio, per mancata inclusione nel sistema di tutela INAIL delle voci di danno ulteriori rispetto al danno biologico – c.d. danno complementare – o per esclusione delle lesioni micro-permanenti), l'adeguatezza (*rectius*: la misura di una prestazione previdenziale che possa dirsi adeguata) non può che collocarsi a un livello quantitativamente inferiore rispetto alla complessiva *restitutio in integrum* civilistica.

La terza premessa si fonda sul principio secondo cui «il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento»<sup>46</sup>.

Quest'ultima premessa presuppone a sua volta la consapevolezza circa l'identità (se non di funzione<sup>47</sup>, quanto meno) di risultati conseguibili tramite la copertura assicurativa e la tutela civilistica, posto che è compito della tutela INAIL neutralizzare, almeno in parte (date le

<sup>45</sup> Tesi, in effetti, prospettata da R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 26, e D. POLETTI, *I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore Inail*, in E. NAVARRETA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Rilievi sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 113 ss.; *contra* per motivi "pratici" S. GIUBBONI, *Mobbing e tutela previdenziale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, *Mobbing, organizzazione, malattia professionale*, 2005, p. 193, e per motivi "teorici" G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 321.

<sup>46</sup> Così Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12566 (punto 4.1. della motivazione).

<sup>47</sup> Ché la tutela previdenziale deve mirare al conseguimento di una prestazione "adeguata", mentre obiettivo del sistema della responsabilità civile è la *restitutio in integrum* (G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., p. 311 ss.). All'identità di funzione si ispira, invece, Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12566 (punto 5 della motivazione), che attribuisce alla tutela INAIL la «medesima funzione di ristoro della perdita subita propria del risarcimento del danno». Di contro, di «differenza genetica e funzionale tra l'erogazione INAIL *ex art.* 13 cit. e il risarcimento del danno biologico» parla Cass. 2 novembre 2021, n. 31115.

possibili «differenze nei valori monetari rispetto al danno civilistico»), la «medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo, autore del fatto illecito, al quale sia addebitabile l'infortunio *in itinere* subito dal lavoratore»<sup>48</sup> (ovviamente il discorso vale per qualunque tipo di infortunio).

Tutto ciò premesso, e ragionando proprio tenendo a mente il principio di adeguatezza, la domanda alla quale mi pare si siano sin qui sottratte giurisprudenza e dottrina favorevoli al calcolo del danno differenziale quantitativo per poste omogenee (e, in fondo, lo stesso legislatore con la retromarcia del 2019) è allora la seguente: *quid iuris* nei casi in cui quella tecnica di calcolo conduce al riconoscimento, a beneficio del lavoratore, di un importo superiore a quello che egli conseguirebbe applicando gli ordinari criteri civilistici, che rappresentano incontestabilmente il *benchmark* del danno effettivamente subito<sup>49</sup>? Dovrà dirsi che si tratta di un mero “accidente” aristotelico che non inficia la bontà della regola generale, magari invocando a conforto quello stesso principio (l'art. 38, comma 2, Cost.) che già si è visto non essere stato determinante nelle declaratorie di incostituzionalità del 1991? Oppure si sosterrà che il principio di adeguatezza è a geometria variabile, nel senso che può essere declinato in chiave di legittimazione, in via eccezionale (e – a ben vedere – anche in maniera del tutto casuale), di una tutela “più che adeguata” ogniqualvolta il computo per poste omogenee o per poste congiunte (cioè per sommatoria) con-

<sup>48</sup> Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12566 (punto 5 della motivazione).

<sup>49</sup> A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale: dal diritto vivente al diritto vigente*, in [www.giustiziacivile.com/lavoro/approfondimenti/il-calcolo-del-danno-differenziale-dal-diritto-vivente-al-diritto-vigente](http://www.giustiziacivile.com/lavoro/approfondimenti/il-calcolo-del-danno-differenziale-dal-diritto-vivente-al-diritto-vigente), 21 maggio 2019; [S. GIUBBONI -] A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, cit., p. 311. Per alcuni esempi eloquenti v. G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, pp. 173-174 e 176-177, cui adde soprattutto G. CORSALINI, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL. Disciplina degli infortuni e delle malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 300 ss. (e ivi, a p. 301, un'eloquente tabella), nonché, da ultimo, L. LA PECCERELLA, *La responsabilità civile da infortunio o malattia professionale e le azioni di rivalsa dell'INAIL*, in L. LA PECCERELLA (a cura di), *Infortuni sul lavoro e malattie professionali - Le tutele dell'assicurazione obbligatoria*, Pacini, Pisa, 2021, p. 315.

duca a un risultato quantitativo eccedente la soglia del risarcimento civilistico, determinato utilizzando il criterio del differenziale puro?

Perché – si faccia attenzione – qui non si tratta di discettare in ordine a ipotesi in cui l'entità della prestazione complessivamente erogata (comprensiva della componente biologica e delle conseguenze patrimoniali) copre l'intero ammontare del risarcimento civilistico: ipotesi, questa, che se in astratto potrebbe suscitare qualche dubbio, quanto meno ove si intenda mantenere una differenziazione di funzioni tra la tutela previdenziale e il sistema della responsabilità civile, è, in realtà, già metabolizzata dal sistema, che, infatti, nega il risarcimento quando esso non è di importo superiore all'ammontare della prestazione (art. 10, comma 6, d.p.r. n. 1124 del 1965).

Qui si tratta di render conto e ragione delle ipotesi di ipertrofia del principio di adeguatezza, che si verifica quando l'assicurato riceve dall'INAIL una prestazione che, nel suo complesso, è di importo addirittura superiore a quanto ottenibile, a titolo risarcitorio, in virtù dei principi in tema di responsabilità civile<sup>50</sup>: il che può accadere, ad esempio, se, raffrontate singolarmente, la componente del danno non patrimoniale biologico eccedente il 6% sia indennizzata dall'INAIL in misura superiore al risarcimento ottenibile secondo i parametri civilistici, mentre la componente del danno patrimoniale permanente eccedente il 16%<sup>51</sup> sia indennizzata dall'INAIL in misura inferiore al risarcimento conseguibile utilizzando quei parametri, posto che in una simile ipotesi la scelta di privilegiare comunque il maggiore dei due importi conduce a un risultato complessivo (una somma) che eccede il

<sup>50</sup> Sulle criticità del calcolo per poste omogenee v.: G. LUDOVICO, *Tra responsabilità civile e tutela previdenziale: presupposti, limiti e criteri di calcolo del danno differenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 277 ss.; ID., *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, in [www.giustiziacivile.com/lavoro/approfondimenti/il-danno-differenziale-dopo-la-legge-di-bilancio-2019-e-il-vero-intento](http://www.giustiziacivile.com/lavoro/approfondimenti/il-danno-differenziale-dopo-la-legge-di-bilancio-2019-e-il-vero-intento) ..., 8 maggio 2019; G. CORSALINI, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL. Disciplina degli infortuni e delle malattie professionali*, cit., p.301 (e ivi, in particolare, la già richiamata tabella esplicativa), il quale sostiene il criterio di calcolo del differenziale puro (v. p. 302).

<sup>51</sup> Peraltro non da tutti considerata di natura patrimoniale: v., ad esempio, R. DALLA RIVA, *Danno differenziale negli infortuni sul lavoro per poste omogenee: vecchie e nuove questioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1633.

*quantum* civilistico, realizzando un ingiustificato arricchimento. Discorso più delicato, e non trattabile frettolosamente, dovrebbe essere fatto anche a proposito della somma liquidata a titolo di personalizzazione, che può essere esclusa dal diffalco solo se inserita tra i danni complementari<sup>52</sup>: in proposito, peraltro, salvo voler svalutare completamente il riferimento agli aspetti dinamico-relazionali menzionati nell'art. 13, d.lgs. n. 38 del 2000, si dovrà pur considerare che, per quanto modesto e circoscritto, un *minimum* di personalizzazione è, comunque, presente in tale norma e dovrebbe, quindi, essere considerato ai fini della determinazione dell'ammontare del risarcimento spettante al lavoratore.

Naturalmente è nota la posizione di quanti sostengono che il calcolo del danno differenziale per singole poste omogenee sarebbe «il criterio di liquidazione più coerente ai principi e ai valori dell'ordinamento giuridico»<sup>53</sup>.

Ma, in realtà, al di là della ritrosia a confrontarsi sul piano argomentativo con le ipotesi in cui il *quantum* complessivamente conseguito (dato dalla somma della prestazione indennizzata dall'INAIL e del risarcimento ottenuto dal responsabile civile) o anche il *quantum* della

<sup>52</sup> Argomenta in tal senso, criticando Cass. 2 aprile 2019, n. 9112, R. RIVERSO, *Il risarcimento del danno per infortunio e malattia professionali tra riforme tentate e l'incerto incedere della giurisprudenza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 45 ss.

<sup>53</sup> Così, anche di recente, P. TULLINI, *Il danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, p. 343. Sul computo per poste omogenee v. la granitica giurisprudenza di legittimità: Cass. 9 settembre 2021, n. 24401; Cass. 21 maggio 2019, n. 13645; Cass. 8 aprile 2019, n. 9744; Cass. 2 aprile 2019, n. 9112; Cass. 1 agosto 2018, n. 20392; Cass. 21 novembre 2017, n. 27669; Cass. 9 novembre 2016, n. 22862; Cass. 30 agosto 2016, n. 17407; Cass. 14 ottobre 2016, n. 20807; Cass. 26 giugno 2015, n. 13222. In senso critico, invece, v.: G. LUDOVICO, *Tra responsabilità civile e tutela previdenziale: presupposti, limiti e criteri di calcolo del danno differenziale*, cit., p. 212 ss.; ID., *Presupposti e limiti oggettivi dell'azione di regresso dell'INAIL*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2017, p. 13 ss.; ID., *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, *ivi*, 2015, p. 429 ss.; G. CAVALLINI, *Il danno differenziale tra tutela previdenziale e responsabilità civile del datore di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2017, p. 1037 ss.; R. DALLA RIVA, *Il «danno differenziale» negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, p. 547 ss.; ID., *Danno differenziale negli infortuni sul lavoro per poste omogenee: vecchie e nuove questioni*, cit., p. 1628 ss.

prestazione indennizzata (immune al concorso di colpa del lavoratore e, dunque, non riducibile, a differenza dell'importo liquidabile secondo i criteri civilistici) superano oggettivamente il *quantum* civilisticamente risarcibile, determinando una tutela (anche previdenziale) "più che adeguata" (cioè adeguata "per eccesso"), con conseguente annacquamento della distinzione tra gli statuti del diritto primo e del diritto secondo (e di fatto, almeno sul piano quantitativo, inversione dei ruoli tra gli stessi) e sostanziale declassamento del consueto paradigma risarcitorio in base ai tradizionali canoni civilistici, al di là di ciò – si diceva – è dalla tensione interna che si crea tra gli argomenti addotti a favore del computo per poste omogenee o congiunte e dalla (inconsapevole?) rilettura *ultra vires* del principio di adeguatezza che si possono ricavare spunti utili per una riflessione ulteriore sui criteri di computo del danno differenziale.

In primo luogo, se non può che condividersi l'assunto, di recente autorevolmente ricordato<sup>54</sup>, circa la «primazia della completa riparazione del danno», deve, invece, sottoporsi a prova di resistenza la conseguenza che se ne vorrebbe trarre circa la ineluttabile preferibilità del calcolo del danno differenziale per singole poste omogenee: prova (ad oggi non ancora offerta) che dovrebbe condurre alla duplice dimostrazione che, da un lato, una diversa modalità di calcolo implichi (per ciò stesso o perché verificato in concreto) un pregiudizio alla riparazione integrale del danno, e che, dall'altro lato, il metodo di computo prescelto non comporta «automatismi, duplicazioni e proliferazioni indebite delle poste risarcitorie» (onere probatorio, questo, di cui mi pare si siano sinora fatti carico, con esiti contrari alla *vulgata* dominante e allo stato non smentiti, i sostenitori della tesi minoritaria, non quelli della tesi maggioritaria).

In secondo luogo, è, poi, dubbio che il computo del danno differenziale per poste omogenee possa trarre conforto dal «quadro ricostruttivo dell'istituto della *compensatio lucri cum damno* offerto dalle Sezioni Unite ai fini del raccordo tra responsabilità civile e tutela assicurativa»<sup>55</sup>: e ciò non per particolari criticità argomentative delle diverse tesi, ma per l'equivocità cui si presta la posizione espressa in

<sup>54</sup> P. TULLINI, *Il danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, cit.

<sup>55</sup> Così P. TULLINI, *danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, cit., p. 347.

proposito dalle Sezioni Unite nella sentenza 22 maggio 2018, n. 12566, non a caso citata a supporto da entrambi gli schieramenti contrapposti<sup>56</sup>.

E, in effetti, se una riflessione più approfondita dovesse essere fatta su questo orientamento giurisprudenziale e sulle conseguenze che se ne possono trarre in tema di *compensatio lucri* e di computo del danno differenziale, ebbene essa dovrebbe essere condotta non sulla base degli argomenti o dei frammenti di motivazione che le contrapposte tesi hanno utilizzato per trarne conforto, ma sui presupposti e sulle conseguenze che alcuni passaggi della suddetta sentenza comportano: a monte, l'identità di funzioni fra tutela previdenziale e risarcimento civilistico; a valle, la possibilità che la tutela previdenziale superi quantitativamente il risarcimento civilistico.

Quanto al presupposto, pare evidente, infatti, che sostenere l'identità di funzione tra tutela previdenziale e strumento risarcitorio civilistico significa perdere di vista la specificità della *ratio* della prima<sup>57</sup>, che viene così orientata al conseguimento di una "porzione" (un'anticipazione) dello stesso obiettivo economico perseguibile con gli strumenti del diritto primo: il che, se è vero e anche comprensibile sul piano fattuale, non lo è su quello concettuale, quanto meno ove si consideri che da tempo immemore il *proprium*, cioè l'«esclusivo criterio ispiratore» dell'assicurazione obbligatoria INAIL, è non il risarcimento del danno nell'esatta misura in cui esso si è prodotto (preroga-

<sup>56</sup> V. ad esempio, da un lato, P. TULLINI, *danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, cit., p. 347 ss., ed E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un "blitz" legislativo discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 304; dall'altro, R. DALLA RIVA, *Danno differenziale negli infortuni sul lavoro per poste omogenee: vecchie e nuove questioni*, cit., p. 1643, G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL*, cit., p. 172 ss., e L. LA PECCERELLA, *La responsabilità civile da infortunio o malattia professionale e le azioni di rivalsa dell'INAIL*, cit., p. 311 ss.

<sup>57</sup> G. LUDOVICO, *Danni non patrimoniali e tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in G. LUDOVICO, M. BORSIO, R. SIMÃO DE MELO (a cura di), *I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e della previdenza sociale - Una comparazione tra gli ordinamenti giuridici italiano e brasiliano*, Aracne editrice, Roma, 2020, p. 327, osserva giustamente, in senso critico, che «immaginare tra trattamenti così diversi un confronto analitico per singole poste di danno equivale, in definitiva, a presumerne l'identità di funzione».

tiva, questa, del sistema civilistico), ma «la liberazione dal bisogno connotato da un'origine professionale»<sup>58</sup>.

D'altra parte, a ben considerare, il discorso relativo alla funzione rispettivamente della tutela previdenziale e della responsabilità civile pare non essere nemmeno così netto e decisivo, se impiegato in chiave di supporto all'una o all'altra tesi in tema di computo del danno differenziale quantitativo: prova ne sia che non manca chi, pur sostenendo il concorso funzionale fra sistema previdenziale e sistema risarcitorio, in linea con un certo sviluppo argomentativo della giurisprudenza della Cassazione favorevole al computo per poste omogenee, perviene poi a soluzioni diametralmente opposte ed esprime severe critiche alla «artificiosa parcellizzazione, funzionale ad una lievitazione del danno complessivamente ed unitariamente considerato ed unitariamente risarcibile al lavoratore infortunato», da cui può derivare un «risarcimento superiore al pregiudizio subito», cioè «il risarcimento di un danno non (effettivamente) sofferto»<sup>59</sup>.

Quanto alle conseguenze, già si è detto della concreta possibilità che la determinazione del danno differenziale quantitativo per singole poste omogenee conduca all'attribuzione, a titolo indennitario, di un importo addirittura superiore a quello ottenibile alla stregua degli ordinari criteri civilistici<sup>60</sup>: il che contraddice sia il presupposto di par-

<sup>58</sup> G. LUDOVICO, *La tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in E. ALES, G. CANAVESI, D. CASALE, R. CASILLO, M. ESPOSITO, G. LUDOVICO, R. VIANELLO, *Diritto della sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 115. Del resto, la “dismissione” della funzione risarcitoria come conseguenza dell'abbandono della teoria del rischio professionale è da tempo affermata dalla più autorevole dottrina: v. M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, cit., p. 172 ss. (in linea con quanto costantemente sostenuto da Persiani).

<sup>59</sup> L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo e risarcimento del danno negli infortuni in itinere: criteri per una ragionevole determinazione della pretesa risarcitoria del lavoratore e della rivalsa da parte dell'INAIL*, in *Dir. sic. lav.*, 2016, p. 7 ss. (e, in particolare, 12-13), pubblicato anche in *Riv. inf. mal. prof.*, 2016, con il titolo *Per una ragionevole determinazione del risarcimento del danno da infortunio in itinere e della rivalsa da parte dell'Inail, nel concorso fra indennizzo e risarcimento civilistico* (v. soprattutto pp. 259 ss. e 264-265).

<sup>60</sup> Ne è lucidamente consapevole R. RIVERSO, *Il risarcimento del danno per infortunio e malattia professionali tra riforme tentate e l'incerto incedere della giurisprudenza*, cit., pp. 56-57.

tenza da cui muovono le Sezioni Unite, posto che allora diviene difficile spiegare perché a identità di funzione debba corrispondere difformità di risultati, sia l'idea (ampiamente radicata nella diversa impostazione della tutela previdenziale rispetto al sistema della responsabilità civile) che l'adeguatezza (proprio perché finalizzata alla realizzazione di un obiettivo diverso da quello cui mira il risarcimento civilistico) sia un *quid minoris* rispetto alla *restitutio in integrum*<sup>61</sup>, come affermato anche di recente dalla 3<sup>a</sup> Sezione Civile della Cassazione, la quale ha ricordato che l'indennizzo INAIL non copre l'intero danno biologico (diversamente dal risarcimento, che presuppone la commissione di un illecito contrattuale o aquiliano) e, quindi, non può essere liquidato, ai fini di tale assicurazione, con gli stessi criteri valevoli in ambito civilistico, in considerazione della sua natura assistenziale e nonostante la menomazione dell'integrità psico-fisica, alla quale fa riferimento l'art. 13, d.lgs. n. 38 del 2000, sia la medesima<sup>62</sup>.

Né la questione può essere semplicemente trattata, al rialzo, richiamando la supposta coerenza del calcolo per poste omogenee con i principi e valori dell'ordinamento giuridico (tra cui, per inciso, dovrebbe pur includersi anche il principio di adeguatezza), se prima non si risolve la evidente contraddizione tra la lettura che della regola della *compensatio lucri* offrono i sostenitori di quella tesi, in linea – è doveroso evidenziarlo – con l'orientamento della Cassazione («stesso danno, stesso titolo (ossia stessa voce di danno), stessa funzione» riparatoria<sup>63</sup>), da un lato, e, dall'altro lato, l'esorbitanza del risultato che ne

<sup>61</sup> Conf. R. RIVERSO, *Il risarcimento del danno per infortunio e malattia professionali tra riforme tentate e l'incerto incidere della giurisprudenza*, cit., pp. 35-36.

<sup>62</sup> Cass. 4 novembre 2020, n. 24474, secondo cui, pur in presenza della stessa menomazione dell'integrità psico-fisica, la tutela dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, da un lato, e il sistema della responsabilità civile, dall'altro lato, perseguono «fini propri e diversi»; infatti, «la diversità ontologica tra l'istituto assicurativo e le regole della responsabilità civile trova un riscontro sul piano costituzionale, posto che i due rimedi rinvencono ciascuno un referente normativo diverso: la prestazione indennitaria risponde agli obiettivi di solidarietà sociale cui ha riguardo l'art. 38 Cost., mentre il rimedio risarcitorio, a presidio dei valori della persona, si innesta sull'art. 32 Cost.».

<sup>63</sup> E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un "blitz" legislativo discutibile*, cit., p. 304.



può conseguire rispetto al complessivo risarcimento del danno civilistico, in contrasto, fra l'altro, con il divieto di ingiustificato arricchimento.

Certo non sfugge che questo contrasto potrebbe essere risolto in molti modi, utilizzando vari spunti, del cui sviluppo argomentato dovrebbe debitamente farsi carico la teoria del computo per poste omogenee: a) affermando che anche la verifica circa la "giustificatezza" o no dell'arricchimento deve essere del pari condotta per singole poste omogenee (e non complessivamente), cosicché, scomposto il danno voce per voce, deve sempre essere privilegiato (e riconosciuto) l'importo maggiore (quello erogato dall'INAIL o quello conseguibile utilizzando gli ordinari criteri civilistici), importo che, così argomentando, non sarebbe mai ingiustificato, a prescindere dal risultato complessivo (il che – è bene intendersi – significa dire, civilisticamente parlando: a prescindere dal pregiudizio effettivamente subito)<sup>64</sup>; b) sostenendo che il principio di adeguatezza, lungi dal rappresentare un *quid minoris*, legittima l'attribuzione (in via indennitaria o risarcitoria) di importi scomposti per singola voce che, complessivamente considerati, ben possono superare la completa riparazione del danno determinato secondo i parametri civilistici<sup>65</sup>; c) azzerando qualunque distinzione tra

<sup>64</sup> Osserva ineccepibilmente R. RIVERSO, *Il risarcimento del danno per infortunio e malattia professionali tra riforme tentate e l'incerto incedere della giurisprudenza*, cit., p. 58, che il sistema costituzionale di protezione previdenziale del lavoratore ex art. 38 non impone «che nella comparazione dei calcoli sottesi alle regole poste a presidio della riparazione dei danni subiti dal lavoratore questi abbia diritto di ritenere il di più che deriva dal differente sistema di calcolo, mentre l'istituto assicuratore debba sopportare la perdita» (ciò che comporterebbe «l'estensione della tutela per danno biologico oltre l'area del tetto civilistico risarcibile»), né impone «al legislatore di dover assicurare al lavoratore un risarcimento del danno complessivamente superiore a quello spettante a qualsiasi altro cittadino».

<sup>65</sup> È l'assunto di G. CALAFIORE, *Intervento al Convegno Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale* - Corte di Cassazione, 22 novembre 2019 (citato da R. DALLA RIVA, *Danno differenziale negli infortuni sul lavoro per poste omogenee: vecchie e nuove questioni*, cit., p. 1649, nota 40), secondo cui l'eccedenza dell'importo dell'indennità rispetto al danno effettivamente risarcibile («ciò è altamente probabile per la componente patrimoniale della rendita Inail ex art. 13, comma 2 lett. b) riferita ad una presunta perdita di capacità lavorativa specifica che potrebbe non aver prodotto pregiudizio economico») dimostra

la tutela previdenziale e il risarcimento civilistico, cosicché il diritto secondo diverrebbe la “bella copia” del diritto primo, impreziosita dai ben noti pregi dell’una (ad esempio, sul piano delle agevolazioni probatorie, della solidità del debitore della prestazione) e depurata dai “difetti” dell’altro (*in primis*, dal fastidio di cui all’art. 1227); d) invocando iconoclasticamente l’incostituzionalità generalizzata dell’attuale sistema di tutela previdenziale perché ancora non copre il danno complementare (danno morale, danno esistenziale), il danno biologico temporaneo, il danno biologico inferiore al 6%<sup>66</sup>, sì da ricondurre qualunque fattispecie di danno sotto l’ombrello di copertura offerto dall’INAIL.

Vero è che, in ogni caso e in ultima analisi, comunque la tesi del calcolo del danno differenziale per singole poste omogenee non può ulteriormente differire il confronto con le ipotesi in cui l’esito contabile travalica ciò che in sede civile è individuato come «l’includibile parametro-limite, verso il basso come verso l’alto, del risarcimento liquidabile al lavoratore», cioè il «pregiudizio effettivamente subito»<sup>67</sup>: tanto più che, in ottica squisitamente previdenziale, dovrebbe convenirsi che il principio di adeguatezza pacificamente e tradizionalmente vale non solo a estendere, ma anche a contenere la tutela, come, in effetti, pare essere stato compreso da chi ha proposto una soluzione “media” che, detratto il danno complementare perché estraneo alla copertura assicurativa INAIL (e liquidabile secondo gli ordinari criteri civilistici), postula che «tutto il danno che residua» vada «unitariamente

«semplicemente la scelta di politica sociale sottesa al sistema», nel senso che «lo Stato in ragione degli obblighi di solidarietà ben noti e fondati sugli artt. 2 e 38 della Cost. ha scelto di sopportare tale carico favorendo così il lavoratore infortunato o ammalato per ragioni professionali».

<sup>66</sup> Un problema, questo, di cui mostra di essere consapevole uno dei più efficaci sostenitori della tesi del computo per sommatoria: v. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., p. 321.

<sup>67</sup> L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo e risarcimento del danno negli infortuni in itinere: criteri per una ragionevole determinazione della pretesa risarcitoria del lavoratore e della rivalsa da parte dell’INAIL*, cit., 11, nonché EAD., *Per una ragionevole determinazione del risarcimento del danno da infortunio in itinere e della rivalsa da parte dell’Inail, nel concorso fra indennizzo e risarcimento civilistico*, cit., p. 263.

considerato come danno differenziale, senza poter più distinguere, al suo interno, tra la componente non patrimoniale e quella patrimoniale, che pertanto ben potranno essere sommate tra di loro al fine di realizzare un raffronto complessivo *ex art. 10 T.U.*»<sup>68</sup>.

Del resto, una delimitazione della prestazione, tramite riproporzionamento entro una soglia-limite, è operazione ben nota, tra l'altro, anche in materia infortunistica: basti pensare a quanto l'art. 85, d.p.r. n. 1124 del 1965 stabilisce in tema di rendita ai superstiti ogniquale volta la somma delle prestazioni spettanti a ciascun beneficiario superi l'importo dell'intera retribuzione che funge da base di calcolo della rendita medesima («le singole rendite sono proporzionalmente ridotte entro tale limite»)<sup>69</sup>.

Nella determinazione del danno differenziale, dunque, si tratterebbe semplicemente di fare applicazione del medesimo principio, avendo come *benchmark* di riferimento il complessivo risarcimento conseguibile in sede civilistica, non comprimibile al ribasso, ma nemmeno aggirabile al rialzo, in violazione del divieto di ingiustificato arricchimento, come disvela, in più di qualche ipotesi, lo specchio olandese del computo per singole poste omogenee e, sia pure in minor misura, anche per poste congiunte.

<sup>68</sup> Così S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, pp. 192-193, cui si rinvia anche per la puntuale ricostruzione della problematica e per i numerosi riferimenti bibliografici; S. GIUBBONI [- A. ROSSI], *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, cit., 46-47. Per una rapida, ma esaustiva ricostruzione della problematica v. anche il paragrafo 2 di S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro dopo la legge n. 145 del 2019*, in <https://giustiziacivile.com/lavoro/approfondimenti/il-risarcimento-del-danno-differenziale-derivante-da-infortunio-sul-lavoro>.

<sup>69</sup> La rendita ai superstiti è ragguagliata al 100% della retribuzione calcolata secondo le disposizioni degli articoli da 116 a 120 del testo unico: dunque, in presenza del coniuge (50%) e di tre figli (20% ciascuno), la prestazione spettante a ogni beneficiario subisce una riduzione proporzionale.

6. *Perseverare autem diabolicum: il calcolo del danno differenziale quantitativo nella giurisprudenza della Suprema Corte tra ordinari criteri civilistici e principio di adeguatezza*

La disamina della più recente giurisprudenza di legittimità conferma la ritrosia della Suprema Corte a emendare le numerose criticità che inquinano il percorso argomentativo che conduce ad affermare la supposta correttezza del criterio di liquidazione per poste omogenee: al contrario, la sedimentazione di evidenti petizioni di principio determina un avviticciamento su se stesso del ragionamento, che va perdendo sempre più coerenza e linearità, e ciò a tacere delle già denunciate conseguenze ipertrofiche che, sebbene snaturino il principio di adeguatezza, vengono sistematicamente ignorate dai sostenitori della tesi qui criticata.

Per comprendere appieno la fallacia del criterio della comparazione tra poste omogenee ai fini della quantificazione del danno differenziale è allora necessario capovolgere la prospettiva, mantenendo comunque immutati i postulati di partenza scanditi dalla giurisprudenza di legittimità: da un lato, l'assunto secondo cui le somme versate dall'istituto assicuratore non possono considerarsi integralmente satisfattive del pregiudizio subito dal soggetto infortunato o ammalato; dall'altro lato, e con riferimento al danno non patrimoniale, la necessità di prendere le mosse dall'importo liquidato a titolo di danno civilistico, «in coerenza con il principio per cui, in tema di responsabilità civile del datore di lavoro, la liquidazione del danno alla salute conseguente ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale va effettuata secondo i criteri civilistici e non sulla base delle tabelle di cui al d.m. del 12 luglio 2000, deputate alla liquidazione dell'indennizzo INAIL ex d.lgs. n. 38 del 2000, art. 13»<sup>70</sup>.

Date queste premesse, dovrebbe allora convenirsi che, poiché l'albero si riconosce dai frutti<sup>71</sup>, ogniqualvolta l'articolata operazione fondata sulla bipolarità del danno-conseguenza, e costruita attraverso una trama di espunzioni di voci, addizioni e sottrazioni, conduce a un risultato distonico rispetto al parametro civilistico (per difetto, ma – per

<sup>70</sup> Cass. 7 febbraio 2023, n. 3694, la quale riprende Cass. 12 luglio 2022, n. 22021.

<sup>71</sup> Lc 6, 43-44; Mt 7, 16-18, e 12, 33.

coerenza – dovrebbe dirsi anche per eccesso), il principio costituzionale dell'adeguatezza è alterato<sup>72</sup> e almeno uno dei presupposti del ragionamento della Suprema Corte è, per ciò stesso, inesorabilmente contraddetto e tradito perché non può dirsi rispettoso del postulato secondo cui il danno alla salute deve essere liquidato in base ai criteri civilistici quel percorso argomentativo da cui scaturisce un *quantum* diverso e maggiore rispetto a quello conseguibile applicando, in contesto diverso da quello infortunistico, quei medesimi criteri.

In altre parole, si vuol dire che la tesi affermatasi nella giurisprudenza della Cassazione non è in alcun modo condivisibile, qualunque sia il presupposto da cui essa prende le mosse, a causa (più che dei presupposti su cui si regge e dell'*iter* esplicativo che la accompagna) dell'insostenibilità e della paradossalità delle conclusioni cui essa conduce: e ciò a prescindere da qualsiasi considerazione di "estetica" giuridica, posto che la asserita coerenza dello sviluppo argomentativo e la dichiarata concatenazione logica dei ragionamenti non possono – salvo avvitarsi su se stesse – ignorare gli esiti pratici cui approdano o, peggio, considerarli come una variabile indipendente.

Eloquente in proposito è l'elaborazione della motivazione di Cass. 26 giugno 2015, n. 13222, la quale muove da alcuni presupposti, intorno ai quali viene poi costruito il ragionamento che conduce alla determinazione del «c.d. "danno differenziale" (ovvero la differenza tra il danno causato dal responsabile civile, e quello indennizzato dall'INAIL)»: a) i criteri medico legali in base ai quali l'INAIL determina il grado percentuale di invalidità permanente sono diversi da quelli utilizzati nel campo della responsabilità aquiliana; b) la determinazione e la monetizzazione del grado di invalidità permanente patito dalla vittima di un infortunio devono essere effettuate secondo i criteri della responsabilità civile; c) dall'importo così determinato deve essere sottratto non il valore capitale dell'intera rendita costituita dall'INAIL,

<sup>72</sup> È alterato perché è indebitamente orientato «nella direzione della piena completezza del risarcimento che, viceversa, costituisce la finalità della responsabilità civile»: l'espressione è di G. LUDOVICO, *Danni non patrimoniali e tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in G. LUDOVICO, M. BORSIO, R. SIMAO DE MELO, *I danni on patrimoniali nel diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Aracne, Roma, 2020, p. 336.

ma solo il valore capitale della quota di rendita che ristora il danno biologico, e ciò perché «quando ricorrano i presupposti di fatto di cui [al] d.lgs. n. 38 del 2000, art. 13, comma 2, lett. b), l'INAIL liquida all'avente diritto un indennizzo in forma di rendita che ha veste unitaria, ma duplice contenuto: con quell'indennizzo, infatti, l'INAIL compensa sia il danno biologico, sia il danno patrimoniale da perdita della capacità di lavoro e di guadagno».

Integra il ragionamento svolto dalla Suprema Corte, e ripreso poi in varie altre occasioni<sup>73</sup>, l'idea che «l'incremento della rendita per danno biologico, di cui al d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, art. 13, comma 2, lett. b), costituisce un indennizzo forfettario del danno patrimoniale da perdita della capacità di lavoro», nel senso che «qualsiasi incremento del risarcimento dovuto dall'INAIL per il danno biologico patito dal lavoratore, che sia agganciato al reddito della vittima, [ha] lo scopo di ristorare il pregiudizio patrimoniale da compromissione della capacità di lavoro e di guadagno, perché sarebbe altrimenti incompatibile con la natura areddituale del risarcimento del danno biologico».

In questo contesto il principio di adeguatezza, che, secondo il *dictum* costituzionale, correla la prestazione previdenziale alle esigenze di vita, non è evocato e non aleggia nemmeno sullo sfondo.

Ciò premesso, veniamo alle criticità della soluzione ormai pressoché tralatzivamente propugnata dalla Cassazione, criticità che si aggiungono al *vulnus* di sistema più volte evidenziato, consistente nell'ipertrofia della tutela che scaturisce dalla modalità di quantificazione del danno previdenziale secondo il metodo del confronto per poste omogenee o per poste congiunte.

Si dice, in primo luogo, che il *quid pluris* in termini di rendita riconosciuto ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 38 del 2000 ristora il pregiudizio patrimoniale da compromissione della capacità di lavoro e di guadagno solo perché «agganciato al reddito della vittima».

L'assunto, però, sconta un evidente margine di approssimazione perché, combinando capacità di lavoro e di guadagno quasi si trattasse di un'endiadi, omette di considerare che se la compromissione della capacità di guadagno reca inevitabilmente con sé, per definizione, un

<sup>73</sup> Di recente v., ad esempio, Cass. 7 febbraio 2023, n. 3694, e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

pregiudizio patrimoniale, non altrettanto avviene quando si tratta della capacità di lavoro, la cui menomazione, rifuggendo da automatismi di sorta, può avere conseguenze patrimoniali o essere sotto questo profilo del tutto indifferente.

A ciò si aggiunga che l'ulteriore quota di rendita di cui all'art. 13, comma 2, lett. b), è volta a indennizzare le conseguenze patrimoniali delle menomazioni di grado pari o superiore al 16%, adottando un meccanismo presuntivo e forfettario che è tipico della tutela INAIL, ma è estraneo al sistema della responsabilità civile, il quale, anche quando opera per mezzo di presunzioni, richiede gli attributi della gravità, precisione e concordanza. E la «Tabella dei coefficienti» di cui al d.m. 12 luglio 2000 prende in considerazione il pregiudizio non alla capacità di guadagno, ma all'attività svolta e a quelle della categoria di attività lavorativa di appartenenza dell'assicurato.

Fatte queste premesse, l'indagine sulla capacità di tenuta intrinseca della soluzione consolidata nella giurisprudenza di legittimità (estrinsecamente i limiti di quella soluzione sono stati ampiamente evidenziati in precedenza) può essere condotta su due piani: il confronto con la giurisprudenza civilistica (in particolare della 3<sup>a</sup> sezione della Cassazione) in tema di determinazione del danno alla capacità lavorativa; la verifica dell'effettiva natura patrimoniale del pregiudizio indennizzato dall'ulteriore quota di rendita.

Pur con le cautele del caso, stanti asserzioni non sempre univoche, sul piano giurisprudenziale merita una riflessione la distinzione tra lesione della capacità lavorativa generica e danno da riduzione della capacità lavorativa specifica.

Il pregiudizio alla capacità lavorativa generica, che, per le fattispecie anteriori all'ambito temporale di applicazione dell'art. 13, d.lgs. n. 38 del 2000, era ritenuto danno patrimoniale (indennizzato dalla rendita INAIL, i cui importi non potevano quindi, secondo la Cassazione, essere decurtati dal danno non patrimoniale<sup>74</sup>), a partire dal luglio 2000, ammesso che sia una categoria tuttora utilizzabile<sup>75</sup>, diviene

<sup>74</sup> Cass. 15 dicembre 2022, n. 36866; Cass. 1 marzo 2016, n. 4025.

<sup>75</sup> Ne dubitano, infatti, in dottrina, G. LUDOVICO, *La tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, cit., pp. 130-131, e, in giurisprudenza, Cass. 11 novembre 2019, n. 28988, secondo cui la nozione di incapacità lavorativa generica, «ela-

componente del danno biologico perché non attiene alla produzione del reddito, e come tale è distinto dal danno alla capacità lavorativa specifica, che è, invece, considerato di natura patrimoniale<sup>76</sup> e «può essere risarcito quale lucro cessante con specifico riferimento alla attività lavorativa svolta dal soggetto danneggiato»<sup>77</sup>.

Peraltro, a voler seguire l'articolato schema di Cass. 11 novembre 2019, n. 28988, che sembra ricalcare quasi pedissequamente la quadripartizione della «Tabella dei coefficienti», la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità pressoché dominante appare meno granitica.

In quella sentenza, infatti, la 3<sup>a</sup> Sezione, premesso che «l'evento lesivo può incidere in vari modi sull'attività di lavoro dell'infortunato», si cimenta in un'opera definita di «inquadramento dogmatico delle varie fattispecie che è possibile enucleare», distinguendo, appunto, quattro ipotesi.

Innanzitutto, «che la vittima conservi il reddito, ma lavori con maggior pena». In questo caso (definito di «danno da lesione della cenestesi lavorativa», cioè di «compromissione della sensazione di benessere connessa allo svolgimento del proprio lavoro»), secondo la Corte non vi è margine per un distinto risarcimento del pregiudizio come danno patrimoniale, «a meno che la maggiore usura, la maggiore penosità del lavoro non determinino l'eliminazione o la riduzione della capacità del danneggiato di produrre reddito»: dunque, «il danneggiamento della cenestesi lavorativa si presterà di regola a essere risarci-

borata dalla giurisprudenza in un'epoca in cui il danno biologico non aveva cittadinanza nell'ordinamento e l'unico danno ritenuto risarcibile era quello patrimoniale», servì «a evitare il rigetto della domanda risarcitoria allorché le conseguenze lesive non avessero influito sul lavoro svolto dalla vittima ovvero nell'ipotesi in cui la vittima non svolgesse lavoro alcuno», ma, «una volta emersa la nozione di danno biologico, l'utilità della categoria è venuta meno, considerato che la sussistenza di un danno alla salute legittima il lesa a domandare il risarcimento di tutti i danni non patrimoniali a detta lesione connessi, nessuno escluso».

<sup>76</sup> Cass. 9 novembre 2021, n. 32649; Cass. 27 gennaio 2011, n. 1879; Cass. 9 agosto 2007, n. 17464.

<sup>77</sup> Cass. 20 gennaio 2023, n. 1752.



to attraverso un appesantimento del risarcimento del danno biologico, in via di personalizzazione»<sup>78</sup>.

Pare evidente che questa ipotesi ricalca quella di cui alla prima categoria della «Tabella dei coefficienti», che comprende i casi in cui la menomazione, oscillando tra il 16% e il 25%, «non pregiudica gravemente né l'attività svolta né quelle della categoria di appartenenza»: se ne dovrebbe concludere che, anche a voler seguire la giurisprudenza dominante, comunque da una menomazione di quella entità origina un danno non patrimoniale, mera componente del danno biologico e, dunque, non liquidabile autonomamente, ma decurtabile dal danno liquidato secondo i criteri civilistici.

Non senza una certa enfasi, peraltro giustificata, si ipotizza, poi, «che la vittima abbia perso in tutto o in parte il proprio reddito»: «non il lavoro, badate bene, ma il reddito, il che significa che non ne produce al momento e non sarà più in grado di produrne in futuro».

In questa seconda ipotesi (assimilabile alla seconda categoria della «Tabella dei coefficienti», in cui la menomazione, compresa tra il 26% e il 50%, «pregiudica gravemente o impedisce l'attività svolta, ma consente comunque altre attività della categoria di appartenenza anche mediante interventi di supporto e ricorso a servizi di sostegno»), si è dinanzi, secondo la Suprema Corte, «a un danno patrimoniale da lucro cessante», che deve essere liquidato in base al reddito perso: il che significa evidentemente che se il pregiudizio all'attività lavorativa non si traduce in una diminuzione reddituale, l'eventuale danno (che potrebbe derivare, ad esempio, dalla maggior gravosità della nuova attività o dal dispiacere per l'abbandono della precedente attività) deve essere qualificato come non patrimoniale, con ciò che ne consegue in punto di diffalco.

La terza ipotesi immaginata dalla didascalica sentenza n. 28988 del 2019 è quella in cui «la vittima abbia perso il lavoro ma possa svolgerne altri, compatibili con la propria formazione professionale» (qui torna alla mente la terza categoria della «Tabella dei coefficienti», in cui la menomazione è compresa tra il 51% e l'85% e «consente soltanto lo

<sup>78</sup> Sul punto v. anche Cass. 9 ottobre 2015, n. 20312, che parla di appesantimento del valore monetario di ciascun punto, con esclusione del ricorso al parametro del reddito percepito dal soggetto leso.

svolgimento di attività lavorative diverse da quella svolta e da quelle della categoria di appartenenza, compatibili con le residue capacità psicofisiche anche mediante interventi di supporto e ricorso a servizi di sostegno»): pure in questo caso la Suprema Corte definisce il danno come patrimoniale, ma afferma che in sede di liquidazione si deve tenere conto «del periodo di inoccupazione e della verosimile differenza (ove sussistente) tra reddito perduto e presumibile reddito futuro»; e ciò induce, quindi, a ritenere che, anche a fronte di una simile menomazione, non possa dirsi patrimoniale il danno non “reddituale”, cioè che non deriva da una differenza di reddito.

Infine, la quarta ipotesi: «la vittima un lavoro non l’aveva<sup>79</sup>, e non potrà più averlo a causa della invalidità»<sup>80</sup>: anche questo (si afferma) «è un danno patrimoniale da lucro cessante, da liquidare in base al reddito che verosimilmente il soggetto leso, ove fosse rimasto sano, avrebbe percepito»; ma pure in tale ipotesi la natura patrimoniale del danno si fonda sul decremento reddituale (che potrebbe non verificarsi in caso di reimpiego), e ciò, secondo lo schema concettuale della Corte, legittima la riconduzione delle fattispecie di danno diverse dal lucro cessante nell’orbita della non patrimonialità.

Dato questo quadro così articolato, e volendo, dunque, sintetizzare questa ricostruzione schematica, se ne desume che di danno patrimoniale dovrebbe parlarsi, in generale, solo in presenza di una perdita di reddito, non di una perdita di lavoro; e, in particolare, che quella fattispecie di danno difficilmente può verificarsi quando la menomazione, essendo di grado compreso tra il 16% e il 25%, «non pregiudica gravemente né l’attività svolta né quelle della categoria di appartenenza» (o comunque, se di grado sino al 50%, consente comunque lo svolgimento di un’attività equivalente), e, comunque, non è detto si produca pur in presenza di menomazioni di grado anche maggiore.

<sup>79</sup> A seguire il ragionamento della Cassazione, sorge il dubbio che qui vi sia un «non» di troppo: infatti, ove così non fosse, sarebbe difficile ipotizzare un infortunio sul lavoro indennizzabile dall’INAIL e risarcibile dal responsabile, cui consegua una perdita di capacità lavorativa incidente sulla capacità reddituale, a meno che non si intenda fare riferimento a una capacità reddituale potenziale e astratta.

<sup>80</sup> V. la quarta categoria della «Tabella dei coefficienti»: «La menomazione impedisce qualunque attività lavorativa, o consente il reimpiego solo in attività che necessitano di intervento assistenziale permanente, continuativo e globale».

Se ne dovrebbe allora dedurre l'imprescindibilità della verifica dell'effettiva natura patrimoniale del pregiudizio indennizzato dall'ulteriore quota di rendita.

Senonché questa ipotetica verifica è, da un lato, e in concreto, ostacolata dalla fluidità e dal carattere ondivago della "patrimonialità" del danno, che, a seguire la richiamata giurisprudenza della Cassazione, sussiste o non sussiste, in ultima analisi, a prescindere dal grado di menomazione, dipendendo essa solo dall'incidenza del *deficit* psicofisico sulla capacità di produrre reddito; dall'altro lato, e in astratto (cioè sul piano dogmatico), è addirittura preclusa dai connotati tipici della tutela previdenziale in materia infortunistica, la quale, come correttamente osservato con riferimento all'ulteriore quota di rendita<sup>81</sup>, viene erogata «a prescindere dalla sussistenza di un'effettiva perdita della capacità lavorativa specifica dell'assicurato (come avviene, per esempio, quando è corrispost[a] al pensionato o al soggetto che continua a svolgere la precedente attività senza alcuna decurtazione del reddito»).

In altre parole, si vuol dire che, con buona pace dell'assunto secondo cui la liquidazione del danno alla salute conseguente a infortunio sul lavoro o a malattia professionale dovrebbe essere effettuata secondo i criteri civilistici, il medesimo danno, derivante da una menomazione di identico grado, è considerato non patrimoniale, in applicazione di quei criteri, se non pregiudica la capacità reddituale; e patrimoniale, in applicazione dell'art. 13, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 38 del 2000, anche se non compromette la capacità reddituale e vale a ristorare ipotesi, quali il danno alla capacità lavorativa generica o alla cenesesi lavorativa, che, secondo la giurisprudenza di legittimità (in particolare, della 3<sup>a</sup> Sezione), dovrebbero connotarsi per la non patrimonialità del pregiudizio.

Certo potrebbe sostenersi che, allorché si verte in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali, dati il bene giuridico protetto e la copertura costituzionale, la tutela, nella sua massima espressione quantitativa, spetta sempre e comunque.

Ma allora, anche a voler tacere che, come si è cercato di evidenzia-

<sup>81</sup> G. CORSALINI, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL. Disciplina degli infortuni e delle malattie professionali*, cit., pp. 308-309.

re, la soluzione propugnata dalla giurisprudenza di legittimità in tema di determinazione del danno differenziale smentisce il suo stesso presupposto di partenza, cioè si contraddice perché tradisce la pretesa applicazione dei criteri civilistici (che, in realtà, vengono disapplicati quanto meno per quel che concerne l'individuazione delle ipotesi di danno patrimoniale e non patrimoniale), proprio la rilevanza costituzionale della tutela in questa materia deve imporre un deciso recupero della funzione baricentrica del principio di adeguatezza, da intendersi, dunque, non solo come legittimo ostacolo a trattamenti indebitamente recessivi, ma anche come freno a derive ipertrofiche sul piano del *quantum*<sup>82</sup>, fra l'altro insensibili a qualunque esigenza di equilibrio finanziario di un sistema di tutela comunque fondato sul versamento di premi assicurativi.

<sup>82</sup> Per una lettura in questi termini del principio di adeguatezza, tale da legittimare i limiti applicativi dell'assicurazione sociale e da escludere qualsiasi funzione di risarcimento del danno v. G. LUDOVICO, *Danni non patrimoniali e tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, cit., p. 315.



## **Reddito di inclusione, Reddito di cittadinanza e Assegno di Inclusione nel prisma dell'adeguatezza sistemica\***

EDOARDO ALES

SOMMARIO: 1. *Adeguatezza economica e adeguatezza sistemica nella disoccupazione: mezzi adeguati alle esigenze di vita come risorse e come strumenti* – 2. *L'adeguatezza sistemica e la condizione di disoccupazione attuale e potenziale* – 3. *Adeguatezza sistemica, Sicurezza Sociale e politiche di attivazione e di inclusione sociale: dal Reddito di Inclusione al Reddito di Cittadinanza* – 4. *Dal Reddito di Cittadinanza all'Assegno di Inclusione: la tensione tra la dimensione individuale e familiare del bisogno* – 5. *Conclusioni*

1. *Adeguatezza economica e adeguatezza sistemica nella disoccupazione: mezzi adeguati alle esigenze di vita come risorse e come strumenti.*

Per anni trascurato dalla dottrina giuslavoristica, il tema della disoccupazione ne è, ormai da tempo, oggetto di attenzione costante. Merito, se così si può dire, della natura strutturale e non più congiunturale assunta dal fenomeno ma anche e più propriamente, dell'ampliamento dell'oggetto del Diritto del Lavoro, dal solo rapporto al mercato, così come propugnato dalla migliore dottrina sulla soglia del nuovo secolo<sup>1</sup>. L'impegno sistematico che ne è scaturito ha avuto l'effetto di consolidare l'intuizione sviluppata da Maurizio Cinel-

\* I primi tre par. riproducono quelli del saggio *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, pubblicato sul fascicolo speciale 2022 di *Var. temi dir. lav.* Il par. 4 affronta, *ex novo*, il tema dell'Assegno di Inclusione nel prisma della adeguatezza sistemica.

<sup>1</sup> M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, p. 25 ss. Nonché M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, *ibidem*, p. 15 ss. Del saggio di D'Antona, v. la rilettura di F. LISO, *Il diritto al lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 139 ss.

li nella monografia del 1981<sup>2</sup>, la quale, a sua volta, aveva rivitalizzato la riflessione già autorevolmente proposta sul diritto-dovere al lavoro<sup>3</sup>.

L'allargamento dell'oggetto di studio dal rapporto di lavoro al funzionamento e alla regolazione del mercato del lavoro conferma il collegamento tra i due<sup>4</sup>, ora adeguatamente valorizzato anche dal legislatore, in vista della Sicurezza Sociale, da intendersi quale liberazione dal bisogno dell'individuo e della collettività nella quale è inserito<sup>5</sup>. L'obiettivo si può sintetizzare nella realizzazione di un sistema integrato di microsistemi, peraltro già proposto<sup>6</sup> quale ipotesi ricostruttiva dei rapporti ineludibili tra le diverse aree della dimensione economico-sociale alla quale si riferisce il Titolo V della Parte I della Costituzione. Ciò non significa, come giustamente paventato<sup>7</sup>, spalancare le porte ad un (economicamente e socialmente insostenibile) travaso di tutele dal rapporto al mercato ovvero al microsistema di protezione sociale, quanto individuare con chiarezza in quali termini ciascun microsistema possa contribuire alla realizzazione della Sicurezza Sociale.

I temi dell'occupazione, dell'occupabilità (o della capacitazione) assumono, quindi, un rilievo centrale in vista della realizzazione del programma costituzionale, già definito "ergocentrico"<sup>8</sup>, in quanto

<sup>2</sup> M. CINELLI, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Franco Angeli, Milano, 1982.

<sup>3</sup> F. MANCINI, Sub art. 4, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 199 ss.

<sup>4</sup> M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino 2018; A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica alla modernità economica*, Giappichelli, Torino 2017.

<sup>5</sup> M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960.

<sup>6</sup> E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per di un "sistema integrato di microsistemi"*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 981 ss.

<sup>7</sup> S. RENGA, *NASpI e DIS-COLL tra assicurazione e solidarietà*, in G. CANAVESI, E. ALES (a cura di), *La tutela per la disoccupazione nelle trasformazioni del lavoro*, Macerata, Eum, Macerata, 2020; EAD., *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 77 ss. Ora anche EAD., *La tutela del reddito: chiave di volta per il lavoro sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

<sup>8</sup> E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per di un "sistema integrato di microsistemi"*, cit.

fondato, non solo retoricamente (art. 1 cost.), sul lavoro quale diritto che la Repubblica deve realizzare in termini di facilitazione dell'incontro tra domanda e offerta (art. 4, comma, 1 Cost.) e quale strumento principe di Sicurezza Sociale (art. 36 Cost.). Qualora, però, l'occupazione venga meno, non per scelta del lavoratore, e non ve ne sia altra disponibile sul mercato, è compito dello Stato garantire all'individuo i mezzi adeguati alle esigenze di vita (art. 38 comma, 2 Cost.), in una prospettiva che può apparire come strettamente monetaria ma che, invece, proprio nell'idea del sistema integrato di microsistemi, assume, anche e soprattutto, una dimensione legata ai servizi finalizzati alla realizzazione del diritto – dovere al lavoro.

Ciò non vuol dire ridurre o eliminare la componente monetaria dei mezzi adeguati ovvero le prestazioni di disoccupazione, ma fare in modo che essa assorba, giacché limitata nel tempo a fronte del celere reperimento di un'occupazione, un quantitativo ridotto delle risorse disponibili, la maggior parte delle quali dovrebbero essere destinate, invece, al finanziamento delle politiche e dei servizi per il lavoro. Si tratta, dunque, di instaurare un circuito virtuoso in forza del quale il lavoro retribuito torni a essere lo strumento principe di Sicurezza Sociale e le prestazioni di disoccupazioni solo una soluzione ponte tra un impiego e l'altro<sup>9</sup>.

Questa prospettazione non solo non implica il travaso di tutele dal rapporto al mercato ma persino lo sconsiglia, risultando evidente come il reperimento o la creazione di nuova occupazione costituisca, nel mercato del lavoro attuale, soprattutto italiano, una sfida estremamente difficile, la quale rende l'allentamento delle tutele nel rapporto un azzardo, sociale ed economico, visto che la permanenza prolungata nello stato di disoccupazione determina un costo insostenibile per il sistema di protezione sociale sia esso etero o autofinanziato<sup>10</sup>.

Non è un caso che il legislatore, ormai da tempo, abbia incluso tra

<sup>9</sup> E. ALES, *The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A holistic Approach to EU Social Commitment*, in *European Labour Law Journal*, 2017, p. 122 ss.

<sup>10</sup> Di flex/insecurity parla, condivisibilmente, L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.



i beneficiari delle politiche e dei servizi per il lavoro i soggetti a rischio di disoccupazione, per tali intendendo i titolari di trattamenti di integrazione salariale. Ciò a conferma della necessità di iniziare il complesso percorso di reinserimento ben prima del verificarsi della cessazione del rapporto.

Dal punto di vista del programma costituzionale, il collegamento tra le politiche e i servizi per il lavoro (art. 4 Cost.), da un lato, e la garanzia dei mezzi adeguati (art. 38 Cost.), dall'altro, alla luce dell'auspicato travaso di risorse che starebbe a significare un efficientamento dei primi e un conseguente ridimensionamento temporale della durata dei secondi, sostituiti, all'instaurarsi del nuovo rapporto di lavoro dalla retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.), rende ancor più attuale<sup>11</sup> un'interpretazione dell'adeguatezza non più meramente monetaria ma sistemica.

L'adeguatezza sistemica è fondata sul nesso, inscindibile e direttamente proporzionale in termini di efficacia, tra politiche, servizi e prestazioni monetarie, basato sul felice connubio tra diritto al lavoro, diritto a una retribuzione proporzionata e sufficiente, diritto ai mezzi adeguati; un connubio che trova il suo collante nel dovere al lavoro (art. 4, comma, 2 Cost.)<sup>12</sup>, inteso quale condizionamento delle prestazioni monetarie all'assenza di una proposta di lavoro congrua (v. infra); caratteristica che, se presente, ne dovrebbe determinare, invece, l'accettazione.

Obiettivo di questo saggio è di dare sostanza, attraverso l'analisi della normativa vigente, al concetto di adeguatezza sistemica, stabilendo un nesso tra gli art. 4 e 38, comma 2, Cost., indispensabile per evi-

<sup>11</sup> G. ALIBRANDI, *La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1977, p. 357 ss.

<sup>12</sup> Sul quale v., almeno, F. MANCINI, *Dovere e libertà di lavorare*, in ID., *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 91 ss.; C. ALESSI, *L'art. 4 della Costituzione e il diritto al lavoro*, in *Jus*, 2006, p. 127 ss.; C. PINELLI, "Lavoro" e "progresso" nella Costituzione, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 401; S. STACCA, *La costituzione «dimenticata» il dovere di lavorare per il progresso materiale o spirituale della società*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 29 ss.; A. TOPO, *Obbligo di lavorare e libertà di lavoro: quando lavorare è un dovere «sociale»*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro: Incentivi e sanzioni*, EUT, Trieste, 2016, p. 199 ss.

tare l'equivoco o la deriva nella quale lo stesso legislatore cade o si abbandona nel momento in cui, individuando il fondamento giuridico della rete dei servizi per le politiche del lavoro, richiama i "diritti al lavoro, alla formazione ed all'elevazione professionale previsti dagli articoli 1, 4, 35 e 37 della Costituzione ed il diritto di ogni individuo ad accedere a servizi di collocamento gratuito, di cui all'articolo 29 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"<sup>13</sup>, ignorando l'art. 38, comma 2, Cost. ma anche l'art. 34 della Carta stessa<sup>14</sup>.

Un equivoco o una deriva che potrebbero avere come conseguenza, costituzionalmente insostenibile, il già paventato trasferimento delle risorse dalle prestazioni monetarie a quelle in servizi prima che questi ultimi abbiano dimostrato la loro reale efficacia nella facilitazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, attraverso l'incremento della occupabilità e dell'occupazione.

L'insufficienza delle prestazioni monetarie e l'inefficacia di quelle in servizi porterebbero ad una dichiarazione di inadeguatezza sistemica che metterebbe a nudo la difficoltà del modello "ergocentrico" di far fronte a una condizione di disoccupazione prevalentemente strutturale la quale dovrebbe, quindi, essere aggredita piuttosto dalla parte dell'offerta che da quella della domanda di lavoro.

Nella prospettiva sistemica, i mezzi adeguati alle esigenze di vita del soggetto protetto (v. infra), devono essere intesi, quindi, non solo come risorse (benefits in cash) ma anche come strumenti (benefits in kind), secondo una distinzione tipica della visione transatlantica della Sicurezza Sociale<sup>15</sup>, anche in considerazione della condivisibile scelta operata dal legislatore, già a partire dal 2012, di condizionare l'erogazione del beneficio economico alla ricerca attiva da parte del titolare di un'occupazione. Ricerca facilitata, appunto, dai servizi per l'impiego.

<sup>13</sup> Art. 1, comma 3, d.lgs. n. 150 del 2021.

<sup>14</sup> Per un parallelismo tra art. 34 Carta e art. 38 Cost. v. E. ALES, *Sicurezza Sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana*, numero monografico di *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2008, p. 203 ss.

<sup>15</sup> E. ALES, *La sicurezza sociale nel Diritto Internazionale e nel diritto dell'Unione Europea*, in E. ALES, G. CANAVESI, D. CASALE, R. CASILLO, M. ESPOSITO, G. LUDOVICO, R. VIANELLO, *Diritto della Sicurezza Sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 33 ss.

La centralità dell'approccio sistemico ai mezzi adeguati trova ulteriore conferma in una delle più significative innovazioni introdotte dal legislatore ovvero l'inclusione dei collaboratori coordinati e continuativi nel microsistema di protezione sociale, oltre che per le prestazioni di vecchiaia (già nel 1995), anche per la tutela contro la disoccupazione (a partire dal 2012)<sup>16</sup>. Anche per loro, valgono le disposizioni che saranno oggetto d'analisi nel prosieguo e che collegano in maniera condizionante le prestazioni in denaro a quelle in servizi, in una logica che, quanto a realizzazione del programma costituzionale, giustifica il richiamo dell'art. 35 Cost., da leggere, però, in connessione non solo con l'art. 4 ma anche con l'art. 38, comma 2, all'esito di una estensione del concetto di lavoratore ivi contenuto alle collaborazioni coordinate e continuative.

Nella medesima prospettiva può essere inquadrata la scelta operata dal legislatore nel 2017 e confermata di recente<sup>17</sup>, di prevedere che i centri per l'impiego e gli organismi autorizzati alle attività di intermediazione in materia di lavoro si dotino di uno sportello dedicato al lavoro autonomo, anche stipulando convenzioni non onerose con gli ordini e i collegi professionali e le associazioni professionali di coloro che esercitano professioni non organizzate in ordini o collegi nonché con le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale dei lavoratori autonomi iscritti e non iscritti ad albi professionali<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> E. GHERA, *La tutela dei lavoratori parasubordinati disoccupati: dall'indennità una tantum al DIS-COLL*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 301, ss.

<sup>17</sup> "Al fine di migliorare l'accesso alle informazioni sul mercato e ai servizi personalizzati di orientamento, riqualificazione e ricollocazione dei lavoratori autonomi titolari di partita IVA, le misure di assistenza intensiva all'inserimento occupazionale del programma nazionale GOL sono riconosciute anche ai lavoratori autonomi che cessano in via definitiva la propria attività professionale." (art. 1, comma 251, l. n. 234 del 2021).

<sup>18</sup> Art. 10, comma 1, l. n. 81 del 2017; art. 1, comma 252, l. n. 234 del 2021. G. CANAVESI, *Mercato del lavoro, servizi per l'impiego e lavoro autonomo. Un gap culturale difficile da colmare*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 685 ss.; C. GARBUIO, *Lavoro autonomo e politiche attive e passive del lavoro: riflessioni in tempi di crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 122 ss.; D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore autonomo nel mercato del lavoro dopo la l. n. 81/2017*, in *Var. temi dir. lav.*, 2018, p. 645 ss.; S. GIUBBONI, *Il Jobs act del*

Si è in presenza di un'ulteriore estensione del concetto di lavoratore<sup>19</sup> contenuto nell'art. 38, comma 2, Cost., in attuazione del dettato dell'art. 35, comma 1, Cost. da leggersi in combinazione con l'art. 4, comma 1, Cost., in una logica di adeguatezza sistemica, la quale, tuttavia, percorre un binario diverso da quello della disoccupazione, non a caso mai richiamata nell'intervento del 2017. Ciò presumibilmente in considerazione della pluricommitenza che, contrariamente alle collaborazioni coordinate e continuative, a giudizio del legislatore, caratterizza il lavoro autonomo puro. A meno di non voler sostenere che l'attivazione dello sportello non abbia fundamentalmente una funzione promozionale dell'attività autonoma<sup>20</sup>. Occorre, tuttavia notare che, nel più recente intervento del 2021 "le misure di assistenza intensiva all'inserimento occupazionale del programma nazionale GOL" (v. infra) sono riconosciute anche ai lavoratori autonomi se cessano in via definitiva la propria attività professionale.

Che la scelta di non ricorrere alla nozione di disoccupazione non sia dettata da motivi tecnici ma da ragioni di politica del diritto, lo si evince dalla puntualità con la quale il legislatore e l'esecutivo hanno determinato, quando hanno voluto, i requisiti oggettivi e soggettivi di titolarità del Reddito di ultima istanza, riconosciuto, sotto forma di indennità, essenzialmente ai lavoratori autonomi, nonostante l'indicazione aperta ("lavoratori dipendenti o autonomi") contenuta nell'art. 44 d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Il legislatore, infatti, individua, oltre che nella cessazione, nella riduzione o sospensione dell'attività le condizioni che attribuiscono la titolarità del sostegno al reddito, intendendosi per tali, nella decretazioni ministeriale, rispettivamente, la "chiusura della partita IVA" e la "comprovata riduzione di almeno il 33% del reddito del primo trimestre 2020, rispetto al reddito del primo trimestre 2019, individuato secondo il principio di cassa come dif-

*lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 471 ss.; F. OLIVELLI, *Le tutele sociali del collaboratore autonomo nella l. n. 81/2017*, in *Var. temi dir. lav.*, 2018, p. 761 ss.

<sup>19</sup> Sul punto, in generale e per tutti, A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021.

<sup>20</sup> G. CANAVESI, *Le tutele per i lavoratori autonomi*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, p. 587 ss.

ferenza tra i ricavi e i compensi percepiti e le spese sostenute nell'esercizio dell'attività"<sup>21</sup>.

D'altro canto, lo sportello dedicato "raccolge le domande e le offerte di lavoro autonomo, fornisce le relative informazioni ai professionisti ed alle imprese che ne facciano richiesta, fornisce informazioni relative alle procedure per l'avvio di attività autonome e per le eventuali trasformazioni e per l'accesso a commesse ed appalti pubblici, nonché relative alle opportunità di credito e alle agevolazioni pubbliche nazionali e locali"<sup>22</sup>. Lo sportello, quindi, da un lato, va oltre la facilitazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, nucleo essenziale d'azione dei servizi per l'impiego, dall'altro non offre opportunità formative, come tipico, invece, di questi ultimi.

La situazione potrebbe risultare modificata all'esito del già richiamato riconoscimento delle "misure di assistenza intensiva all'inserimento occupazionale del programma nazionale GOL ai lavoratori autonomi che cessano in via definitiva la propria attività professionale", derivando la cessazione stessa da una scelta, definitiva appunto, che li colloca in una condizione diversa da quella di disoccupazione generica, involontaria per antonomasia<sup>23</sup>. Si tratterebbe, quindi, di una nuova e diversa categoria di disoccupazione, potremmo dire transizionale, dal lavoro autonomo a quello subordinato, il quale, al di là delle possibili deviazioni in termini di stimolo all'autoimprenditorialità, sembra comunque costituire l'obiettivo principale di GOL.

Tuttavia, per quanto riguarda il lavoro autonomo, occorre non trascurare che nello svolgimento delle attività affidate allo sportello, "i centri per l'impiego, al fine di fornire informazioni e supporto ai lavoratori autonomi con disabilità, si avvalgono dei servizi per il collocamento mirato (...)" (art. 10, comma 4, l. n. 81 del 2017). Così prevedendo, il legislatore riconosce l'importanza della riqualificazione anche per il lavoratore autonomo, seppure nella particolare condizione di disabilità.

In palese contraddizione rispetto all'adeguatezza sistemica, si po-

<sup>21</sup> DD.MM. 28 marzo e 29 maggio 2020.

<sup>22</sup> Art. 10, comma 3, l. n. 81 del 2017.

<sup>23</sup> Sulla nozione di involontarietà della disoccupazione, v. Corte cost. 28 maggio 1974, n. 160.

ne, infine, l'apposizione, diventata immancabile, della clausola di invarianza finanziaria che impone di provvedere agli adempimenti appena illustrati “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente”<sup>24</sup>, ignorando il fatto che, esercitando competenze diverse da quelle già attribuite ai centri per l'impiego, lo sportello dedicato necessiterebbe di risorse, se non altro umane, aggiuntive e specializzate all'esito di una formazione specifica, difficilmente ottenibile a costo zero.

## 2. L'adeguatezza sistemica e la condizione di disoccupazione attuale e potenziale

La centralità dell'adeguatezza sistemica e, quindi, anche delle prestazioni in servizi, emerge con chiarezza dalla stessa definizione di disoccupato<sup>25</sup>. Tale, infatti, viene considerato dal legislatore il soggetto privo di impiego che dichiara, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro, “la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla *partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego*”<sup>26</sup>.

Sono i centri per l'impiego i destinatari della dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro con la quale ha inizio il percorso del disoccupato, involontario o volontario, subordinato, autonomo coordinato o autonomo puro (sebbene tramite lo sportello dedicato, sul diverso binario che non garantisce una prestazione monetaria); sono sempre loro che devono essere contattati dal disoccupato a conferma del proprio stato; sono ancora loro che devono convocare il disoccu-

<sup>24</sup> Art. 10, comma 5, l. n. 81 del 2017.

<sup>25</sup> Sull'evoluzione della quale v. D. GAROFALO, *La tutela della disoccupazione tra sostegno al reddito e incentivo alla ricollocazione*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (dir.), *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. VI, 2012, Cedam, Padova, p. 544 ss. e P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, cit., p. 53 ss.

<sup>26</sup> Art. 19, d.lgs. n. 150 del 2015.

pato nel caso questi manchi di contattarli “per la profilazione e la stipula di un patto di servizio personalizzato” entro il termine stabilito<sup>27</sup>.

Il medesimo percorso dovranno seguire i lavoratori, occupati, il cui reddito da lavoro dipendente o autonomo corrisponda a un’imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell’art. 13 del T.U.I.R., equiparati ai disoccupati dall’art. 4, comma 15-*quater*, d.l. n. 4 del 2019<sup>28</sup>. Ciò a conferma del fatto che il concetto stesso di disoccupazione subisce un’estensione incompatibile con una nozione di adeguatezza dei mezzi meramente monetaria, ricomprendendo il piano della efficacia dei servizi per l’impiego nell’offrire non solo nuova occupazione a coloro che ne siano privi ma anche un’occupazione di qualità più elevata per coloro che sono inseriti nel mercato del lavoro in una condizione (valutata dallo stesso legislatore) di insufficienza retributiva. Rimane solo da comprendere come si coordini l’indicazione contenuta nell’art. 4, comma 15-*quater*, d.l. n. 4 del 2019 con quella relativa allo sportello dedicato in caso di lavoro autonomo di cui all’art. 10, comma 1, l. n. 81 del 2017.

D’altronde, con approccio non molto diverso da quello appena evidenziato, il legislatore ha previsto che “i lavoratori dipendenti per i quali la riduzione di orario connessa all’attivazione di una procedura di sospensione o riduzione dell’attività lavorativa per integrazione salariale, contratto di solidarietà, o intervento dei fondi di solidarietà di (...), sia superiore al 50 per cento dell’orario di lavoro, calcolato in un periodo di dodici mesi, devono essere convocati in orario compatibile con la prestazione lavorativa, dal centro per l’impiego (...) per stipulare il patto di servizio personalizzato”<sup>29</sup>.

Si è, quindi, in presenza di un’ulteriore estensione del concetto di disoccupazione che, oltre a comprendere coloro che sono in cerca di nuova occupazione e coloro che, pur essendo occupati, ricevono trattamenti economici insufficienti, include anche lavoratori a rischio di

<sup>27</sup> Art. 20, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2015. Sulla centralità dell’amministrazione per il lavoro v. B.G. MATTARELLA, *Lavoro (voce)*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (dir.), *Le funzioni amministrative*, in *Encomma Dir. - I tematici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2022.

<sup>28</sup> Ma già dall’art. 3, comma 3, d.lgs. n. 147 del 2017. Sul punto v. *infra*.

<sup>29</sup> Art. 22, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2015.

disoccupazione, come testimoniato dal loro inserimento in programmi d'integrazione salariale, sull'efficacia dei quali non si può fare affidamento nella prospettiva della conservazione del posto di lavoro.

Se, dunque, la definizione di disoccupazione ai fini della titolarità delle prestazioni in servizi prescinde dalla natura involontaria della disoccupazione stessa, la titolarità delle prestazioni monetarie, invece, la richiede, come emerge con chiarezza per NASpI<sup>30</sup> e DIS-COLL<sup>31</sup>, entrambe attribuite a coloro che abbiano perduto involontariamente la loro occupazione. Non deve, tuttavia, sfuggire il collegamento esistente, anche nel caso specifico della disoccupazione involontaria, tra titolarità della prestazione monetaria e prestazioni in servizi, equivalendo la domanda di NASpI o DIS-COLL, resa dall'interessato all'INPS, alla dichiarazione di immediata disponibilità, trasmessa, però, dall'INPS all'ANPAL, ai fini dell'inserimento nel sistema informativo unitario delle politiche del lavoro<sup>32</sup>.

Nel caso 'classico' della disoccupazione involontaria, la richiesta delle prestazioni monetarie trasforma, quindi, la fruizione di quelle in servizi da diritto del disoccupato in condizione (onere) per l'erogazione della NASpI e della DIS-COLL, in un meccanismo che, proprio nella logica della adeguatezza sistemica, subordina il beneficio economico alla disponibilità immediata di colui che lo riceve "allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego"<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 22 del 2015.

<sup>31</sup> Art. 15, comma 1, d.lgs. n. 22 del 2015.

<sup>32</sup> Art. 21, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2015. Lo stesso doveva dirsi, per il Reddito di cittadinanza: "La domanda di Rdc resa dall'interessato all'INPS per sé e tutti i componenti maggiorenni del nucleo (...) tenuti agli obblighi connessi alla fruizione del Rdc (...) equivale a dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro, ed è trasmessa dall'INPS all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL), ai fini dell'inserimento nel sistema informativo unitario delle politiche del lavoro. La domanda di Rdc che non contiene le dichiarazioni di immediata disponibilità al lavoro di cui al presente, è improcedibile." (art. 4 comma 4, d.l. n. 4 del 2019 come sostituito dall'art. 1, comma 74, lett. c), n. 1, l. n. 234 del 2021). Da sottolinearsi, tuttavia, l'incertezza della tecnica legislativa non risultando compatibile l'affermazione di equivalenza della domanda alla dichiarazione con quella dell'improcedibilità della domanda stessa nel caso non contenga la dichiarazione.

<sup>33</sup> Art. 19, d.lgs. n. 150 del 2015.



Tuttavia, come già evidenziato, l'adeguatezza sistemica per essere tale non può sopportare prestazioni *in cash* che non siano in grado di garantire, nel loro (si spera breve) periodo di fruizione, i mezzi adeguati nell'accezione 'classica' della sostituzione del reddito da lavoro percepito al momento della cessazione involontaria del rapporto. Nella loro quantificazione, quindi, si ripropone l'annoso problema del rapporto tra sufficienza (art. 36 Cost.) e adeguatezza (art. 38 Cost.) che non può e non deve essere affrontato qui in linea teorica<sup>34</sup> ma analizzato in concreto rispetto alle prestazioni di disoccupazione e alla loro 'morfologia', per tale intendendosi i requisiti d'accesso, le modalità di determinazione dell'ammontare e la durata.

Anticipando i risultati dell'analisi che segue, si può dire che sufficienza previdenziale, intesa come mantenimento del tenore di vita scaturito dall'ultimo rapporto di lavoro, e adeguatezza, letta come scelta da parte del legislatore del meccanismo di finanziamento (assicurativo o budgetario) e dell'importo della prestazione, coesistono fino a confondersi in un *mix* tra ancoraggio agli elementi costitutivi del rapporto: tipologia, retribuzione, durata, assicurazione e contribuzione, da un lato; fissazione di importi massimi, dall'altro. Quest'ultima finalizzata, con tutta evidenza, a rendere le prestazioni monetarie meno appetibili dell'ultima retribuzione, di modo da stimolare il beneficiario nella ricerca di una nuova occupazione congrua in termini qualitativi e quantitativi.

### *3. Adeguatezza sistemica, Sicurezza Sociale e politiche di attivazione e di inclusione sociale: dal Reddito di Inclusione al Reddito di Cittadinanza*

L'occupazione o anche la sua ricerca attiva, a seguito della sua perdita involontaria, caratterizzano il programma costituzionale ergo-centrico, fondato sul lavoro come strumento principe, se non esclusivo, di Sicurezza Sociale, considerato che il "mantenimento e l'assistenza sociale" sono garantiti esclusivamente al "cittadino inabile

<sup>34</sup> Sul punto si rinvia a G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 765 ss.

al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere” (art. 38, comma 1, Cost.).

Non deve, quindi, sorprendere che, quando il legislatore, dopo vari interventi preparatori<sup>35</sup>, nel 2017 ha deciso di introdurre “una misura nazionale di contrasto della povertà (...) e dell’esclusione sociale (...) denominata reddito di inclusione” (d’ora in avanti ReI), l’ha esplicitamente concepita come attuazione dell’art. 3, comma 2, Cost. ovvero finalizzata a “contribuire a rimuovere gli ostacoli economici e sociali che limitano la libertà e l’eguaglianza dei cittadini e il pieno sviluppo della persona, di contrastare la povertà e l’esclusione sociale e di ampliare le protezioni fornite dal sistema delle politiche sociali per renderlo più adeguato rispetto ai bisogni emergenti e più equo e omogeneo nell’accesso alle prestazioni (...)”<sup>36</sup>.

Nel far ciò il legislatore ha ommesso il riferimento alla “effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”, quale obiettivo principe della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, enfatizzando, invece, la categoria del cittadino come beneficiario dell’azione della Repubblica, a prescindere dalla sua condizione di lavoratore o di disoccupato involontario in cerca di occupazione.

Nella legislazione del 2017, l’evento protetto diventa, quindi, la povertà, intesa come “impossibilità di disporre dell’insieme dei beni e dei servizi necessari a condurre un livello di vita dignitoso”; non, però, del singolo individuo (come sembrava lasciare intendere la legge delega) ma quale condizione del nucleo familiare (come, invece, espressamente affermato dal decreto legislativo di attuazione)<sup>37</sup>. Alla lotta alla

<sup>35</sup> Art. 1, commi 386-390, l. 28 dicembre 2015 n. 208; sul tema v., almeno, P. BOZZAO, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 589 ss.; EAD., *Reddito di base e cittadinanza attiva nei nuovi scenari del welfare*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, p. 325 ss.; S. SACCHI, *I nodi critici dell’attuazione di uno schema di reddito minimo in Italia: alcune proposte*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 247 ss.; M. VINCIERI, *Verso la tutela della povertà: l’ipotesi del reddito di inclusione*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 306 ss.

<sup>36</sup> Art. 1, comma 1, l. 15 marzo 2017, n. 33.

<sup>37</sup> Sul punto e sul ReI, v., almeno, A. ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull’attuazione della legge n. 33/2017*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, p. 430 ss.; R. CASILLO, *Reddito di inclusione e figure affini: una prospettiva di diritto della sicurezza*

povertà e all'esclusione sociale che ne deriva è, dunque, destinato il ReI. Tuttavia, la titolarità di quest'ultimo risulta condizionata non solo alla prova dei mezzi ma anche "all'adesione a un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa"<sup>38</sup>.

Non a caso, il legislatore, oltre ai requisiti di residenza e di soggiorno, alla condizione economica, al godimento di beni durevoli e ad altri indicatori del tenore di vita, richiede, seppure in via alternativa, che nel nucleo familiare, al momento della richiesta, sia presente "almeno un lavoratore di età pari o superiore a 55 anni, che si trovi in stato di disoccupazione per licenziamento, anche collettivo, dimissioni per giusta causa o risoluzione consensuale (...) ed abbia cessato, da almeno tre mesi, di beneficiare dell'intera prestazione per la disoccupazione, ovvero, nel caso in cui non abbia diritto di conseguire alcuna prestazione di disoccupazione per mancanza dei necessari requisiti, si trovi in stato di disoccupazione da almeno tre mesi"<sup>39</sup>.

Quanto allo stato di disoccupazione, il legislatore richiama la definizione contenuta nell'art. 19 d.lgs. n. 150 del 2015, alla quale aggiunge, però, gli occupati il cui reddito da lavoro dipendente o autonomo corrisponda a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell'art. 13 del T.U.I.R.<sup>40</sup>, equiparando, così, in maniera innovativa, la mancanza di lavoro al lavoro di scarsa qualità (economica) e introducendo nell'ordinamento giuridico, probabilmente senza la dovuta enfasi, il concetto di lavoratore povero, la cui attività, subordinata o autonoma che sia, non consente un'esistenza dignitosa.

In questa prospettiva, la fruizione del ReI "è compatibile con lo svolgimento di attività lavorativa da parte di uno o più componenti il nucleo familiare", a condizione che non vengano superati i requisiti reddituali fissati dal legislatore ovvero, verrebbe da dire, che il lavoro svolto sia di scarsa qualità<sup>41</sup>.

*sociale*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, p. 491 ss.; E. MURRA, *Garantire la sussistenza. Povertà, ReI e il futuro del welfare*, in *Citt. europea*, 2018, p. 137 ss.

<sup>38</sup> Art. 2, comma 2, d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>39</sup> Art. 3, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>40</sup> Art. 3, comma 3, d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>41</sup> Art. 2, comma 8, e art. 11 d.lgs. n. 147 del 2017.

D'altro canto, analizzando il percorso che porta alla definizione del progetto personalizzato e le caratteristiche di quest'ultimo, emerge ancora una volta con chiarezza la rilevanza del lavoro quale strumento principale di Sicurezza Sociale, declinata dal legislatore in termini di "contrasto alla povertà e all'esclusione sociale"<sup>42</sup>.

Se, infatti, l'accesso al ReI avviene "previa valutazione multidimensionale finalizzata ad identificare i bisogni del nucleo familiare e dei suoi componenti, tenuto conto delle risorse e dei fattori di vulnerabilità del nucleo, nonché dei fattori ambientali e di sostegno presenti", oltre alle condizioni e funzionamenti personali e sociali, alla situazione economica, all'educazione, istruzione e formazione, alla condizione abitativa, alle reti familiari, di prossimità e sociali, oggetto d'analisi è anche la *situazione lavorativa e il profilo di occupabilità* dei loro componenti<sup>43</sup>.

Inoltre, qualora dall'analisi preliminare – nella quale, insieme al successivo "quadro d'analisi approfondito", è organizzata la valutazione multifunzionale – "la situazione di povertà emerga come esclusivamente connessa alla *sola dimensione della situazione lavorativa, il progetto personalizzato* è sostituito dal *patto di servizio*, di cui all'articolo 20 del decreto legislativo n. 150 del 2015, ovvero dal *programma di ricerca intensiva di occupazione*, di cui all'articolo 23 del medesimo decreto legislativo (...), redatti per ciascun membro del nucleo familiare abile al lavoro non occupato"<sup>44</sup>.

La sostituzione del progetto personalizzato con il patto di servizio<sup>45</sup> o con il programma di ricerca intensiva di occupazione non esclude il nucleo dalla titolarità del ReI. Infatti, una volta stipulato, "il patto è comunicato ai competenti servizi dell'ambito territoriale per le successive comunicazioni all'INPS ai fini della erogazione del ReI"<sup>46</sup>. E lo stesso si suppone avvenga nel caso di predisposizione del programma di ricerca intensiva di occupazione.

<sup>42</sup> Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>43</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>44</sup> Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>45</sup> Sul quale V. FILÌ, *Il patto di servizio personalizzato*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, cit. p. 180 ss.

<sup>46</sup> Art. 5, comma 6, d.lgs. n. 147 del 2017.

Peraltro, laddove dall'analisi preliminare la situazione di povertà emerge come connessa anche alle altre dimensioni sopra elencate<sup>47</sup> e si renda, dunque, necessario elaborare il “quadro d'analisi approfondito”, l'*equipe* multidisciplinare chiamata a occuparsene è “composta da un operatore sociale identificato dal servizio sociale competente e da altri operatori afferenti alla rete dei servizi territoriali, identificati dal servizio sociale a seconda dei bisogni del nucleo più rilevanti emersi a seguito dell'analisi preliminare, con particolare riferimento ai *servizi per l'impiego, la formazione (...)*”.

Rinviando a quanto detto altrove sul patto di servizio<sup>48</sup> e sul programma di ricerca intensiva di occupazione, occorre qui sottolineare che il progetto personalizzato, sottoscritto da parte di ciascun componente del nucleo familiare, “individua, sulla base dei fabbisogni del nucleo familiare come emersi nell'ambito della valutazione multidimensionale: a) gli obiettivi generali e i risultati specifici che si intendono raggiungere in un percorso volto al superamento della condizione di povertà, *all'inserimento o reinserimento lavorativo* e all'inclusione sociale; b) i sostegni, in termini di specifici interventi e servizi, di cui il nucleo necessita, oltre al beneficio economico connesso al ReI; c) gli impegni a svolgere specifiche attività, a cui il beneficio economico è condizionato, da parte dei componenti il nucleo familiare”<sup>49</sup>.

E proprio i sostegni “includono gli interventi e i servizi sociali per il contrasto alla povertà (...), nonché gli interventi afferenti alle politiche del lavoro [e] della formazione (...)”, di tal che “i beneficiari del ReI accedono, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente, all'assegnazione di ricollocazione, di cui all'articolo 23 del decreto legislativo n. 150 del 2015”<sup>50</sup>.

Lo stesso può osservarsi per gli “impegni a svolgere specifiche attività”, che sono dettagliati nel progetto personalizzato con riferimento, tra l'altro, agli “*atti di ricerca attiva di lavoro e disponibilità alle attività*”

<sup>47</sup> Per un approccio originale al tema, v. B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel Diritto Amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 359 ss.

<sup>48</sup> Ma, già da subito, v. l'intuizione di A. VISCOMI, *Servizi per l'impiego: i «patti di servizio»*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 63 ss.

<sup>49</sup> Art. 6, comma 2, d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>50</sup> Art. 6, comma 4, d.lgs. n. 147 del 2017.

di cui all'articolo 20, comma 3, del decreto legislativo n. 150 del 2015", rimandando, a tal fine, il progetto personalizzato "al patto di servizio stipulato ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo n. 150 del 2015 ovvero al programma di ricerca intensiva di occupazione, di cui all'articolo 23 del medesimo decreto legislativo" redatto, laddove si rendano opportune integrazioni, "in accordo con i competenti centri per l'impiego"<sup>51</sup>.

Di qui la considerazione che, anche laddove il legislatore abbia voluto tentare una via 'nuova' alla Sicurezza Sociale, diversa da quella basata sull'approccio ergocentrico *tout court*, fondato sugli art. 4, 35, 36 e 38, comma 2, Cost.<sup>52</sup>, sia stato costretto a recuperare proprio quell'approccio, in considerazione della logica di attivazione al lavoro sottesa, ormai da decenni<sup>53</sup>, a qualsiasi strumento di sostegno al reddito, pensato, appunto come trampolino di lancio verso una condizione di inclusione sociale ottenuta, comunque, attraverso il lavoro, preferibilmente remunerato.

Il collegamento tra politiche di lotta alla povertà e, quindi, di inclusione sociale, che spesso si sostanziano in programmi di attivazione sul mercato del lavoro, e politiche per l'occupazione di "lavoratori" in cerca di nuova occupazione, costituito dalla presa in carico dei beneficiari da parte dei servizi pubblici preposti, consente, quindi, di ritenere esteso il principio di adeguatezza sistemica, derivato dall'art. 38, comma 2, Cost., anche alle prime. Sia per quanto concerne il "beneficio economico" che le prestazioni in servizi del ReI, colmando, così un

<sup>51</sup> Art. 5, lett. b), d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>52</sup> Sul punto v. anche G.G. BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 575 ss.

<sup>53</sup> La letteratura sul tema è sconfinata: v., almeno, A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel «welfare attivo» e nei «mercati del lavoro transizionali»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 555 ss.; E. ALES, *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, p. 251 ss.; E. DERMINE, D. DUMONT (eds.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work, Work & Society*, vol. 79, Berna, Peter Lang, 2015.; E. EICHENHOFER, *Diritti sociali e benefici condizionati. I diritti sociali fondamentali alla prova delle nuove forme di regolamentazione e gestione*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 525 ss.; M. FREEDLAND, N. COUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 557 ss.; A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, Maggioli, Rimini, 2013.

vuoto, quello del sostegno ai poveri e ai socialmente esclusi, che costituisce il retaggio negativo dell'approccio ergocentrico *tout court* utopisticamente adottato in costituzione.

La necessità di uno strumento di sostegno del reddito finalizzato e funzionalizzato all'inclusione sociale mediante l'inserimento nel mercato del lavoro anche di coloro che non possono dirsi tecnicamente disoccupati e sono, quindi, esclusi, per espressa dichiarazione di incompatibilità da parte del legislatore<sup>54</sup> dalle prestazioni in *cash* messe a disposizione per questi ultimi, costituisce un passo fondamentale verso un'attuazione attualizzata del dettato costituzionale.

A questa ricostruzione si potrebbe facilmente obiettare che ogni riferimento al ReI risulta superato dalla sua abrogazione da parte del d.l. n. 4 del 2019 che ha introdotto il Reddito di Cittadinanza (d'ora in avanti Rdc). Una simile obiezione, tuttavia, non terrebbe conto degli elementi di continuità riscontrabili tra i due interventi, ReI e Rdc, proprio nella prospettiva della centralità del lavoro quale strumento principe di Sicurezza Sociale, depurata, tuttavia, da ogni riferimento alla povertà, volutamente bandita dal lessico legislativo in quanto ottimisticamente dichiarata vinta sul versante politico<sup>55</sup>.

Anzi, si potrebbe dire che con il Rdc il legislatore abbia perfezionato il nesso finalizzatore e funzionalizzante tra sostegno al reddito e inclusione sociale mediante l'inserimento del beneficiario nel mercato del lavoro, dal momento che lo intende come “misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale (...) attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro.”.

D'altro canto, dichiarando il Rdc “compatibile con il godimento della NASpI e della DIS-COLL e di altro strumento di sostegno al reddito per la disoccupazione involontaria”, rendendo gli emolumenti

<sup>54</sup> Art. 3, comma 4, d.lgs. n. 147 del 2017.

<sup>55</sup> Sul Rdc e sul suo rapporto con il ReI v., almeno, A. SOMMA, *Contrasto della povertà e politiche attive del lavoro: reddito di cittadinanza, reddito minimo garantito e regime delle condizionalità*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, p. 433; C. TRIPODINA, *Ius existientiae e reddito minimo garantito: a che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione e Reddito di cittadinanza a confronto*, in *Citt. europea*, 2018, p. 34 ss.

percepiti rilevanti, secondo quanto previsto dalla disciplina dell'ISEE, ai fini del diritto al beneficio e della definizione dell'ammontare del medesimo<sup>56</sup>, escludendo dal diritto al Rdc “il componente del nucleo familiare disoccupato a seguito di dimissioni volontarie, nei dodici mesi successivi alla data delle dimissioni, fatte salve le dimissioni per giusta causa”<sup>57</sup>, il legislatore consolida il nesso di cui sopra.

A conferma di ciò sta la previsione secondo la quale “l'erogazione del Rdc è condizionata alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni (...) nonché all'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni individuati dai servizi competenti finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale”<sup>58</sup>.

La previsione della dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte di tutti i componenti maggiorenni del nucleo familiare del richiedente quale requisito di accesso al Rdc, pone l'inserimento lavorativo quale fine primario dello stesso anche se non lo assolutizza. Ciò è dimostrato sia dalle molteplici possibili esclusioni ed esoneri (componenti con disabilità, con carichi di cura, occupati in lavori di scarsa qualità, frequentatori di corsi di formazione) sia dalla rilevanza comunque riconosciuta alle “particolari criticità in relazione alle quali sia difficoltoso l'avvio di un percorso di inserimento al lavoro”. In

<sup>56</sup> Art. 2, comma 8, d.l. n. 4 del 2019.

<sup>57</sup> Art. 2, comma 3, d.l. n. 4 del 2019.

<sup>58</sup> Art. 4, comma 1, d.l. n. 4 del 2019. Non è chiaro come si possa conciliare questa disposizione originaria con quella introdotta dal legislatore del 2021 secondo la quale “la domanda di Rdc resa dall'interessato all'INPS per sé e tutti i componenti maggiorenni del nucleo (...) tenuti agli obblighi connessi alla fruizione del Rdc (...) equivale a dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro, ed è trasmessa dall'INPS all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL), ai fini dell'inserimento nel sistema informativo unitario delle politiche del lavoro. La domanda di Rdc che non contiene le dichiarazioni di immediata disponibilità al lavoro di cui al presente comma è improcedibile.” (art. 4 comma 4 come sostituito dall'art. 1 comma 74, lett. c) n. 1 l. n. 234 del 2021. Sull'assenza di coerenza interna della nuova disposizione v. *infra*.



questo caso, l'operatore del centro per l'impiego, motivando la propria determinazione, "invia il richiedente ai servizi comunali competenti per il contrasto della povertà, che si coordinano a livello di ambito territoriale, per la *valutazione multidimensionale*"<sup>59</sup>, confermata anche nell'ambito del Rdc<sup>60</sup>.

Tuttavia, non si può non sottolineare come il legislatore abbia voluto anche lessicalmente rimarcare la centralità dell'inserimento lavorativo, rinominando, "ai fini del Rdc e ad ogni altro fine", il "patto di servizio" in "Patto per il lavoro", imponendone la sottoscrizione a tutti i beneficiari non esclusi o esonerati dalla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro<sup>61</sup>.

D'altro canto, anche l'espressione "progetto personalizzato", utilizzata, come visto, nel d.lgs. n. 147 del 2017, viene sostituita da "Patto per l'inclusione sociale" che, però, "assume le caratteristiche del progetto personalizzato" e include "oltre agli interventi per l'accompagnamento all'inserimento lavorativo, ove opportuni e fermo restando gli obblighi di cui al comma 8, gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà di cui all'articolo 7 del decreto legislativo n. 147 del 2017"<sup>62</sup>, che, conseguentemente, si intendono riferiti al Rdc. Gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà sono comunque attivati, ove opportuni e richiesti, anche in favore dei beneficiari che sottoscrivono il *Patto per il lavoro*"<sup>63</sup>.

L'osmosi tra elementi del Patto per il lavoro e del Patto per l'inclusione sociale conferma l'idea di un sistema integrato di micro-sistemi finalizzato e funzionalizzato alla lotta alla povertà e all'esclusione sociale attraverso l'inserimento lavorativo ma attento anche a non sot-

<sup>59</sup> Art. 4, comma 5-*quarter*, d.l. n. 4 del 2019.

<sup>60</sup> Art. 4, comma 11, d.l. n. 4 del 2019.

<sup>61</sup> Art. 4, comma 7, d.l. n. 4 del 2019.

<sup>62</sup> Ovvero il segretariato sociale; il servizio sociale professionale per la presa in carico, inclusa la componente sociale della valutazione multidimensionale; i tirocini finalizzati all'inclusione sociale, all'autonomia delle persone e alla riabilitazione; il sostegno socio-educativo domiciliare o territoriale, incluso il supporto nella gestione delle spese e del bilancio familiare; l'assistenza domiciliare socio-assistenziale e servizi di prossimità; il sostegno alla genitorialità e servizio di mediazione familiare; il servizio di mediazione culturale; il servizio di pronto intervento sociale.

<sup>63</sup> Art. 4, comma 13, d.l. n. 4 del 2019.

tovalutare quegli elementi che rendono l'inserimento stesso difficoltoso e che richiedono uno sforzo supplementare da parte dei servizi sociali, chiamati ad affiancare i servizi per l'impiego. Si tratta di quella visione olistica della Sicurezza Sociale che richiede una notevole dose di adeguatezza sistemica sia in termini di risorse ovvero di prestazioni monetarie che di strumenti ovvero di servizi.

Il Rdc, inteso quale 'sistema integrato di prestazioni sociali', si inserisce a pieno titolo nel rapporto sinergico tra norme costituzionali (art. 3 comma 2, 4, 35, 36 e 38), sostanziandolo, e consentendo di superare la dicotomia cittadino – lavoratore ancora rinvenibile nel ReI, per giungere a una considerazione integrata e integrale dell'essere umano, il quale possa realisticamente costruirsi, attraverso il lavoro, un'esistenza libera e dignitosa, disponendo, comunque, di mezzi adeguati alle esigenze di vita nelle situazioni di bisogno<sup>64</sup>.

Pur non potendosi, di per sé, qualificare come prestazione di disoccupazione, anche il Rdc concorre alla realizzazione dell'adeguatezza sistemica nell'ambito dell'occupazione quale strumento di inclusione sociale. Di conseguenza, anche il "beneficio economico" e i Patti per il lavoro e per l'inclusione sociale, nei quali esso si sostanzia, andranno inseriti nell'analisi che segue, la quale si prefigge l'obiettivo di verificare se il sistema di protezione sociale vigente garantisca o no, in concreto, l'adeguatezza sistemica sia in termini di risorse che di strumenti.

<sup>64</sup> Sul Rdc, le valutazioni sono abbastanza polarizzate. La letteratura è sconfinata ma v., almeno, P. BOZZAO, *Reddito di cittadinanza e laboriosità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 1 ss.; A. D'ALOIA, G. AGOLINO, *Il reddito di cittadinanza nel sistema costituzionale di protezione sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, p. 333 ss.; S. GIUBBONI, *Il reddito di cittadinanza tra diritto e politica*, in *Citt. europea*, 2019, p. 77 ss.; P. PASCUCI, *Note critiche sparse a margine del reddito di cittadinanza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 273 ss.; G. A. RECCHIA, *Il reddito di cittadinanza nel prisma delle relazioni industriali*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 12 ss.; C. SALAZAR, *'Reddito di cittadinanza', 'reddito minimo garantito' e Costituzione: notazioni sparse (e qualche perplessità)*, in *Citt. europea*, 2019, p. 107 ss.; L. VALENTE, *Reddito di cittadinanza e politiche attive per il lavoro, oggi*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, p. 373 ss. Da ultimo ma non per ultimo, in una prospettiva più ampia, v. S. CAFFIO, *Povertà, reddito e occupazione*, ADAPT University Press, 2023.

Anche a questa ricostruzione si potrebbe facilmente obiettare che ogni riferimento al Rdc risulta superato dalla sua abrogazione e dalla sua sostituzione, a partire dal 1° gennaio 2024, con l'Assegno di Inclusione (d'ora in avanti AdI) ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, comma 318, l. 29 dicembre 2022, n. 197 e dell'art. 1, comma 1, d.l. 4 maggio 2023, n. 48. Ancora una volta, una simile obiezione, tuttavia, non terrebbe conto degli elementi di continuità riscontrabili tra Rdc e AdI, nella prospettiva della centralità del lavoro quale strumento principe di Sicurezza Sociale, con il recupero, però, della lotta alla povertà, evidentemente non sconfitta, come obiettivo da affiancare alla realizzazione dell'inclusione sociale.

#### *4. Dal Reddito di Cittadinanza all'Assegno di Inclusione: la tensione tra la dimensione individuale e familiare del bisogno*

Con l'appena citata l. n. 197 del 2022, prima legge di bilancio della nuova legislatura, si prevede che, “nelle more di un'organica riforma delle misure di sostegno alla povertà e di inclusione attiva”, il Rdc è riconosciuto nel limite massimo di sette mensilità e comunque non oltre il 31 dicembre 2023.

Detto limite temporale non si applica, tuttavia, per i percettori i quali, prima della scadenza dei sette mesi, siano stati presi in carico dai servizi sociali, in quanto non attivabili al lavoro. Per questi ultimi, “i servizi sociali comunicano all'INPS, entro il 30 giugno 2023, l'avvenuta presa in carico, ai fini del prosieguo della percezione del reddito di cittadinanza fino al 31 dicembre 2023”.<sup>65</sup> Il limite delle sette mensilità non applica, inoltre, ai nuclei familiari al cui interno vi siano persone con disabilità,<sup>66</sup> minorenni o persone con almeno sessant'anni di età<sup>67</sup>.

Sin da subito si evidenzia, nel nuovo disegno legislativo in embrione, una sempre più forte tensione tra titolarità individuale del benefico

<sup>65</sup> Art. 1, comma 313.

<sup>66</sup> Come definite ai sensi del regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2013, n. 159.

<sup>67</sup> Art. 1, comma 314.

e riferimento dello stesso all'intero nucleo familiare, tensione potenzialmente foriera di non pochi dubbi nella attribuzione dei benefici e delle responsabilità, dalla quale emerge, comunque, una nuova o rinnovata centralità della famiglia quale soggetto attivo del sistema di Sicurezza Sociale. Tensione che si conferma nella ribadita necessità (vagamente confessoria del fallimento attuale) dell'inserimento, a decorrere dal 1° gennaio 2023, dei soggetti tenuti agli obblighi di attivazione previsti dall'art. 4 d.l. n. 4 del 2019 "in una misura di politica attiva", la mancata frequenza della quale determina la decadenza dal diritto alla prestazione del nucleo familiare del beneficiario del Rdc<sup>68</sup>.

Peraltro, sempre a decorrere dal 1° gennaio 2023, per gli appartenenti alla fascia di età compresa tra diciotto e ventinove anni che non abbiano adempiuto all'obbligo di istruzione<sup>69</sup>, l'erogazione (*rectius* la titolarità) del Rdc "è subordinata anche all'iscrizione e alla frequenza di percorsi di istruzione degli adulti di primo livello (...) funzionali all'adempimento del predetto obbligo"<sup>70</sup>.

A conferma e rafforzamento della logica ergocentrica, la decadenza dal Rdc consegue alla mancata accettazione della prima offerta congrua<sup>71</sup>.

In preparazione dell'intervento definitivo, il comma 318 abroga, a decorrere dal 1° gennaio 2024, gli articoli da 1 a 13 del d.l. n. 4 del 2019<sup>72</sup>.

Intervento definitivo che, come noto, è stato realizzato mediante il d.l. n. 48 del 2023<sup>73</sup>, convertito con l. n. 85 del 2023<sup>74</sup>, che ha istituito,

<sup>68</sup> Art. 1, comma 315.

<sup>69</sup> Di cui all'art. 1, comma 622, l. 27 dicembre 2006, n. 296.

<sup>70</sup> Art. 1, comma 315.

<sup>71</sup> Art. 7, comma 5, lett. e), d.l. n. 4 del 2019, come sostituito dall'art. 1, comma 317, lett. c), l. n. 197 del 2022.

<sup>72</sup> Ad eccezione degli artt. 4, comma 15-*quater*, 6, comma 2, commi da 6-*bis* a 6-*quinquies* e comma 8-*bis*, 7-*bis*, 9-*bis*, 10, comma 1-*bis*, 11, 11-*bis*, 12, commi da 3 a 3-*quater* e 8 e 13, comma 1-*ter*.

<sup>73</sup> Sul quale, per un primo commento, v. E. DAGNINO, C. GAROFALO, G. PICCO, P. RAUSEI, *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 "decreto lavoro"*, ADAPT University Press, Modena, 2023; in particolare, F. SEGHEZZI, *Politiche per il lavoro e politiche per la povertà nel d.l. n. 48/2023, quale visione? (capo I, d.l. n. 48/2023)*, p. 109 e S. CAFFIO, *L'introduzione dell'Assegno di inclusione (artt. 1-6, 9, 11, 13, d.l. n. 48/2023)*, p. 117.

a decorrere dal 1° gennaio 2024, l'AdI, “quale misura nazionale di contrasto alla povertà, alla fragilità e all'esclusione sociale delle fasce deboli attraverso percorsi di inserimento sociale, nonché di formazione, di lavoro e di politica attiva del lavoro”<sup>75</sup>. La titolarità dell'AdI “è condizionata alla prova dei mezzi e all'adesione a un percorso personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa”<sup>76</sup>.

L'AdI “è riconosciuto, a richiesta di uno dei componenti del nucleo familiare, a garanzia delle necessità di inclusione dei componenti di nuclei familiari con disabilità (...), nonché dei componenti minorenni o con almeno sessant'anni di età”<sup>77</sup>. Si tratta, dunque, fondamentalmente, di una misura di inclusione mirata, attraverso il sostegno del nucleo familiare, dei disabili ma anche, e questo è meno comprensibile nell'ottica dell'inclusione, di soggetti in determinate fasce d'età, l'appartenenza alle quali non costituisce, di per sé, un elemento di fragilità.

Che il nucleo familiare sia l'obiettivo dell'AdI lo si evince dalla considerazione del beneficio economico direttamente corrisposto mediante lo strumento di pagamento elettronico ricaricabile, denominato «Carta di inclusione»<sup>78</sup>, quale integrazione del reddito familiare fino alla soglia di 6.000 ovvero di 7.560 euro annui qualora il nucleo familiare sia composto “da persone tutte di età pari o superiore a 67 anni ovvero da persone di età pari o superiore a 67 anni e da altri familiari tutti in condizioni di disabilità grave o di non autosufficienza, moltiplicata per il corrispondente parametro della scala di equivalenza”.

La medesima funzione di integrazione del reddito familiare è riconosciuta a quell'ulteriore parte del beneficio economico di “importo pari all'ammontare del canone annuo previsto nel contratto in locazio-

<sup>74</sup> Sulla quale E. DAGNINO, C. GAROFALO, G. PICCO, P. RAUSEI, *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 “decreto lavoro”, convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85*, ADAPT University Press, Modena, 2023.

<sup>75</sup> Art. 1, comma 1.

<sup>76</sup> Art. 1, comma 2.

<sup>77</sup> Art. 2, comma 1. In sede di conversione, tra i potenziali richiedenti, sono stati aggiunti i “componenti in condizione di svantaggio e inseriti in programmi di cura e assistenza dei servizi socio-sanitari territoriali certificati dalla pubblica amministrazione”.

<sup>78</sup> Art. 4, comma 8.

ne, come dichiarato a fini ISEE, fino ad un massimo di euro 3.360 annui, ovvero di 1.800 euro annui [sic!] se il nucleo familiare è composto da persone tutte di età pari o superiore a 67 anni ovvero da persone di età pari o superiore a 67 anni e da altri familiari tutti in condizioni di disabilità grave o di non autosufficienza”<sup>79</sup>. L’importo inferiore riconosciuto a nuclei familiari “fragili” rimane di difficile spiegazione, a meno di non immaginare un lapsus calami da parte del legislatore. Non poca sorpresa desta anche la previsione secondo la quale il beneficio economico (complessivo?) non possa essere inferiore ai 480 euro annui<sup>80</sup>.

Estremamente generosa, se non altro rispetto al passato, risulta essere, invece, la disposizione secondo la quale il beneficio economico (in assenza di specificazione, da considerarsi nella sommatoria dei due importi, sopra menzionati) è corrisposto “mensilmente per un periodo continuativo non superiore a diciotto mesi e può essere rinnovato, previa sospensione di un mese, per periodi ulteriori di dodici mesi. Allo scadere dei periodi di rinnovo di dodici mesi è sempre prevista la sospensione di un mese”<sup>81</sup>. Si tratta, infatti, di una integrazione al reddito familiare erogabile, al netto del mese di carenza, senza limiti complessivi massimi.

Nell’ambito della tensione tra individuale e collettivo (nucleo familiare) si inserisce anche l’esonero del beneficio economico (anche in questo caso da intendersi nella sua interezza) dal pagamento dell’IRPEF e il suo configurarsi come sussidio di sostentamento a persone comprese nell’elenco dei poveri ai sensi dell’articolo 545 c.p.c. In entrambi i casi, infatti, la dimensione individuale prevale nettamente, anche nella prospettiva della vivenza a carico.

Di segno opposto, invece, l’approccio alla rilevanza dei redditi da lavoro dipendente o autonomo prodotti nel corso dell’erogazione dell’AdI ai fini della determinazione del beneficio economico. In questo caso, infatti, il legislatore prende in considerazione le attività svolte “da parte di uno o più componenti il nucleo familiare”, che non rilevano entro il limite massimo di 3.000 euro lordi annui. D’altro canto,

<sup>79</sup> Art. 3, comma 1.

<sup>80</sup> Art. 3, comma 4.

<sup>81</sup> Art. 3, comma 2.

nel caso di attività di lavoro subordinato, è il singolo obbligato a effettuare la comunicazione all'INPS entro 30 giorni dall'avvio, termine decorso il quale l'erogazione del beneficio è sospesa fino all'ottemperanza dell'obbligo e comunque non oltre tre mesi dall'avvio, "decorsi i quali il diritto alla prestazione decade", con no-cumento per l'intero nucleo familiare<sup>82</sup>.

Nel caso dell'avvio di un'attività d'impresa o di lavoro autonomo, svolta sia in forma individuale che di partecipazione, l'omessa comunicazione all'INPS entro il giorno antecedente all'inizio della stessa è, invece, sanzionata con la decadenza dal beneficio, secondo modalità definite dall'INPS. D'altra parte, a titolo di incentivo (individuale), il beneficiario fruisce senza variazioni dell'AdI per le due mensilità successive a quella di avvio, ferma restando la durata complessiva del beneficio<sup>83</sup>.

Per quanto riguarda, invece, indennità o benefici di partecipazione a percorsi di politica attiva del lavoro, comunque denominati, o di accettazione di offerte di lavoro anche di durata inferiore a un mese, le somme percepite sono cumulabili con il beneficio entro il limite massimo annuo di 3.000 euro lordi<sup>84</sup>.

La dimensione individuale del beneficio sembra tornare prevalente nelle sue modalità di richiesta, da effettuarsi da parte di un componente del nucleo familiare, il quale deve iscriversi al Sistema Informativo per l'Inclusione Sociale e Lavorativa (SIISL), al fine di sottoscrivere un patto individuale di attivazione digitale<sup>85</sup>. La partecipazione al SIISL, istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, dovrebbe consentire l'attivazione di percorsi personalizzati per il beneficiario dell'AdI, nel rispetto dei livelli essenziali di prestazione, favorendo, altresì, percorsi autonomi di ricerca di lavoro e rafforzamento delle competenze. Il SIISL, inoltre, dovrebbe rendere possibile l'interoperabilità di tutte le piattaforme digitali dei soggetti accreditati

<sup>82</sup> Art. 3, comma 5.

<sup>83</sup> Art. 3, comma 6.

<sup>84</sup> Art. 3, comma 7.

<sup>85</sup> Art. 4, comma 1.

che concorrono all'inclusione sociale e lavorativa, perseguendo anche finalità di analisi, monitoraggio, valutazione e controllo dell'AdI<sup>86</sup>.

Il riferimento all'operatività nell'ambito del SIISL di una piattaforma digitale dedicata al beneficiario dell'AdI lascia, tuttavia, intendere che il SIISL sia chiamato a svolgere funzioni più ampie nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Come che sia, solo attraverso la registrazione sulla piattaforma il beneficiario accede "a informazioni su offerte di lavoro, corsi di formazione, tirocini di orientamento e formazione, progetti utili alla collettività e altri strumenti di politica attiva del lavoro adeguati alle proprie caratteristiche e competenze, nonché a informazioni sullo stato di erogazione del beneficio e sulle attività previste dal patto di servizio personalizzato e dal patto per l'inclusione." In questa prospettiva, "la piattaforma agevola la ricerca di lavoro, l'individuazione di attività di formazione e rafforzamento delle competenze e la partecipazione a progetti utili alla collettività, tenendo conto da una parte delle esperienze educative e formative e delle competenze professionali pregresse del beneficiario, dall'altra della disponibilità di offerte di lavoro, di corsi di formazione, di progetti utili alla collettività, di tirocini e di altri interventi di politica attiva"<sup>87</sup>.

Infatti, "il percorso di attivazione viene attuato per mezzo della piattaforma (...) attraverso l'invio automatico dei dati del nucleo familiare al servizio sociale del comune di residenza per l'analisi e la presa in carico dei componenti con bisogni complessi e per l'attivazione degli eventuali sostegni"<sup>88</sup>.

L'iscrizione al SIISL ovvero alla piattaforma, da parte del singolo componente richiedente, è necessaria sia per procedere alla sottoscrizione del patto individuale di attivazione digitale sia per l'erogazione del beneficio economico<sup>89</sup> che decorre dal mese successivo a quello di sottoscrizione<sup>90</sup>.

Entro centoventi giorni dalla sottoscrizione del patto di attivazione

<sup>86</sup> Art. 5, comma 1.

<sup>87</sup> Art. 5, comma 2.

<sup>88</sup> Art. 4, comma 3.

<sup>89</sup> Art. 4, comma 1.

<sup>90</sup> Art. 4, comma 2.



digitale tutti i componenti del nucleo familiare, devono presentarsi per il primo appuntamento presso i servizi sociali. In caso di mancata presentazione il beneficio economico è sospeso.<sup>91</sup> Gli operatori del servizio sociale competente del comune o dell'ambito territoriale sociale effettuano una valutazione multidimensionale dei bisogni del nucleo familiare, attraverso una *équipe* multidisciplinare integrata da operatori afferenti alla rete dei servizi territoriali, con particolare riferimento ai servizi per l'impiego, la formazione, le politiche abitative, la tutela della salute e l'istruzione<sup>92</sup>.

La valutazione multidimensionale è finalizzata all'eventuale sottoscrizione di un patto individuale per l'inclusione da parte di ciascun soggetto non attivabile, il quale è, comunque, tenuto a presentarsi, ogni novanta giorni, ai servizi sociali, o presso gli istituti di patronato, per aggiornare la propria posizione. Non è chiaro in che cosa consista e che finalità abbia l'aggiornamento con cadenza così ravvicinata. Anche in questo caso, la mancata presentazione determina la sospensione del beneficio economico per l'intero nucleo familiare.

La valutazione multidimensionale è anche finalizzata ad avviare il componente del nucleo familiare, di età compresa tra 18 e 59 anni, attivabile al lavoro, ai centri per l'impiego o ai soggetti accreditati ai servizi per il lavoro per la sottoscrizione del patto di servizio personalizzato di cui all'art. 20 d.lgs. n. 150 del 2015, sottoscrizione che deve avvenire entro sessanta giorni dall'avviamento. Più comprensibilmente di quanto non risulti per i non attivabili, gli attivabili sono tenuti a presentarsi ogni novanta giorni ai centri per l'impiego per aggiornare la propria posizione. La mancata presentazione anche di un solo attivabile determina la sospensione del beneficio economico per l'intero nucleo familiare.<sup>93</sup> Difficile comprendere la ragione per la quale l'adesione ai percorsi formativi previsti da GOL sia considerata dal legislatore come mero possibile contenuto del patto di servizio personalizzato<sup>94</sup> e non come la regola.

Peraltro, nonostante l'ingente mole di risorse messe a disposizione

<sup>91</sup> Art. 4, comma 4.

<sup>92</sup> Art. 6, comma 2.

<sup>93</sup> Art. 4, comma 5.

<sup>94</sup> Art. 6, comma 3.

dal PNRR, a tutte le predette attività si deve provvedere “nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”<sup>95</sup>.

Ulteriormente incomprensibile è il senso della disposizione in forza della quale “l’avvio del componente del nucleo familiare [dunque attivabile] al centro per l’impiego può essere modificato e adeguato in base alle concrete esigenze di inclusione o di attivazione lavorativa o formativa dell’interessato”<sup>96</sup>.

In ogni caso, quelli appena illustrati sono gli obblighi che incombono sui componenti del nucleo familiare in quanto individui, attivabili o non. Riferito, invece, al nucleo familiare beneficiario dell’AdI nel suo complesso è l’obbligo (che scatta alla sottoscrizione da parte del singolo richiedente iscritto alla piattaforma del patto di attivazione digitale) di adesione ad un percorso personalizzato di inclusione sociale o lavorativa, definito dai servizi sociali, in stretto raccordo con gli enti del Terzo settore<sup>97</sup>, “nell’ambito di uno o più progetti finalizzati a identificare i bisogni del nucleo familiare nel suo complesso e dei singoli componenti”<sup>98</sup>.

La platea dei soggetti obbligati alla partecipazione attiva “a tutte le attività formative”<sup>99</sup>, di lavoro, nonché alle misure di politica attiva, comunque denominate” individuate nel progetto è costituita dai componenti del nucleo familiare maggiorenni che esercitano la responsabilità genitoriale, non già occupati e non frequentanti un regolare corso di studi, e che non abbiano carichi di cura, valutati con riferimento alla presenza di soggetti minori di tre anni di età, di tre o più figli minori di età, ovvero di componenti il nucleo familiare con disabilità o non autosufficienza. Sono altresì esclusi dall’obbligo di partecipazione attiva i

<sup>95</sup> Art. 4, comma 4; art. 5, comma 5.

<sup>96</sup> Art. 4, comma 6.

<sup>97</sup> Art. 6, comma 6.

<sup>98</sup> Art. 6, comma 1.

<sup>99</sup> Previsione da coordinare con quella contenuta nell’art. 12 che istituisce l’assegno di supporto alla formazione fruibile dei componenti tra i 18 e i 59 anni non in possesso dei requisiti per accedere all’AdI o percettori non obbligati alle misure di politica attiva ma che decidano di partecipare ai percorsi di supporto, il quale ammonta a 350 al mese ed è erogato per un massimo di 12 mensilità.

beneficiari dell'Assegno di inclusione titolari di pensione diretta o comunque di età pari o superiore a sessanta anni, i componenti con disabilità, ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, fatta salva ogni iniziativa di collocamento mirato, i componenti affetti da patologie oncologiche<sup>100</sup>.

Tuttavia, i componenti del nucleo familiare con disabilità o di età pari o superiore a sessanta anni possono richiedere di aderire volontariamente a un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo o all'inclusione sociale<sup>101</sup>.

In ogni caso, “i servizi per la definizione dei percorsi personalizzati e i sostegni in essi previsti costituiscono livelli essenziali delle prestazioni” sebbene, come al solito e con buona pace del PNRR, “nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente”<sup>102</sup>.

Più in generale, i beneficiari dell'AdI potranno usufruire dei “servizi per l'accesso e la valutazione e i sostegni da individuare nel progetto personalizzato afferenti al sistema integrato di interventi e servizi sociali, di cui alla legge n. 328 del 2000”<sup>103</sup>, nei limiti della quota, da definirsi con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, del Fondo per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale<sup>104</sup>, attribuita agli ambiti territoriali sociali delle Regioni<sup>105</sup>,

Il componente del nucleo familiare attivabile al lavoro, preso in carico dai servizi competenti, è tenuto ad accettare, sembrerebbe di capire, un'offerta di lavoro a tempo indeterminato senza limiti di distanza nell'ambito del territorio nazionale, anche a tempo parziale non in-

<sup>100</sup> Art. 6, commi 4 e 5.

<sup>101</sup> Art. 6, comma 5.

<sup>102</sup> Art. 6, comma 8.

<sup>103</sup> I quali, come noto, includono: a) il segretariato sociale; b) il servizio sociale professionale per la presa in carico; c) i tirocini finalizzati all'inclusione sociale, all'autonomia delle persone e alla riabilitazione; d) il sostegno socio-educativo domiciliare o territoriale, incluso il supporto nella gestione delle spese e del bilancio familiare; e) l'assistenza domiciliare socio-assistenziale e servizi di prossimità; f) il sostegno alla genitorialità e il servizio di mediazione familiare; g) il servizio di mediazione culturale; h) il servizio di pronto intervento sociale.

<sup>104</sup> Di cui all'art. 1, comma 386, l. 28 dicembre 2015, n. 208.

<sup>105</sup> Art. 6, comma 9.

feriore al 60 per cento dell'orario a tempo pieno, la cui retribuzione corrisponda almeno ai minimi salariali previsti dai contratti collettivi di cui all'art. 51 d.lgs. n. 81 del 2015<sup>106</sup>; ovvero un'offerta a tempo determinato, anche in somministrazione, qualora il luogo di lavoro non disti più di 80 chilometri dal suo domicilio o sia raggiungibile in non oltre 120 minuti con i mezzi di trasporto pubblico<sup>107</sup>.

Qualora l'offerta abbia una durata compresa tra uno e sei mesi e la retribuzione lorda complessiva non superi il limite di compatibilità previsto, l'AdI è sospeso d'ufficio per la durata del rapporto di lavoro, al termine del quale il beneficio continua a essere erogato per il periodo residuo di fruizione. Quanto percepito non si computa ai fini della determinazione del reddito per il mantenimento del beneficio<sup>108</sup>.

Alla riarticolazione degli aspetti procedurali e sostanziali dell'Rdc trasformato in AdI, non poteva non corrispondere un adeguamento dell'apparato sanzionatorio, in parte già accennato nell'analisi precedente, dal quale emerge evidente la difficoltà di considerare come titolare dell'AdI il nucleo familiare, il quale, tuttavia, decade dal beneficio nel suo complesso qualora un singolo componente violi gli obblighi sopra elencati senza un giustificato motivo.

Ovvero, riassuntivamente: a) non si presenti presso i servizi sociali o il servizio per il lavoro competente nel termine fissato; b) non sottoscriva il patto per l'inclusione o il patto di servizio personalizzato, salvi i casi di esonero; c) non partecipi alle iniziative di carattere formativo o di riqualificazione o ad altra iniziativa di politica attiva o di attivazione, comunque denominate, nelle quali è inserito dai servizi per il lavoro, secondo quanto previsto dal patto di servizio personalizzato, ovvero non rispetti gli impegni concordati con i servizi sociali nell'ambito del percorso personalizzato, ovvero non frequenti regolarmente un percorso di istruzione degli adulti di primo livello o comunque funzionale all'adempimento dell'obbligo di istruzione; d) non accetti un'offerta di

<sup>106</sup> A meno che nel nucleo familiare siano presenti figli con età inferiore a quattordici anni, anche qualora i genitori siano legalmente separati, nel qual caso l'offerta va accettata se il luogo di lavoro non eccede la distanza di 80 chilometri dal domicilio del soggetto o comunque è raggiungibile nel limite temporale massimo di 120 minuti con i mezzi di trasporto pubblico (art. 9, comma 1-*bis*).

<sup>107</sup> Art. 9, comma 1.

<sup>108</sup> Art. 9, comma 2.

lavoro qualora attivabile al lavoro; e) abbia effettuato comunicazioni o ne abbia effettuate di mendaci in modo da determinare un beneficio economico maggiore; f) non presenti una DSU aggiornata in caso di variazione del nucleo familiare; g) venga trovato, nel corso delle attività ispettive svolte dalle competenti autorità, intento a svolgere attività di lavoro, senza aver provveduto alle prescritte comunicazioni<sup>109</sup>.

A ciò si aggiunga che il richiedente o il beneficiario (*sic!*) decadono di diritto, immediatamente, con eventuale obbligo di restituzione di quanto indebitamente percepito, in caso di condanna definitiva<sup>110</sup> per a) aver reso o utilizzato dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero aver omesso informazioni dovute, al fine di ottenere indebitamente il beneficio economico<sup>111</sup>; b) omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini del mantenimento del beneficio<sup>112</sup>; c) delitto non colposo che comporti l'applicazione di una pena non inferiore a un anno di reclusione, anche se sostituita da una delle pene indicate nell'art. 20-bis comma 1, nn. 1), 2) e 3), del c.p.; ovvero per applicazione, con provvedimento definitivo, di una misura di prevenzione da parte dell'autorità giudiziaria.

Appare evidente che, nei casi appena descritti, il riferimento al beneficiario non può che assumere una dimensione individuale, connessa alla responsabilità penale. Il che accentua la contraddittorietà dell'indicazione del nucleo familiare quale titolare del beneficio in senso lato.

A conferma di ciò sta la sospensione (non retroattiva)<sup>113</sup> del beneficio nel caso in cui al richiedente o al beneficiario (singolo) sia applicata una misura cautelare personale o uno dei provvedimenti sopra citati in via non definitiva, sospensione (decisa e revocabile da parte del giudice) che si applica altresì in caso di latitanza o di sottrazione volontaria

<sup>109</sup> Art. 8, comma 6.

<sup>110</sup> In deroga alle previsioni dell'art. 445, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale, anche qualora la sentenza sia stata adottata ai sensi dell'articolo 444 e seguenti del medesimo codice.

<sup>111</sup> Art. 8, comma 1.

<sup>112</sup> Art. 8, comma 2.

<sup>113</sup> Art. 8, comma 15.

all'esecuzione della pena. Anche se, in questi casi, il soggetto non è tenuto in considerazione nella scala di equivalenza<sup>114</sup>.

## 5. Conclusioni

All'esito di questo complesso percorso di ricostruzione e di analisi è possibile trarre alcune conclusioni sintetiche.

A partire dal 1997, il legislatore ha dimostrato una chiara inclinazione verso politiche finalizzate a costruire una rete di operatori pubblici e privati incaricati della regolazione e della gestione del mercato del lavoro nella prospettiva della facilitazione effettiva della ricerca di un impiego da parte dei disoccupati attuali o potenziali, ai quali sono stati equiparati, in una fase più avanzata, gli inattivi bisognosi di un sostegno al reddito ovvero in condizione di povertà<sup>115</sup>.

Questa inclinazione consente di ritenere realizzata una ricostruzione teorica proposta vent'anni or sono secondo la quale il programma costituzionale ergocentrico si presta ad essere rivisitato in termini di sistema integrato di microsistemi, volto a garantire attraverso il lavoro, quale strumento primario di Sicurezza Sociale, un'esistenza libera e dignitosa ad ogni individuo.

Il ruolo della Repubblica è quello di evitare che la disoccupazione involontaria diventi un ostacolo allo sviluppo integrale della persona attraverso strumenti di protezione sociale che assicurino mezzi adeguati. Tuttavia, proprio la realizzazione del modello ergocentrico, richiede che il principio di adeguatezza venga declinato in una dimensione sistemica, non esclusivamente realizzata attraverso prestazioni in denaro (mezzi adeguati come risorse) ma anche e principalmente da quelle in servizi (mezzi adeguati come strumenti).

Solo in questo modo potrà affermarsi quella società di lavoratori e lavoratrici preconizzata dalla Costituzione del 1948, fondata sul lavoro come diritto e come dovere, rispetto al quale le prestazioni di disoccupazione in denaro rappresentano esclusivamente un ponte tra

<sup>114</sup> Art. 8, comma 14.

<sup>115</sup> Già, con felice premonizione, L. ZOPPOLI, *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 75 ss.

l'occupazione persa o mai avuta e la successiva occasione di lavoro, offerta, secondo il criterio di congruità economica e professionale, o dal mercato o dai servizi per l'impiego.

Nella sostanza, al netto delle storture ancora presenti, frutto, principalmente, di alcuni interventi scomposti del legislatore nell'ultimo biennio, può affermarsi che l'impianto complessivo del sistema integrato di microsistemi sia potenzialmente in grado di assicurare l'adeguatezza sistemica anche nella sua prospettazione procedurale.

Rimangono, tuttavia, aperte tre questioni fondamentali. La prima legata all'effettiva capacità dei servizi per l'impiego di rispondere alla sfida lanciata dal legislatore anche a fronte delle risorse finanziarie senza precedenti messe a disposizione nell'emergenza pandemica. La seconda connessa alla reale possibilità che dal lavoro l'individuo possa trarre quella retribuzione sufficiente<sup>116</sup> a garantirgli un'esistenza libera e dignitosa<sup>117</sup>. La terza riconducibile alla parità di opportunità sul territorio nazionale ovvero al rispetto dei livelli essenziali di prestazione in termini di mezzi adeguati come strumenti<sup>118</sup>.

Sono evidentemente questioni dalla cui soluzione positiva dipende in massima parte la realizzazione dell'adeguatezza sistemica e la tenuta

<sup>116</sup> Tanto che si è tornati insistentemente a parlare di salario minimo legale: M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Giapichelli, Torino, 2017. E si è arrivati all'adozione della dir. (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea sulla quale v., almeno, le opinioni di M. FUCHS, E. MENEGATTI, T. PASQUIER, B. SURDYKOWSKA & L. PISARCZYK, in *Dir. lav. merc.*, 2021, p. 450 ss.; E. MENEGATTI, *Much ado about little: The Commission proposal for a Directive on adequate wages*, *ILLeJ*, 2021, p. 21 ss.; M. DELFINO, *The Proposal for an EU Directive on adequate Minimum Wages and its impact on Italy*, *ibidem*, p. 49 ss.

<sup>117</sup> Il tema della dignità è tornato recentemente in auge in pregevoli scritti di valorizzazione sistematica: R. CASILLO, *Diritto del lavoro e dignità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro e della persona che lavora*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 633 ss.

<sup>118</sup> Sul tema E. ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del «livello essenziale della prestazione»*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 9 ss.; G. CANAVESI, *Livelli essenziali delle prestazioni e servizi per l'impiego. Brevi note su competenze, nodi normativi, strumenti regolatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 333 ss.

nel modello ergocentrico basato su un sistema integrato di microsistemi.





**Infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia,  
disoccupazione involontaria.  
La specificità degli eventi e la tesi dell'adeguatezza sistemica:  
quale rapporto tra prestazioni  
previdenziali monetarie e prestazioni in servizi?**

VALERIA ALLOCCA, IRENE CRISCI, DANIELA DEL DUCA  
ROSSANA DETOMI, MARIA LAURA PICUNIO  
GIOVANNI PIGLIALARM\*

SOMMARIO: 1. *Premessa. L'adeguatezza dei mezzi alle esigenze di vita dei lavoratori nella Costituzione del 1948* – 1.1. *Il contributo della dottrina e della giurisprudenza nella definizione del concetto di «mezzi adeguati alle esigenze di vita»* – 1.2. *Adeguatezza e solidarietà* – 2. *Adeguatezza sistemica e stato di disoccupazione* – 2.1. *La nozione di disoccupazione oggi* – 2.2. *La tutela contro la disoccupazione tra benefit in cash e benefit in kind* – 2.3. *Adeguatezza sistemica ed esigibilità dei servizi per l'impiego* – 3. *Adeguatezza sistemica e trattamento pensionistico* – 4. *I mezzi adeguati alle esigenze di vita nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali* – 4.1. *Il ruolo dell'adeguatezza nel processo storico d'estensione della garanzia assicurativa* – 4.2. *Il collegamento dell'adeguatezza con l'art. 32 Cost.: l'ingresso del danno biologico* – 4.3. *Il ruolo dei servizi a tutela della salute* – 5. *L'adeguatezza sistemica ovvero un'opportunità per superare la distinzione tra mezzi adeguati e mezzi necessari?*

1. *Premessa. L'adeguatezza dei mezzi alle esigenze di vita dei lavoratori nella Costituzione del 1948*

Il presente contributo intende proporre alcune riflessioni sul rap-

\* Il contributo è frutto della comune riflessione degli autori. Tuttavia, il § 1 è da attribuire a Irene Crisci; il § 1.1. è da attribuire a Rossana Detomi; il § 1.2. è da attribuire a Maria Laura Picunio; i §§ 2, 2.1, 2.2, 2.3 e 3 sono da attribuire a Giovanni Pigiialarmi; i §§ 4, 4.1, 4.2 e 4.3 sono da attribuire a Valeria Allocca; il § 5 è da attribuire a Daniela Del Duca. Si ringrazia sentitamente la *tutor* del gruppo, Prof.ssa Laura Foglia per le preziose osservazioni fornite nel corso della redazione del contributo.

porto tra prestazioni monetarie e prestazioni in servizi fornite dal sistema di sicurezza sociale e sulla loro capacità di soddisfare il principio contenuto nell'art. 38, comma 2, della Costituzione, che, come noto, sancisce per i lavoratori il diritto a «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» al ricorrere di singoli eventi quali l'infortunio, la malattia, l'invalidità, la vecchiaia e la disoccupazione involontaria.

La norma si inserisce nel generale disegno costituzionale di tutela del lavoro, attuato tramite l'affermazione all'interno della legge fondamentale dello Stato repubblicano del diritto all'assistenza e alla previdenza sociale e del corrispettivo obbligo per lo Stato di conformare i diversi istituti a seconda dei mutamenti che intervengono nel panorama economico e sociale, in modo da assicurarne la congruità alle necessità di vita e soddisfare gli interessi dell'intera collettività<sup>1</sup>. Nella nuova ottica costituzionale, infatti, «la concezione della tutela previdenziale, ispirata alla logica del lavoro subordinato e del rischio professionale e intesa come garanzia della retribuzione, è completamente superata e sostituita dalla concezione della tutela previdenziale intesa come garanzia del reddito e tendente a realizzare, mediante il ricorso alla solidarietà di tutta la collettività, una vera e propria conquista civile»<sup>2</sup>.

La dimensione pubblica, tuttavia, coesiste con quella privata («l'assistenza privata è libera» recita l'ultimo comma dell'art. 38 Cost.), dando vita ad un sistema dualistico talvolta complesso da coordinare, viste le difficoltà nel delimitare gli ambiti di intervento (e quindi le ca-

<sup>1</sup> «L'art. 38 Cost. incarna – unitamente agli artt. 4, 32, 36 e 37 – il nucleo forte dello Stato sociale di cui gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost., sancendo nell'affermazione delle due fattispecie fondamentali che lo compongono, la previdenza e l'assistenza, e nell'affermazione recessiva ma non meno importante, la tutela della salute, quel diritto complessivo alla “sicurezza sociale”, espressione dello spirito innovatore dei padri costituenti nei riguardi della concezione liberale del rapporto tra Stato e cittadino», R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, città, Utet, 2006, p. 776 ss.

<sup>2</sup> M. PERSIANI, *Art. 38*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, t. I, artt. 35-40, Zanichelli-Foro Italiano, Roma-Bologna, 1979, p. 241.

tegorie di bisogni da tutelare) della previdenza pubblica e quelli della previdenza privata<sup>3</sup>.

Alla luce di tali premesse, prima di effettuare alcune riflessioni in merito ai singoli eventi tutelati dal secondo comma dell'art. 38 Cost., si ritiene utile analizzare il contenuto letterale della disposizione costituzionale, al fine di comprendere la *ratio* e l'evoluzione delle interpretazioni che ne sono derivate. A tal proposito, occorre innanzitutto distinguere all'interno della norma il concetto di adeguatezza dei mezzi – da considerare il parametro per misurare le diverse prestazioni – e, dall'altro lato, le esigenze di vita, che rappresentano il referente di tale criterio, posto che l'adeguatezza si misura in base a quelle che sono le esigenze di vita del lavoratore in quanto persona titolare di diritti fondamentali<sup>4</sup>. Nonostante le diverse tesi prospettate e i tentativi effettuati per riempire di contenuti il dettato costituzionale (per una ricostruzione dei quali si rimanda al successivo par. 1.1), è stato notato come entrambi gli elementi siano connotati da una particolare ambiguità e indeterminatezza e come i tentativi di definizione che sono stati effettuati, sebbene non abbiano trovato una traduzione in termini positivi, siano fortemente influenzati dal contesto economico e sociale di riferimento<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> G. SIGILLÒ MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 5 e ss.; M. GAMBACCIANI, *La previdenza complementare nell'evoluzione dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 627 ss.

<sup>4</sup> R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 661 ss., in merito osserva che «talché appare evidente che (come dimostrato anche dal dibattito sviluppatosi in altri ambiti in cui quella locuzione è utilizzata) quella difficoltà di definizione è, per così dire, riflessa, esogena: deriva, cioè, dalla difficoltà di individuazione delle “esigenze di vita” che dovrebbero essere assicurate, e dunque, in ultima analisi, dal livello cui dovrebbe collocarsi la tutela previdenziale».

<sup>5</sup> G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 769; M. PERSIANI, *Art. 38, cit.*, p. 237; M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 57; R. PESSI, *Il principio di adeguatezza nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 806.

Sul punto, invero, è stata rilevata una certa ritrosia da parte della Corte costituzionale a prendere posizione in maniera puntuale nelle valutazioni di adeguatezza delle prestazioni previdenziali predisposte dall'ordinamento e nell'indicare limiti (minimi per dare consistenza ed effettività alle prestazioni e massimi per soddisfare le istanze di sostenibilità finanziaria del sistema<sup>6</sup>) nel corso della sua attività interpretativa; al contrario, è stata riscontrata la tendenza a fornire criteri generali di riferimento per il legislatore, il quale, di riflesso, gode di un'ampia, sebbene non illimitata, discrezionalità nelle scelte di dettaglio<sup>7</sup>. L'individuazione di tetti minimi e massimi, peraltro, costituisce un passaggio fondamentale nella valutazione dell'adeguatezza delle prestazioni imposta a livello costituzionale (rappresentando un'operazione ancora più complessa nel caso in cui si discuta di prestazioni in servizi, come si vedrà *infra*) e porta i commentatori a dedurre che «la Corte – coerentemente con la natura anfibia del diritto alla previdenza – tenda a garantire sia il minimo sia un elemento aggiuntivo rispetto al minimo che non può essere negato, ma che non deve necessariamente essere fornito in modo pieno ed esaustivo, dipendendone la misura dalle contingenze di natura finanziaria»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Corte cost. 29 aprile 1992, n. 204; Corte cost. 21 novembre 2000, n. 516, entrambe in *Dejure*. Corte cost. 10 febbraio 1993, n. 39, inoltre, precisa che le esigenze di contenimento della spesa pubblica non devono comunque frustrare l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica delle prestazioni quale elemento fondamentale dello Stato di diritto.

<sup>7</sup> Discrezionalità che discende, come si vedrà in seguito, anche dall'ampiezza delle indicazioni costituzionali e dalla sua ambiguità. Sul punto si rimanda a G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 772; E. ALES, *Il «diritto» dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia «discrezionalità» del legislatore e della Corte Costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 521 ss.

<sup>8</sup> R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 783. Sul punto, G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 787, osserva che «del resto, è ormai acquisito che la previsione costituzionale imponga di individuare un livello minimo di trattamento adeguato, di norma connotato nel duplice senso di porsi, in raccordo sistematico con il precedente comma 1, comunque al di sopra dei «mezzi necessari per vivere» e di non poter essere d'importo eguale per tutti, in ragione dell'apprezzamento delle esigenze di vita alla luce dell'obiettivo sancito dall'art. 3, comma 2, Cost. e/o del merito lavorativo».

Ad ogni modo, dal sistema che nel presente contributo si tenterà di delineare, emerge la natura dinamica del concetto di adeguatezza dei mezzi, un concetto difficile da fissare in quanto oscillante al variare di quello che è il suo referente, ossia le esigenze di vita; l'implicazione in termini pratici che ne discende è che lo stesso trattamento previdenziale potrebbe risultare conforme o meno al parametro costituzionale se considerato nella sua oggettività, ma anche sulla base della qualità e quantità dei servizi che contemporaneamente, in quel momento storico, sono assicurati ai cittadini<sup>9</sup>.

In generale, comunque, posto che i due elementi si muovono di pari passo e la difficoltà nel definire l'idoneità dei mezzi deriva dalla difficoltà nell'individuazione di quelle che sono gli effettivi bisogni del cittadino-lavoratore<sup>10</sup>, l'emergere di nuove esigenze di vita ha nel tempo mostrato un'inadeguatezza degli strumenti predisposti dal legislatore, che in alcuni casi si sono rivelati incapaci di sopperire alle necessità del singolo; ciò è risultato particolarmente evidente nella fase dell'emergenza da Covid-19, quando il sistema di sicurezza sociale ha mostrato fragilità mai viste prima<sup>11</sup>.

Si consideri, peraltro che la scelta di un approccio dinamico nella definizione dei contenuti della previsione costituzionale impone uno sforzo in termini organizzativi anche da parte dello Stato, il quale è chiamato a riformare gli strumenti predisposti per i singoli eventi produttivi delle prestazioni previdenziali e ad aggiornarli in base ai cambiamenti del sistema economico e sociale, nonché secondo le peculiari-

<sup>9</sup> O. BONARDI, *Separate in casa? La distinzione tra previdenza e assistenza oggi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 701. G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 817 sul punto osserva che «ci troviamo di fronte, dunque, ad un concetto che, oltre a caratterizzarsi per un significato elastico e indeterminato, è destinato per sua stessa natura ad operare su diverse dimensioni del sistema previdenziale riguardanti tanto la durata quanto l'oggetto delle tutele, e questa spiccata multidimensionalità costituisce – come vedremo – la principale ragione dei molteplici significati che il principio di adeguatezza ha assunto nella giurisprudenza del giudice costituzionale».

<sup>10</sup> R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, cit., p. 662.

<sup>11</sup> O. BONARDI, *Separate in casa? La distinzione tra previdenza e assistenza oggi*, cit., p. 719.

tà del periodo storico di riferimento al fine di assicurare la loro congruità (*rectius*, adeguatezza) alle necessità di vita<sup>12</sup>.

Un altro elemento da valutare è poi il ruolo che il c.d. “secondo pilastro” può avere nell’ambito del processo di definizione del concetto di adeguatezza dei mezzi, soprattutto se si considera che l’art. 38 Cost. è stato concepito come una norma aperta, grazie alla quale pubblico e privato coesistono per garantire maggiori livelli di copertura dei bisogni oggetto di tutela. In quest’ottica, dunque, la previdenza complementare si affianca a quella pubblica, implementando i trattamenti da questa garantiti, per perseguire l’adeguatezza richiesta a livello costituzionale tramite forme di protezione create dall’autonomia privata e astrattamente riconducibili sia all’assistenza in senso stretto che alla previdenza<sup>13</sup>. Secondo alcune letture, tuttavia, pur potendo anche la previdenza privata concorrere al perseguimento dell’obiettivo dell’adeguatezza, il suo ambito di intervento sarebbe da circoscrivere ai soli livelli di tutela non essenziali, essendo quelli essenziali di competenza esclusiva del regime previdenziale pubblico (e, in quanto tale, indisponibile e obbligatorio)<sup>14</sup>.

Nella delimitazione dei contenuti del secondo comma dell’art. 38 Cost., inoltre, una prospettiva che potrebbe essere utile adottare per valutare l’effettiva attuazione del programma costituzionale è quella dell’adeguatezza sistemica, dove i «mezzi adeguati» si concretizzano non solo in prestazioni monetarie, ma anche in prestazioni in servizi<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> A. BERTOLINO, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), 1950, p. 428 ss.

<sup>13</sup> G. SIGILLÒ MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, cit., p. 5 ss.

<sup>14</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 809.

<sup>15</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell’adeguatezza sistemica*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 280, con specifico riferimento all’evento disoccupazione, precisa che «l’adeguatezza sistemica è fondata sul nesso, inscindibile e direttamente proporzionale in termini di efficacia, tra politiche, servizi e prestazioni monetarie, basato sul felice connubio tra diritto al lavoro, diritto a una retribuzione proporzionata e sufficiente, diritto ai mezzi adeguati; un connubio che trova il suo collante nel dovere al lavoro (art. 4, comma 2, Cost.), inteso quale condizionamento delle prestazioni monetarie all’assenza di una proposta di lavoro congrua; caratteristica che, se presente, ne dovrebbe determinare, invece, l’accettazione».

Quest'ultime, infatti, per loro natura potrebbero consentire una più proficua realizzazione dei correlati interessi di natura collettiva dal momento che, come si vedrà, nel presente momento storico le prestazioni in servizi sembrano aver assunto una rilevanza crescente nel panorama delle tutele previdenziali oggi esistenti in quanto tendenzialmente considerate come maggiormente efficaci rispetto alle istanze di tutela del singolo lavoratore e corrispondenti alle sue effettive esigenze. Tale dato, tuttavia, si scontra con una complessità intrinseca del sistema, ossia la citata difficoltà di misurare il livello di adeguatezza *ex art. 38, comma 2, Cost.*, e dunque la congruità di tali strumenti rispetto agli eventi assicurati.

In ogni caso, dalle ricerche effettuate si evincerà come, al ricorrere di particolari presupposti, dall'implementazione delle prestazioni in servizi possa derivare un duplice vantaggio, riscontrabile soprattutto nel lungo periodo, in termini di elevazione della dignità umana da un lato e di sostenibilità finanziaria dall'altro, valorizzando al contempo elementi quali l'equità e l'inclusione e in grado di favorire lo sviluppo delle risorse umane e sociali.

Fatte queste considerazioni, si ritiene utile ora illustrare gli spunti forniti dalla giurisprudenza e dalla dottrina per circoscrivere il contenuto dell'art. 38, comma 2, Cost. e, segnatamente, il significato da attribuire al concetto di «mezzi adeguati» e a quello di «esigenze di vita».

### 1.1. *Il contributo della dottrina e della giurisprudenza nella definizione del concetto di «mezzi adeguati alle esigenze di vita»*

All'interno della giurisprudenza costituzionale il tema del significato e del contenuto dei «mezzi adeguati alle esigenze di vita», quale livello costituzionalmente dovuto dei trattamenti di previdenza obbligatoria, ha subito un'evoluzione legata all'elasticità del modello delineato dell'art. 38 Cost.<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Secondo autori l'art. 38 Cost. è una norma dal carattere aperto, ovvero non esclude, per la realizzazione dei medesimi fini, che il legislatore possa delineare modelli atipici in ampia libertà. Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Roma, 2013, p. 88.



Tale elasticità di significato ha determinato che non si stabilissero dei criteri generali di riferimento sulle sue modalità di attuazione, lasciando arbitrarietà al legislatore<sup>17</sup>; dunque, ha di fatto consentito al criterio dell'adeguatezza di adattarsi alle diverse fasi che hanno accompagnato la lunga evoluzione del sistema previdenziale.

L'evoluzione del concetto di adeguatezza della prestazione previdenziale nell'interpretazione del giudice costituzionale può osservarsi facendo riferimento ad alcune pronunce significative.

La Corte, ad esempio, nella sentenza n. 34 del 1960 stabiliva che i mezzi adeguati andavano identificati con il «minimo vitale», privilegiando così una concezione ampia che teneva conto dell'espansione del sistema previdenziale a cui si stava assistendo proprio in quegli anni.

Nella sentenza n. 22 del 1969 la Corte esplicava in maniera più specifica il carattere alimentare dei mezzi da garantire per fronteggiare lo stato di bisogno, «destinati alle primarie necessità degli assistiti mediante corresponsione di un minimum vitale» fermo restando il «valore di principio fondamentale del diritto dei lavoratori a che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita».

A partire dagli anni Settanta, emergeva, invece, un diverso orientamento: era abbandonata l'ottica di prestazione previdenziale quale mezzo di sussistenza, con il prevalere del riconoscimento della natura retributiva della prestazione previdenziale<sup>18</sup>.

Il concetto di prestazione previdenziale adeguata era da ricercarsi nel collegamento tra l'art. 38, comma 2, Cost. e l'art. 36, comma 1, Cost.<sup>19</sup>. In particolare, la proporzionalità retributiva costituiva, secon-

<sup>17</sup> E. MONTICELLI, *Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, in *Oss. Aic*, 2015, p. 1 ss..

<sup>18</sup> «L'equiparazione sostanziale tra pensione e retribuzione maturò originariamente nell'ambito del pubblico impiego, da quelle concezioni che a causa della posizione di supremazia dell'ente datore di lavoro, ritenevano che la pensione del pubblico impiego fosse anche essa al pari della retribuzione, il compenso della dedizione esclusiva, perdurante anche dopo la cessazione del rapporto» in M. CINELLI, *L'apporto della Corte Costituzionale all'evoluzione del sistema delle pensioni*, in *Inf. Prev.*, 1987, p. 23.

<sup>19</sup> M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 2013, p. 117.

do questo orientamento, il parametro di integrazione del principio di adeguatezza<sup>20</sup>.

Tale orientamento è rinvenibile nella sentenza n. 26 del 1980, dove appunto la Corte riconosceva una stretta correlazione della nozione di mezzi adeguati con il criterio di proporzionalità sancito all'art. 36 Cost. L'indeterminata formula utilizzata dal comma 2 dell'art. 38 Cost. trovava così specificazione mediante il riferimento alla retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro prestato, identificando di fatto le «esigenze di vita» della prestazione previdenziale adeguata con i mezzi necessari a garantire «un'esistenza libera e dignitosa» al lavoratore e alla sua famiglia.

Negli anni successivi nella giurisprudenza costituzionale si approda ad una concezione di tendenziale autonomia del principio di adeguatezza da quello di proporzionalità, dato lo scarto concettuale tra le due disposizioni, sia dal punto di vista soggettivo, sia da quello oggettivo, che si può riassumere nella dimensione puramente individuale del diritto alla retribuzione e quella collettiva e solidaristica del sistema pensionistico.

Nella sentenza n. 31 del 5 febbraio 1986, la Corte costituzionale, evitando attentamente ogni riferimento all'art. 36 Cost., chiariva che la quantificazione delle prestazioni previdenziali risponde unicamente ai principi dell'art. 38 Cost., il quale «non vincola il legislatore a considerare le esigenze di vita dei lavoratori come indiscriminatamente uniformi».

Nella sentenza n. 173 del 1986, di poco successiva a quest'ultima, il giudice costituzionale ha precisato che il riferimento alla proporzionalità dell'art. 36 Cost. non intende imporre una «necessaria ed integrale coincidenza» tra pensione e retribuzione, dovendosi individuare i mezzi adeguati alle esigenze di vita in quelli che soddisfino i bisogni elementari e vitali, ma anche in «quelli che siano idonei a realizzare le esigenze relative al tenore di vita conseguito dallo stesso lavoratore in rapporto al reddito ed alla posizione sociale raggiunta in seno alla categoria di appartenenza per effetto dell'attività lavorativa svolta, con conseguente possibile determinazione di prestazioni previdenziali

<sup>20</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 821 ss.

quantitativamente diversificate». Ma «anche la valutazione delle dette esigenze e la predisposizione dei mezzi idonei sono affidate alla discrezionalità del legislatore cui compete la scelta relativa al tempo e alle modalità di attuazione».

Nonostante le citate pronunce, non vi è stato un completo e definitivo distacco del principio di adeguatezza da quello di proporzionalità e, infatti, in tempi più recenti la connessione tra i due principi sembra sia stata rivalutata.

In particolare, nella sentenza n. 70 del 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato la sussistenza di un «nesso inscindibile che lega il dettato degli artt. 36, comma 1, e 38, comma 2» tale da esigere «la proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita». Il concetto di retribuzione differita, applicato alle prestazioni previdenziali, si fonda infatti sulla stretta correlazione tra garanzia di «proporzionalità» della retribuzione e «adeguatezza» della pensione<sup>21</sup>.

L'affermazione non è stata esente da critiche, in ragione dell'azzeramento dello scarto concettuale esistente tra le due disposizioni, derivante dalla dimensione puramente individuale del diritto alla retribuzione e da quella collettiva e solidaristica del sistema pensionistico.

Tuttavia, se la proporzionalità retributiva ha costituito l'iniziale parametro di integrazione del concetto di adeguatezza, negli ultimi anni nella definizione di quest'ultimo concetto ha assunto un ruolo ancora più incisivo il costante riferimento del giudice costituzionale alla sostenibilità finanziaria del sistema previdenziale<sup>22</sup>.

Inoltre, dalla giurisprudenza costituzionale è emerso negli ultimi anni il condizionamento del concetto di adeguatezza non solo rispetto al bilanciamento con le esigenze di contenimento della spesa, ma anche rispetto al necessario collegamento con altri diritti fondamentali, in piena coerenza con la complessiva trama dei valori costituzionali.

<sup>21</sup> Diversamente, ad avviso di Corte cost. 11 novembre 2020, n. 234, in *Dejure*, la garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita deve intendersi «agganciata anche all'art. 36 Cost., ma non in modo indefettibile e strettamente proporzionale».

<sup>22</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 821 ss.

Il riferimento, nello specifico, è alle pronunce che hanno riconosciuto la sussistenza di un collegamento tra l'adeguatezza sancita all'art. 38 Cost. e il diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost.<sup>23</sup>. Tale collegamento è stato determinato da una più ampia lettura delle esigenze di vita del lavoratore, non più riduttivamente intese in senso patrimonialistico e in funzione della capacità di guadagno, ma riferite in modo più generale alla sua complessiva integrità psico-fisica in coerenza con «il senso di solidarietà sociale che permea di sé l'intera Costituzione»<sup>24</sup>.

A sostegno di quanto appena esposto può osservarsi che, da un certo momento, nella giurisprudenza costituzionale si è riconosciuto che spetta unicamente alla discrezionalità legislativa, nel rispetto del limite della «ragionevolezza», la «determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali in un razionale bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti e nei limiti delle disponibilità finanziarie»<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Nello specifico, si fa riferimento «alle decisioni che hanno imposto una radicale revisione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali che il legislatore ha realizzato dando attuazione ai moniti rivoltigli dalla Consulta che, al di là di alcune ambiguità, miravano in un'ottica previdenziale ad attribuire all'adeguatezza un significato più aderente al complessivo valore della persona» (G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 821 ss.). Sul punto v. Corte Cost. 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, p. 1664, con nota di D. POLETTI; Corte Cost. 2 marzo 1991, n. 100, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1991, p. 9.

<sup>24</sup> Corte Cost. 18 luglio 1991, n. 356, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 144, con nota di A. ANDREONI.

<sup>25</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 821 ss. Tra le tante: Corte cost. 16 luglio 1973, n. 128, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1330; Corte Cost. 14 luglio 1988, n. 822, in *Giust. civ.*, 1988, 1, p. 2191; Corte Cost. 30 dicembre 1993, n. 477, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3917; Corte Cost. 10 giugno 1994, n. 240, in *Giust. civ.*, 1994, 1, p.1743; Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 17, in *Riv. giur. lav.*, 1995, p. 763; Corte Cost. 31 marzo 1995, n. 99, in *Giur. it.*, 1995, p. 529; Corte Cost. 24 ottobre 1996, n. 361, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 483; Corte Cost. 27 dicembre 1996, n. 417, in *Giust. civ.*, 1996, p. 6. Tra le più recenti: Corte Cost. 23 gennaio 2004, n. 30, in *Foro it.*, 2004, p. 641; Corte Cost. 19 dicembre 2006, n. 426, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2006, p. 51; Corte Cost. 11 novembre 2010, n. 316, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 438; Corte Cost. 10 marzo 2017, n. 53, in *Giust. civ.*, 2017, p. 627, con nota di R. PESSI, E. ROCCHINI; Corte Cost. 18 luglio

Passando ora alle interpretazioni dottrinali, c'è un punto fermo da cui muove la dottrina nell'affrontare il tema del significato e del contenuto dei «mezzi adeguati alle esigenze di vita» quale livello costituzionalmente dovuto dei trattamenti di previdenza obbligatoria; questo è individuabile nell'ambiguità della formula dell'art. 38, comma 2, Cost., ambiguità che si radica «nell'oggettiva relatività tanto del criterio di misura (l'adeguatezza) quanto al referente (le esigenze di vita)»<sup>26</sup>.

Il dibattito sul tema si è sviluppato in dottrina a partire dagli anni Novanta del secolo scorso<sup>27</sup> e si è concentrato soprattutto sulla possibilità di autonomizzazione, o meno, del criterio dell'art. 38 da quelli *ex art.* 36<sup>28</sup>.

A favore dell'autonomizzazione è emersa, anzitutto, la considerazione della differenza ontologica e di finalità tra retribuzione e prestazioni previdenziali<sup>29</sup>. La retribuzione, infatti, non è parametro di diretta identificazione della prestazione adeguata, bensì criterio di indiretta determinazione dell'adeguatezza in rapporto meritocratico con il contributo del lavoratore derivante dall'attività lavorativa svolta, sicché è soltanto in questo senso che il significato delle «esigenze di vita» dell'art. 38 Cost. può essere collegato al distinto, ma non completamente indipendente, parametro costituito dalla proporzionalità rispetto alla qualità e quantità del lavoro prestato<sup>30</sup>.

2014, n. 215, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3416, con nota di D. MEZZACAPO; Corte Cost. 9 novembre 2020, n. 234, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 831, con nota di P. SANDULLI.

<sup>26</sup> G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 765 ss.

<sup>27</sup> G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 765 ss.

<sup>28</sup> L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, p. 557 ss.; G. CANAVESI 2021, M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2017, p. 2.

<sup>29</sup> G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 765 ss.; L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, cit., p. 553.

<sup>30</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 821 ss. Così anche M. CINELLI, *L'adeguatezza della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, in *Foro.it*, 1986, spec. p. 1774.

Senza approfondire, per ovvie ragioni, l'acceso dibattito dottrinale in materia, basti rilevare le considerazioni odierne. Ad oggi in dottrina si parla di «doppia discrezionalità»<sup>31</sup> del legislatore e della Consulta nell'interpretazione del concetto di adeguatezza, nel senso che al legislatore è unicamente richiesto di operare scelte dotate di sufficiente coerenza e razionalità rispetto agli obiettivi che lo stesso intende perseguire. Ne deriva così un concetto sostanzialmente privo di un preciso significato anche a causa dell'indeterminatezza del referente costituito dalle «esigenze di vita» del lavoratore<sup>32</sup>.

Infine, oggi – ed è questo l'aspetto più rilevante nella definizione del significato e del contenuto dei «mezzi adeguati alle esigenze di vita» – in dottrina si sostiene la necessità di adottare una prospettiva di «adeguatezza sistemica», nella quale, ferma restando la rilevanza delle prestazioni monetarie, un ruolo fondamentale assumono quelle in ser-

Per maggiori approfondimenti sul tema si rimanda alle considerazioni di M. PERSIANI, *Art. 38*, cit., p. 250 ss.; A. AVIO, *Il difficile superamento delle categorie tradizionali: il dialogo tra legislatore e Corte Costituzionale sulle pensioni di vecchiaia*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 450 ss.; G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 782 (il quale, peraltro, precisa che «il discorso su art. 36 Cost. e adeguatezza riguarda in genere i trattamenti pensionistici, nonostante la disposizione costituzionale imputi quella qualità e le presupposte esigenze di vita indistintamente a tutte le prestazioni previdenziali. La ragione di questo “confinamento” è intuitiva e va ravvisata nel carattere non temporaneo dei trattamenti pensionistici, carattere che solleva complesse questioni tanto di sostenibilità finanziaria quanto di conservazione nel tempo di condizioni di vita conformi alla garanzia costituzionale. Diversamente, gli altri eventi tutelati, proprio perché di principio temporanei, a volte anche a durata predefinita, generano un bisogno che in ipotesi potrebbe essere rapportato alla retribuzione persa, in termini di trattamento ad essa sostitutivo in attesa del suo ripristino. E tuttavia, anche in questo caso il riferimento all'art. 36 Cost. difetterebbe di utilità e concretezza, solo a considerare l'eterogeneità dei criteri utilizzati, dove il dato comune è il posizionarsi del trattamento al di sotto della retribuzione percepita»).

Per i riflessi della questione sulla distinzione tra previdenza e assistenza si veda O. BONARDI, *Separate in casa? La distinzione tra previdenza e assistenza oggi*, cit., p. 707.

<sup>31</sup> E. ALES, *Il “diritto” dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia “discrezionalità” del legislatore e della Corte Costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, cit., p. 521 ss.

<sup>32</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 838.

vizi, delineando così una distinzione tra mezzi adeguati come risorse e come servizi<sup>33</sup>.

## 1.2. *Adeguatezza e solidarietà*

Il rapporto tra i parametri contenuti nell'art. 36 della Costituzione e il concetto di adeguatezza dei mezzi di cui all'art. 38 Costituzione, analizzato nelle pagine precedenti, risulta fortemente influenzato dal principio solidaristico che informa la nostra Costituzione, uno dei principi fondamentali e che esplica la propria rilevanza anche nell'interpretazione delle sue disposizioni.

Tale influenza risulta particolarmente forte nella materia previdenziale, poiché non può dubitarsi dello stretto legame sussistente tra l'articolo 38 e gli articoli 2 e 3 della Costituzione. Come ammoniva autorevole dottrina, infatti: «La solidarietà non è tanto una virtù morale, che si esplica nei rapporti interindividuali con atti personalizzati nei confronti di singole persone in situazioni determinate, quanto un principio giuridico oggettivo complementare del principio di uguale trattamento enunciato nell'art. 3. L'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge non è completa se non viene integrata dal dovere solidale di tutti di sobbarcarsi, in proporzione delle proprie possibilità, al peso comune costituito dai costi dello stare insieme in società<sup>34</sup>».

Il principio solidaristico impatta direttamente sul *quantum* delle prestazioni previdenziali. Ove, infatti, le stesse fossero determinate in misura direttamente proporzionale al reddito percepito in costanza di rapporto, si realizzerebbe l'interesse *egoistico* del singolo, ciò che però non risulta essere lo scopo perseguito dal sistema di sicurezza sociale<sup>35</sup>,

<sup>33</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. p. 277.

<sup>34</sup> L. MENGONI, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, M. NAPOLI (a cura di), *Vita e Pensiero*, Roma, 2004, p. 67.

<sup>35</sup> M. PERSIANI, *Intervento*, in AA. VV., *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello*, *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Foggia, 28-30 maggio 2015*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 141, che contrappone la finalità di "risolvere" il conflitto tra capitale e lavoro perseguita con gli istituti del rapporto di lavoro e la finalità di attuare il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. perseguita dai sistemi previdenziali.

finalizzato invece a fornire i mezzi minimi a tutti i consociati<sup>36</sup>, anche eventualmente a prescindere dal reddito percepito in costanza di rapporto, come anche dai contributi versati.

In ciò, infatti, si sostanzia l'autonomia del rapporto previdenziale rispetto a quello di lavoro, rapporti che risultano essere informati a principi differenti. Se nel rapporto di lavoro risulta fondamentale il legame di corrispettività tra lavoro svolto e retribuzione, nel rapporto previdenziale tale legame di corrispettività si sfuma in larga parte, proprio in considerazione delle esigenze di solidarietà che il sistema pensionistico, ma più in generale l'intero sistema di sicurezza sociale, mira a garantire<sup>37</sup>.

Ciò comporta dirette ricadute sull'entità delle prestazioni: la retribuzione spettante al lavoratore ancora attivo, invero, viene determinata nel rispetto del principio di corrispettività, mediante l'applicazione del quale si individua un punto di equilibrio tra gli interessi confliggenti delle parti del rapporto di lavoro; la prestazione pensionistica, invece, risulta influenzata da elementi del tutto estranei al rapporto di lavoro<sup>38</sup>, quali la necessità di garantire l'equilibrio economico, l'adeguamento dei requisiti di accesso al pensionamento all'incremento delle speranze di vita, l'andamento demografico e le variazioni del tasso di trasformazione del pil<sup>39</sup>. È evidente che, nel determinare un distacco dal principio di corrispettività, l'applicazione di tali fattori deve comportare il superamento della "necessaria ed integrale coincidenza" tra pensione e retribuzione<sup>40</sup>. Del resto, è la struttura dello stesso sistema

<sup>36</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Intervento*, cit., p. 139; P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro, oggi*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 677, nonché gli autori citati nelle nt 29 e 30.

<sup>37</sup> M. PERSIANI, *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1186.

<sup>38</sup> Per quanto innegabilmente le situazioni giuridiche sottese alle due prestazioni si pongano in un rapporto di funzionalità reciproca; in tali termini, L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, cit., p. 569.

<sup>39</sup> E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multivello: una prospettiva giuslavoristica*, Franco Angeli, Milano, 2015, p. 466. Sul superamento dell'equivoco derivante dal richiamo alla corrispettività, in particolare, M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 21.

<sup>40</sup> Corte cost. 7 luglio 1986, n. 173, in *Riv. giur. lav.*, 1986, p. 94.



pensionistico a riflettere la finalità solidaristica tutelata dalla Costituzione: il sistema contributivo, infatti, dal momento che pone il finanziamento delle pensioni a carico degli attuali occupati, risulta essere espressione di solidarietà intergenerazionale, superando la “redistribuzione perversa”<sup>41</sup>, invece propria del sistema retributivo, e riconducibile al modello assicurativo, con la quale lungi dal determinarsi un’effettiva (re)distribuzione verticale delle risorse, si finiva per premiare, anche a livello di prestazioni previdenziali, coloro che avevano carriere più dinamiche e retribuzioni maggiori<sup>42</sup>.

La necessità di rispettare il principio di solidarietà comporta ulteriori ricadute nella materia. In primo luogo, ne risulta influenzata la platea dei destinatari delle prestazioni<sup>43</sup>. Si intende così far riferimento all’allargamento delle istanze di protezione che tiene in considerazione l’esigenza di bisogno dei soggetti a prescindere dall’apporto del singolo in termini di contributi versati; detta prospettiva, infatti, in un’ottica solidaristica, dovrebbe far gravare i costi delle prestazioni sulla fiscalità generale.

Nel momento in cui si sceglie di attribuire rilievo predominante al valore della dignità, invero, l’elemento chiave per verificare il diritto alla prestazione diviene lo stato di bisogno, unitamente alla partecipazione dei beneficiari nei servizi, superando invece il presupposto rappresentato dai contributi versati<sup>44</sup>.

Tale visione spiega l’attribuzione di alcune prestazioni previdenziali a favore di soggetti diversi dai lavoratori subordinati<sup>45</sup>: si pensi, per

<sup>41</sup> M. JESSOULA, *L’equilibrio imperfetto: le pensioni italiane tra sostenibilità, adeguatezza, equità*, in *Italianieuropei.it*, 2014, 3, p. 65.

<sup>42</sup> L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, cit., p. 563,

<sup>43</sup> In tema di adeguatezza come spettanza delle prestazioni, M. DELL’OLIO, *Previdenza sociale, capacità di guadagno e distinzione tra impiegati e operai*, in *Giust. civ.*, 1971, pp. 2019 – 2035.

<sup>44</sup> L. FOGLIA, *La dignità nel diritto della sicurezza sociale. Alcuni spunti di riflessione*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La dignità "del" e "nel" lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 167, che ipotizza che il giudizio di ragionevolezza possa essere la sede in cui veicolare il principio di pari dignità sociale.

<sup>45</sup> Sulla lettura dell’espressione “lavoratori” come comprensiva anche dei liberi professionisti che però non dispongano di piena autonomia economica, U. PROSPERETTI, *Sulle nozioni di protezione sociale e di sicurezza sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, p.

esempio, alla sempre più pregnante tutela a favore dei collaboratori coordinati e continuativi, ovvero ancora alle tutele, in fase di evoluzione, per alcuni lavoratori autonomi<sup>46</sup>. Proprio la recente emergenza pandemica ha portato a comprendere l'importanza di un sistema di assistenza capace di intervenire a prescindere dalla storia contributiva del singolo, ed anzi forse in modo ancor più incisivo in presenza di soggetti con rapporti di lavoro discontinui, o comunque non dotati della stessa stabilità del lavoro subordinato.

L'impostazione è la stessa che ha portato, per altro verso, anche e soprattutto nello stesso frangente temporale, a stanziare ingenti fondi a favore di chi pure è lavoratore subordinato, prescindendo però dalla contribuzione versata<sup>47</sup>: si pensi agli ammortizzatori sociali c.d. Covid, ovvero all'istituto dell'Ape sociale, alla riduzione contributiva per i lavoratori precoci e al cumulo gratuito dei periodi contributivi.

Una tale rilettura del sistema comporta un diverso modo di intendere le prestazioni: per la piena realizzazione della dignità dell'individuo, infatti, risulta necessario investire su prestazioni differenti da quelle prettamente economiche<sup>48</sup>, che al vantaggio costituito dal risparmio dei costi uniscono quello di riuscire a garantire una migliore realizzazione della dignità umana, affrancando l'individuo dallo stato di bisogno. Sul punto, comunque, si tornerà di seguito.

Il riconoscimento del valore del principio di solidarietà ha, poi, ricadute su altri piani: proprio una rilettura in chiave solidaristica ha comportato un ripensamento delle poste indennizzabili nel caso di infortunio sul lavoro, superando la precedente impostazione nella quale

295 ss. *Contra*, A.M. BATTISTI, *L'adeguatezza della prestazione tra Costituzione e riforme legislative*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 316, secondo la quale «i beneficiari della garanzia costituzionale sono i lavoratori, o più correttamente i lavoratori dipendenti con rapporto a tempo indeterminato».

<sup>46</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit., p. 282. Sull'aspirazione universalistica delle protezioni sociali, S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 2012, p. 536.

<sup>47</sup> Come sottolinea FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, cit., p. 571, infatti, le istanze protettive rientrano nei doveri sociali che gravano sullo Stato comunità.

<sup>48</sup> L. FOGLIA, *La dignità nel diritto della sicurezza sociale. Alcuni spunti di riflessione*, cit., p. 168.

si attribuiva rilievo predominante alla perdita di capacità di lavoro ed apprendo, in virtù di un differente valore attribuito alla persona nonché al referente delle “esigenze di vita”<sup>49</sup>, al riconoscimento del danno biologico<sup>50</sup>. L’applicazione di detto principio comporta anche che, nel bilanciamento degli interessi che vengono in gioco, possa essere considerata ragionevole, a determinate condizioni, una previsione peggiorativa a carico di coloro che godono di prestazioni economicamente più consistenti, in un’ottica latamente redistributiva e comunque in cui assume rilievo centrale l’esigenza di finanziamento del sistema<sup>51</sup>.

Come già accennato, infine, si può tornare sull’ipotesi di riscrittura, sulla base del principio di solidarietà, del sistema previdenziale, favorendo le prestazioni in natura in luogo di quelle monetarie, nell’ottica di tendere nel migliore dei modi al reinserimento del soggetto beneficiario<sup>52</sup>; in tale ottica l’art. 38 della Costituzione viene ricordato con l’art. 4, comma 2, Cost., ipotizzando che in tal modo i beneficiari possano cooperare al progresso materiale e spirituale della Società, senza, al contempo, gravare eccessivamente sulle finanze del sistema, e così sulle nuove generazioni.

La considerazione della limitatezza delle risorse disponibili rappresenta, infatti, un altro degli elementi che assumono rilievo centrale nella riflessione che si è sviluppata in merito al concetto di adeguatezza dei mezzi<sup>53</sup>.

Non è certo un caso che fintantoché le risorse a disposizione non erano in quantità tanto limitata, alle questioni sull’entità delle presta-

<sup>49</sup> Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 87, cit.

<sup>50</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 833.

<sup>51</sup> Si veda, in merito, quanto affermato dalla Corte costituzionale proprio nell’intento di assicurare la realizzazione della “finalità solidaristica” tra i consociati: Corte cost. 11 novembre 2010, n. 316, cit., secondo la quale «*le pensioni incise dalla norma impugnata, per il loro importo piuttosto elevato, presentano margini di resistenza all’erosione determinata dal fenomeno inflattivo*».

<sup>52</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell’adeguatezza sistemica*, cit., p. 277 ss.; ID, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un “sistema integrato di microsistemi”*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 981 ss.

<sup>53</sup> Sulla giurisprudenza costituzionale della crisi, S. SCIARRA, *Prove di solidarietà in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 261 ss.

zioni previdenziali non veniva attribuito lo stesso rilievo che viene attribuito oggi<sup>54</sup>. Oggi, però, ci si trova di fronte al dato incontrovertibile della scarsità di risorse economiche a disposizione, derivante anche dall'inversione della piramide generazionale, per effetto della quale, com'è noto, il peso delle prestazioni di cui beneficia una platea sempre più estesa di fruitori viene riversato sulle spalle di sempre meno; ciò ha riportato la solidarietà al centro dei valori<sup>55</sup>.

Proprio la tendenziale negazione di un diritto ad un livello di prestazioni previdenziali economiche tali da garantire un tenore di vita più elevato rispetto a ciò che è la mera liberazione dal bisogno primario porta ad allargare l'angolo prospettico, verificando se un miglioramento delle condizioni di vita possa essere ottenuto in altro modo.

Da qui, l'esigenza di allargare lo spettro di indagine e verificare se la tradizionale nozione di adeguatezza, di cui all'art. 38 Cost., non possa essere diversamente riletta quale *adeguatezza sistemica*<sup>56</sup>, guardando da un lato oltre alle prestazioni monetarie, anche in considerazione dei maggiori investimenti compiuti nell'ambito delle prestazioni di servizi e della nuova centralità che esse potrebbero quindi assumere, e dall'altro riconsiderando la finalità delle prestazioni, che andrebbero intese come funzionali non solo alla realizzazione di un interesse individuale del soggetto protetto, ma come inserite in un assetto che mira alla realizzazione dell'interesse pubblico, dell'interesse, cioè, dell'intera collettività, ciò che non può che portare a considerare diversamente anche le questioni relative alla misura delle stesse. Con riferimento al primo profilo, l'indagine sull'adeguatezza dei mezzi forniti non dovrebbe, quindi, limitarsi a prendere in considerazione le prestazioni di

<sup>54</sup> Tanto che a partire dal 1995 il principio delle disponibilità di bilancio cessa di essere ritenuto dalla Corte limite esterno alle operazioni di bilanciamento, divenendo limite interno, A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 304 ss.

<sup>55</sup> S. SCIARRA, cit., p. 266; PERSIANI, *Intervento*, cit., p. 641 ss.; S. GIUBBONI, *Struttura ed evoluzione del sistema previdenziale italiano: note di ricerca*, in G. CANAVESI, E. ALES, *Il sistema previdenziale italiano. Principi, struttura ed evoluzione*, Atti dei Seminari maceratesi di studi previdenziali, Macerata 18-19 luglio 2016, Giappichelli, Torino, 2017, p. 75 ss.

<sup>56</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit., p. 280 ss.

tipo meramente monetario, ma dovrebbe ampliarsi, includendo al suo interno tutte le prestazioni, anche di servizi, le politiche attive, e financo l'articolarsi dei presupposti per godere delle prestazioni esistenti, in modo tale da verificare all'interno di questo più ampio contesto se si realizza, o meno, il disegno costituzionale<sup>57</sup>.

I vantaggi di questa prospettiva sono molteplici. Se si considera come banco di prova quello della tutela di chi si trova in stato di disoccupazione, si può verificare che una maggiore spinta per le prestazioni in servizi potrebbe rendere superflue, in molte occasioni, le prestazioni economiche: un sistema di politiche attive funzionante, ove incrociasse reali occasioni di lavoro, infatti, eliminerebbe la situazione che dà luogo allo stato di bisogno e renderebbe così meramente eventuale, e comunque temporanea e tendenzialmente eccezionale, la percezione di previdenze economiche<sup>58</sup>.

Si determinerebbe, per questa via, anche una valorizzazione del diritto al lavoro (art. 4 Cost.), che troverebbe realizzazione dal momento che un maggior numero di soggetti verrebbe messo nelle condizioni di ottenere un'occupazione, e che però acquisirebbe rilievo anche nella prospettiva di diritto-dovere<sup>59</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, del dovere, porre coloro che hanno perso l'occupazione nella condizione di poter lavorare, infatti, crea il presupposto affinché, appunto prestando la propria attività, gli stessi possano contribuire al progresso sociale e materiale della società, realizzando il precetto costituzionale di cui al comma secondo dell'art. 4<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit., p. 287 ss.

<sup>58</sup> P.A. VARESI, *Il sistema nazionale di servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro: aspetti strutturali*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 607 ss.; A. SARTORI, *La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato*, *ivi*, p. 735 ss.

<sup>59</sup> Già sul dovere di lavorare, G.F. MANCINI, *Commento all'art. 4 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost.*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 258. In senso contrario, V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, p. 165; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 297 ss.

<sup>60</sup> Cfr. ancora G.F. MANCINI, *Commento all'art. 4 della Costituzione*, cit., p. 208 ss.

In questo modo, si mira anche a realizzare compiutamente il diritto al lavoro: è evidente che è ben diverso fornire le sussistenze per ovviare ad una situazione in cui l'occupazione manchi, con un intervento che mira ad eliminare le conseguenze dell'inoccupazione, e, invece, eliminare la condizione che dà luogo allo stato di bisogno, mettendo il soggetto nelle condizioni di poter reperire una nuova e diversa occupazione e, con essa, superare la necessità di fruire dell'aiuto dello Stato.

Ciò, a sua volta, dà luogo ad una catena virtuosa: dal punto di vista dell'interesse collettivo, in tal modo si abbatte la necessità di erogare prestazioni economiche per fronteggiare una situazione, quella di disoccupazione, che altrimenti rischierebbe di consolidarsi nel tempo; dal punto di vista della persona, il soggetto inoccupato può raggiungere un'occupazione che permetta l'espressione della sua persona<sup>61</sup> e può aspirare ad ottenere una retribuzione commisurata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto (art. 36 Cost.), traendo un beneficio maggiore rispetto a quello di cui godrebbero percependo la prestazione previdenziale e favorendo la mobilità sociale. Al contempo, attraverso il lavoro – un lavoro “adeguato”<sup>62</sup> – si potrà contribuire al progresso materiale e spirituale della società<sup>63</sup>.

Ulteriore elemento che va tenuto in considerazione è che l'indagine di cui si tratta ha la caratteristica ineliminabile di essere sviluppata avendo come oggetto un sistema in continua evoluzione. Questo porta ad un diverso modo di ragionare in base alla considerazione del mutamento dei bisogni, nonché dei mezzi per darvi risposta; anche

<sup>61</sup> Cfr. C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in Raccolta di scritti, 3, Cedam, Milano, 1972, p. 144 ss., ID, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, p. 148 ss., secondo cui nella Costituzione italiana il lavoro posto a base della Repubblica non è fine in sé, o mero strumento di guadagno, ma mezzo di affermazione della personalità del singolo, garanzia di sviluppo delle capacità umane e del loro impiego.

<sup>62</sup> Anche nel senso di adeguatamente retribuito, cfr. M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 59, nonché le riflessioni svolte nel par. 2.1.

<sup>63</sup> C. MORTATI, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost.*, cit., p. 15; G.F. MANCINI, *Commento all'art. 4 della Costituzione*, cit., p. 247.

ragionando in un'ottica solidaristica, nella quale mirare a garantire anche a coloro che oggi sono in età lavorativa prestazioni adeguate, è difficile prevedere cosa si potrà considerare adeguato nel momento in cui fruiranno delle prestazioni stesse<sup>64</sup>. Si ipotizza che le prestazioni in servizi, essendo idonee ad eliminare in radice la condizione di bisogno, e - ove il sistema funzioni - a far venir meno l'esigenza di un sostegno duraturo da parte degli enti previdenziali, siano più adatte a superare tale problematica.

Risulta quindi corretto operare una rilettura delle misure di condizionalità; è riduttivo pensare che esse vengano imposte al soggetto percettore delle prestazioni di sostegno al reddito per scoraggiare la fruizione passiva, ipotizzando che trovino ragione d'essere nel funzionamento del micro-sistema costituito dal rapporto tra il beneficiario e l'ente erogatore; il nodo focale è, piuttosto, che tali misure sono volte a favorire il reinserimento sociale del soggetto, che assume una valenza molto più ampia, e che passa per mezzo della responsabilizzazione dello stesso<sup>65</sup>.

Si tende, infatti, in questo modo, a realizzare la garanzia dell'essere, non dell'avere<sup>66</sup>, che - quantomeno a livello di aspirazione - contraddistingue il diritto al lavoro e i diritti sociali.

La prospettiva risulta, con i dovuti distinguo, simile a quella dell'economia circolare<sup>67</sup>, concetto affermatosi inizialmente nella dottrina economica, con il quale si definisce il processo virtuoso nel quale gli elementi superflui, o che comunque sarebbero destinati all'eliminazione, possono trovare nuova vita nel riciclo, riducendo l'impatto sul sistema, *in primis* in termini di inquinamento. La prospettiva che si ipotizza per il sistema di sicurezza sociale risulta accomunata al concetto dell'economia circolare dal fatto di mirare a realizzare il principio di sostenibilità, che costituisce principio immanente al godimento dei di-

<sup>64</sup> M. PERSIANI, *Intervento*, cit., p. 644.

<sup>65</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit., p. 287 ss.

<sup>66</sup> Si realizzerebbe, cioè, l'obiettivo di fare del lavoro il «centro motore di mobilità sociale», cfr. C. MORTATI, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, cit., p. 15.

<sup>67</sup> E. MACARTHUR, *Towards the circular economy*, in *Journal of Industrial Ecology*, 2013, p. 14 ss; CIRCULAR ECONOMY NETWORK a cura di, *3° Rapporto sull'Economia Circolare in Italia, 2021*, Fondazione per lo Sviluppo Sostenibile, 2021, pp. 1-129.

ritti sociali. Tale principio si raccorda alla costruzione del diritto al lavoro come diritto-dovere, che, risulta tanto più utile nel momento in cui si esamina la situazione di chi gode delle prestazioni devolute a chi è privo dell'occupazione, e che spiega perché tutti i diritti sociali presenti nella Costituzione debbano essere letti come diritti-doveri<sup>68</sup>.

Il principio di sostenibilità, poi, se verificato nel tempo, deve guidare nella verifica dell'adeguatezza degli importi delle prestazioni previdenziali, in specie ove esse siano attribuite a favore di chi non può più prestare attività lavorativa, tipicamente per ragioni di età ovvero di salute; intesa in quest'accezione, infatti, la sostenibilità preclude alla previsione di prestazioni di importo tale da compromettere il godimento di analoghe prestazioni da parte dei soggetti attualmente occupati, come anche preclude alla possibilità che tali soggetti possano subire un peso eccessivo per poterle finanziare; anche in questo campo, piuttosto, si ipotizza possano trovare maggior spazio le politiche attive, e/o le prestazioni in servizi<sup>69</sup>.

## 2. Adeguatezza sistemica e stato di disoccupazione

Un primo ambito nel quale poter verificare le ricadute applicative del concetto di «adeguatezza sistemica» - intesa come adeguatezza delle prestazioni non solo economiche (*benefits in cash*) ma anche dei servizi per l'occupabilità della persona (*benefits in kind*), secondo una distinzione tipica della visione transatlantica della Sicurezza Sociale<sup>70</sup> - è quello relativo alla tutela contro la disoccupazione involontaria, evento

<sup>68</sup> A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Futura, 2006, p. 37 e ss.; M.L. SERRANO, *Sul carattere fondamentale dei Diritti sociali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2009, p. 88.

<sup>69</sup> Sull'auspicabile allargamento dei servizi, anche tenendo conto del costante ridursi dei trattamenti pensionistici, A.M. BATTISTI, cit., p. 348; G.G. BALANDI, *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 487.

<sup>70</sup> E. ALES, *La sicurezza sociale nel Diritto Internazionale e nel diritto dell'Unione Europea*, in E. ALES, G. CANAVESI, D. CASALE, R. CASILLO, M. ESPOSITO, G. LUDOVICO, R. VIANELLO, *Diritto della Sicurezza Sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 33 e ss., nonché, ID., *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. p. 281.



tutelato dall'art. 38, comma 2 Cost. L'ambito prescelto risulta particolarmente fertile per l'indagine che si propone in quanto laddove il lavoratore abbia perso, non per sua colpa, l'occupazione<sup>71</sup> e non ve ne sia una immediatamente disponibile è compito dello Stato garantire alla persona adeguati mezzi di vita, come prevede proprio l'art. 38, comma 2 Cost.

I mezzi ai quali fa riferimento la disposizione costituzionale si possono sostanziare non solo in prestazioni di carattere monetario, giacché questi possono essere intesi anche alla stregua di strumenti in grado di realizzare il diritto-dovere al lavoro di cui all'art. 4 Cost. Da questo punto di vista, dunque, la tutela contro la disoccupazione nella prospettiva della adeguatezza sistemica si traduce non solo nel dovere da parte dello Stato di sostenere economicamente il lavoratore in un periodo circoscritto durante il quale egli resta privo di un'occupazione ma di sostenerlo anche affinché il lavoro retribuito torni ad essere la sua principale fonte di sicurezza economica<sup>72</sup>. In altri termini, è dallo stretto collegamento che vi è tra l'art. 4 e l'art. 38, comma 2 Cost. che la tesi dell'adeguatezza sistemica trova un suo fondamento giuridico anche nella Carta Costituzionale. D'altro canto, non si può negare che vi sia un nesso inscindibile tra i servizi per l'impiego e le prestazioni

<sup>71</sup> Oltreché a causa del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo o oggettivo, l'evento della disoccupazione involontaria si materializza anche quando il lavoratore si dimette per giusta causa, per mancato pagamento della retribuzione, per molestie sessuali subite nei luoghi di lavoro, per modificazioni peggiorative delle mansioni lavorative per esigenze aziendali (che hanno portato alla risoluzione del rapporto), per *mobbing*, per variazioni delle condizioni di lavoro a seguito di cessione dell'azienda ad altro imprenditore (art. 2112 cod. civ.); per una rassegna di casistiche, cfr. cir. INPS 20 ottobre 2002, n. 163; mess. INPS 26 gennaio 2018, n. 369. Da ultimo, si evidenzia che tale stato si configura anche quando il lavoratore si dimette durante il periodo di sospensione del rapporto di lavoro con una procedura di liquidazione giudiziale in corso (costituisce ipotesi di dimissioni per giusta causa) o il rapporto di lavoro cessa a seguito di recesso del curatore dal contratto o a seguito di una risoluzione di diritto dello stesso nell'ambito delle procedure di liquidazione dell'impresa; cfr. circ. INPS 10 febbraio 2023, n. 21.

<sup>72</sup> E. ALES, *The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A holistic Approach to EU Social Commitment*, in *European Labour Law Journal*, 2017, p. 122 ss., secondo il quale le prestazioni di disoccupazione avrebbero dovrebbero svolgere solo una funzione "ponte" tra un impiego e l'altro.

monetarie e di sussidio per il disoccupato, anche perché dall'efficienza dei primi dipende un conseguente ridimensionamento temporale dei secondi<sup>73</sup>, con non poco impatto sulle risorse finanziarie pubbliche.

Definita la nozione di disoccupazione alla luce dell'attuale quadro normativo (§ 2.1), l'indagine, attraverso l'analisi del dato normativo, tenterà di verificare in prima battuta se i principali strumenti contemplati dall'ordinamento per la tutela contro la disoccupazione siano aderenti al principio dell'adeguatezza sistemica, cioè caratterizzati tanto dalla sussistenza della prestazione monetaria (*benefits in cash*) che da quella strumentale, ovvero i servizi per la ricerca dell'occupazione (*benefits in kind*) (§ 2.2). Svoltata questa verifica, l'indagine proseguirà con un *focus* su alcuni profili problematici connessi all'esigibilità dei *benefits in kind*, evidenziando quali implicazioni comporta la scelta di rileggere il concetto di adeguatezza tenendo conto anche dei servizi all'impiego (§ 2.3).

### 2.1. La nozione di disoccupazione oggi

Prima ancora di comprendere come possa concretizzarsi la tutela contro la disoccupazione secondo la prospettiva dell'adeguatezza sistemica, occorre identificare chi sia il *disoccupato* oggi. La ricerca di una definizione giuridica non deve essere intesa come mero esercizio definitorio perché è dall'identificazione di questo *status* che scaturisce l'attivazione del sistema di Sicurezza Sociale, che ha il compito di liberare dallo stato di bisogno il soggetto tutelato; in questo caso, una liberazione dal bisogno che si concretizza con il raggiungimento di una nuova occupazione.

Peraltro, una ricerca in questo senso si giustifica anche alla luce di un quadro normativo irrequieto e, per certi versi, in forte cambiamento, a partire dal fatto che oggetto della tutela contro la disoccupazione non è più solo il lavoratore subordinato, essendo accresciute le forme di protezione sociale anche in favore dei lavoratori autonomi. Il che comporta una ulteriore (se non definitiva) attuazione dell'art. 38,

<sup>73</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. p. 280.

comma 2 Cost., il quale «non fa alcuna distinzione tra lavoratori autonomi e lavoratori subordinati»<sup>74</sup>.

E' noto, infatti, che a partire dal 2012 sono state introdotte dal legislatore significative innovazioni per la tutela contro la disoccupazione anche dei lavoratori autonomi: si pensi, ad esempio, alla indennità mensile di disoccupazione per i collaboratori coordinati e continuativi (c.d. DIS-COLL)<sup>75</sup> o, a partire dal 2017<sup>76</sup>, alla possibilità di istituire presso i centri per l'impiego e gli organismi autorizzati alle attività di intermediazione in materia di lavoro uno sportello dedicato al lavoro autonomo, anche stipulando convenzioni non onerose con gli ordini e i collegi professionali e le associazioni professionali di coloro che esercitano professioni non organizzate in ordini o collegi (l. 14 gennaio 2013, n.4), nonché con le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale dei lavoratori autonomi iscritti e non iscritti ad albi professionali<sup>77</sup>.

Una prima definizione di disoccupato viene offerta dall'art. 19 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150, il quale identifica la persona che versa in tale condizione con il soggetto privo «di impiego che» dichiara «in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'articolo 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego».

Inoltre, anche l'art. 4, comma 15-*quater* del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 - la cui disciplina sarà presto superata dalle nuove misure di contrasto alla povertà (facciamo riferimento all'Assegno di Inclusione di

<sup>74</sup> L. LA PECCERELLA, *Le nuove forme di rapporto di lavoro: riflessi sulla tutela antinfortunistica*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2016, p. 287 e ss., spec. p. 294.

<sup>75</sup> E. GHERA, *La tutela dei lavoratori parasubordinati disoccupati: dall'indennità una tantum al DIS-COLL*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 30 ss.

<sup>76</sup> Art. 10 l. n. 81 del 2017.

<sup>77</sup> Mentre E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. p. 283 ritiene che sia possibile intravedere in tali sportelli una forma di contrasto alla "disoccupazione" per i lavoratori autonomi puri, G. CANAVESI, *Le tutele per i lavoratori autonomi*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, p. 587 ss. ritiene che questi siano stati concepiti dal legislatore per svolgere una funzione promozionale dell'attività di lavoro autonomo-professionale.

cui all'art. 1 del d.l. 4 maggio 2023, n. 48)<sup>78</sup> - offre un'ulteriore definizione, ricomprendendo tra i disoccupati «anche i lavoratori il cui reddito da lavoro dipendente o autonomo corrisponde a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell'articolo 13 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917». In questa prospettiva, il lavoratore sprovvisto di un impiego condivide, rispetto al sistema della previdenza, il medesimo *status* giuridico del lavoratore titolare di un impiego di scarsa qualità (c.d. *working poor*)<sup>79</sup>.

Da queste disposizioni emerge come la nozione di «lavoratore disoccupato» si sia notevolmente estesa, a tal punto da ricomprendere non solo il soggetto in cerca di nuova occupazione ma anche «coloro, che, pur essendo occupati, ricevono trattamenti economici insufficienti»<sup>80</sup>.

Non è più equiparato, invece, al disoccupato il lavoratore interessato dalla sospensione temporanea dell'attività di lavoro e beneficiario di un trattamento di integrazione salariale. Come è noto, tale trattamento non comporta il recesso di una delle parti dal contratto di lavoro ma la sospensione delle prestazioni corrispettive per ragioni di crisi aziendale o di eventi che non possono essere imputabili alle parti. Questo particolare tipo di disoccupazione, definita come *temporanea o parziale* e la cui riconduzione all'art. 38, comma 2 Cost. è controversa<sup>81</sup>, non concorre più ad ampliare la nozione di lavoratore disoccupato

<sup>78</sup> S. CAFFIO, *L'introduzione dell'Assegno di inclusione (artt. 1-6, 9, 11, 13, d.l. n. 48/2023)*, in E. DAGNINO, D. GAROFALO, G. PICCO, P. RAUSEI, *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 "decreto lavoro"*, ADAPT University Press, 2023, pp. 117-141.

<sup>79</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. p. 289.

<sup>80</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. p. 297.

<sup>81</sup> In questo senso, si veda M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 277-278. Nello stesso senso, C.A. NICOLINI (a cura di), *Gli ammortizzatori sociali riformati*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 21. *Contra*, G. CANAVESI, *Le tutele per i lavoratori autonomi*, in E. BALLETTI (a cura di), *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 63-84, spec. p. 77 laddove osserva che «diversamente dalla disoccupazione involontaria, la riduzione/sospensione dell'attività lavorativa - per cause non imputabili al datore di lavoro e ai lavoratori ovvero per situazioni di difficoltà dell'attività imprenditoriale -

to per effetto dell'abrogazione dell'art. 8 del d.lgs. n. 148 del 2015 e dell'art. 20 del d.lgs. n. 150 del 2015 ad opera della legge n. 234 del 2021.

L'art. 20 del d.lgs. n. 150 del 2015 prevedeva, infatti, che «i lavoratori dipendenti per i quali la riduzione di orario connessa all'attivazione di una procedura di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa per integrazione salariale, contratto di solidarietà, o intervento dei fondi di solidarietà di [...], sia superiore al 50 per cento dell'orario di lavoro, calcolato in un periodo di dodici mesi, devono essere convocati in orario compatibile con la prestazione lavorativa, dal centro per l'impiego [...] per stipulare il patto di servizio personalizzato». La sottoscrizione del patto di servizio da parte del lavoratore in Cassa Integrazione era funzionale a prevenire l'evento della disoccupazione e per questa ragione la legge già disponeva l'accesso ai servizi per l'impiego. Infatti, la prospettiva dell'adeguatezza sistemica impone che la tutela non intervenga solo «a ristoro» ma anche «a prevenzione dell'evento dannoso socialmente rilevante»<sup>82</sup>. Tuttavia, l'abrogazione della disposizione ha comportato la «fuoriuscita» di detti lavoratori «dall'ottica dello stato di disoccupazione e delle politiche attive»<sup>83</sup>.

In tale quadro, posto che la nozione di lavoratore disoccupato è stata dilatata dalla legislazione ordinaria, questa tendenza si riverbera necessariamente sulla funzione del sistema di sicurezza sociale, che è chiamato a garantire «mezzi adeguati alle esigenze di vita» tanto a persone prive di occupazione che a persone che cercano invece una occupazione di qualità. E proprio per i lavoratori inoccupati o impiegati in attività di lavoro di scarsa qualità, i mezzi adeguati non si possono

non è evento contemplato in Costituzione». Nello stesso senso, si veda A. OCCHINO, *La tutela del rischio occupazionale nel rapporto di lavoro. Il modello assicurativo tra cassa integrazione e bilateralità*, in G. CANAVESI, E. ALES, *La tutela per la disoccupazione nelle trasformazioni del lavoro*, Eum, Macerata, 2020, pp. 41-49, secondo la quale l'evento della disoccupazione temporanea per ragioni connesse alla sospensione dell'attività di impresa è tutelato ai sensi dell'art. 2 Cost.

<sup>82</sup> M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 177.

<sup>83</sup> G. CANAVESI, *Gli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto dalla Cig Covid-19 alla novella del d.lgs. n. 148/2015: quale continuità?*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, p. 631 ss., spec. p. 649.

concretizzare esclusivamente in mere prestazioni monetarie ma anche e soprattutto in misure di politica attiva, che hanno la finalità di riallocare il lavoratore in un percorso professionale più dignitoso. Pertanto, è l'ampliamento della nozione stessa di «disoccupato» a giustificare, ancora una volta, la necessità di rileggere il concetto di adeguatezza delle prestazioni non solo in ottica esclusivamente economica (o dette anche prestazioni di ristoro) ma anche in una prospettiva che valorizzi i servizi e le politiche attive del lavoro da accordare alla persona in cerca di occupazione.

## 2.2. *La tutela contro la disoccupazione tra benefit in cash e benefit in kind*

Gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione della persona per la ricerca di una nuova occupazione sono diversi, alcuni dei quali presentano una natura "ibrida", sospesa tra una funzione di assistenza (art. 38, comma 1 Cost.) e una funzione di previdenza (art. 38, comma 2 Cost.)<sup>84</sup>. In questo senso, si pensi al Reddito di Cittadinanza (d'ora in poi, RdC)<sup>85</sup>, laddove l'art. 1 del d.l. n. 4 del 2019 definisce tale strumento una «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale»: da questo inciso, è possibile evincere come il contrasto alla povertà è posto sullo stesso piano (se non in via residuale) rispetto al diritto al lavoro, che rappresenterebbe il fine prevalente a cui strumentalmente la misura è rivolta<sup>86</sup>. Nello stesso senso pare essere orientato anche l'Assegno di Inclusione – la cui messa a re-

<sup>84</sup> G. CANAVESI, *Le interazioni tra diritto all'assistenza sociale e diritto del lavoro. Un tentativo di ricognizione*, in *Var. temi dir. lav.*, 2019, p. 423 ss., spec. p. 441.

<sup>85</sup> M. MAROCCO, S. SPATTINI, *Diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva, inclusione sociale: le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana*, ADAPT University Press, Modena, 2019, moodle.adaptland.it/pluginfile.php/34543/mod\_resource/content/7/vol\_79\_2019\_reddito\_cittadinanza.pdf.

<sup>86</sup> Per un tentativo di collocazione della misura rispetto ai principi costituzionali in materia, cfr. A. ALAIMO, *Il reddito di cittadinanza fra diritto all'assistenza e doveri di attivazione. Per un modello ideal-tipico di strategia di inclusione*, in *Var. temi dir. lav.*, 2019, p. 457 ss.

gime è stata differita al 1° gennaio 2024 – laddove l'art. 1 del d.l. n. 48/2023 prevede che tale misura è finalizzata all'inserimento, oltreché sociale, anche lavorativo.

Prendendo le mosse dagli strumenti di tutela contro la disoccupazione effettiva, intesa come perdita involontaria dell'occupazione da parte di un lavoratore subordinato, osserviamo come la NASPI, a partire dal 1° maggio 2015, fornisce «una tutela di sostegno al reddito ai lavoratori con rapporto di lavoro subordinato che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione»<sup>87</sup>, anche a seguito di una procedura di risoluzione consensuale nell'ambito della procedura imposta dall'art. 7 della legge n. 604/1966 nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo<sup>88</sup>. La tutela è accordata al ricorrere di un requisito, ovvero che il lavoratore possa «far valere, nei quattro anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione, almeno tredici settimane di contribuzione»<sup>89</sup>.

Relativamente alle prestazioni monetarie (*benefit in cash*), il legislatore prevede che per le retribuzioni precedentemente percepite pari o inferiori ad euro 1.195,00 l'indennità sia limitata ad un importo pari al 75% del trattamento economico da ultimo percepito. L'art. 4, comma 2 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22 precisa che laddove «la retribuzione mensile sia superiore al predetto importo l'indennità è pari al 75 per cento del predetto importo incrementato di una somma pari al 25 per cento della differenza tra la retribuzione mensile e il predetto importo». L'art. 6 stabilisce che la domanda per accedere alla NASPI deve essere presentata in via telematica all'INPS entro sessantotto giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro (comma 1), precisando anche che la prestazione comincerà a decorrere «dall'ottavo giorno successivo alla cessazione del rapporto di lavoro o, qualora la domanda sia

<sup>87</sup> Art. 1 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22.

<sup>88</sup> Art. 3, comma 2 del d.lgs. n. 22 del 2015.

<sup>89</sup> Art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 22 del 2015. In realtà, la medesima disposizione prevede che tale misura è riconosciuta anche ai lavoratori che abbiano svolto «trenta giornate di lavoro effettivo, a prescindere dal minimale contributivo, nei dodici mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione» (lett. c). Tuttavia, come precisa il successivo comma 1-bis, tale misura cessa di applicarsi rispetto a questa casistica a partire dal 1° gennaio 2022.

presentata successivamente a tale data, dal primo giorno successivo alla data di presentazione della domanda» (comma 2)<sup>90</sup>.

La prestazione di cui all'art. 1 e ss. del d.lgs. n. 22 del 2015 non si esaurisce tuttavia nell'erogazione di una indennità mensile dalla durata temporanea e prestabilita – con non pochi dubbi sull'adeguatezza dell'importo anche alla luce delle dinamiche inflattive in atto, che erodono non solo i livelli salariali ma anche gli importi delle prestazioni previdenziali – in attesa che il lavoratore cerchi autonomamente una nuova occupazione. L'art. 7 del medesimo decreto, infatti, precisa che l'erogazione dell'indennità è condizionata alla «regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professionale proposti» dai servizi per l'impiego. Inoltre, è da notare come il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150 introduca ulteriori vincoli ai quali è condizionata l'erogazione della NASPI. Anzitutto, la richiesta dell'indennità equivale alla dichiarazione di disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa o alla partecipazione a misure di politica attiva del lavoro concordante con il centro per l'impiego<sup>91</sup>. Inoltre, i beneficiari della NASPI dovranno contattare i centri per l'impiego entro quindici giorni dalla presentazione della domanda<sup>92</sup> e in mancanza, saranno convocati da questi per la sottoscrizione di un patto di servizio personalizzato<sup>93</sup>. Tale patto può essere stipulato oltretutto con il centro per l'impiego (art. 18, comma 2) anche con altri soggetti privati accreditati a livello nazionale (art. 11, comma 4) laddove sia stabilito dalle regioni, oppure dall'ANPAL (art. 9, comma 2). Nel patto, l'operatore deve indicare le prestazioni di politica attiva più idonee per la persona presa in carico, i percorsi di formazione o anche aggiornare i contenuti del patto se già sottoscritto. Gli impegni assunti dal disoccupato sono comunque assistiti da un sistema sanzionatorio articolato, disciplinato all'art. 21, comma 7 del d.lgs. n. 150 del 2015 e improntato al principio di gradualità. Tuttavia, le sanzioni paiono particolar-

<sup>90</sup> Analoghe misure sono previste anche per la DIS-COLL; cfr. art. 15 del d.lgs. n. 22 del 2015. In tema, D. GAROFALO, *Stabilizzazione ed estensione della Dis-Coll*, D. GAROFALO, *La nuova frontiera del lavoro autonomo: autonomo-agile-occasionale*, ADAPT University Press, 2018, p. 180 e ss.

<sup>91</sup> Art. 21, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2015.

<sup>92</sup> Art. 21, comma 2, d.lgs. n. 150 del 2015.

<sup>93</sup> Art. 20, d.lgs. n. 150 del 2015.



mente incisive laddove il lavoratore non partecipi, senza giustificato motivo, ad iniziative di carattere formativo e di riqualificazione professionale (prevedendo la sospensione di una mensilità e in caso di reiterazione la decadenza dalla NASPI) o laddove lo stesso rifiuti un'offerta congrua di lavoro (in questo caso, vi è la decadenza dallo stato di disoccupazione e la conseguente perdita dell'indennità)<sup>94</sup>.

La subordinazione dell'erogazione dell'indennità economica alla partecipazione a programmi di reinserimento lavorativo instaura un collegamento tra le due prestazioni tali da consentire all'interprete di ritenere che l'adeguatezza della tutela vada vagliata nella sua globalità, cioè considerando non solo le prestazioni monetarie ma anche i servizi, confermando così la prospettiva della adeguatezza sistemica. Prospettiva che è possibile riscontrare oltretutto per la disciplina dedicata ai collaboratori coordinati e continuativi<sup>95</sup>, anche per i beneficiari della misura introdotta dal d.l. n. 4 del 2019, i quali sono soggetti all'obbligo della dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro - che, nel caso, è condizione necessaria per l'accesso alla misura - e sono obbligati alla sottoscrizione di un patto di servizio personalizzato (in questo caso, definito come *patto per il lavoro*)<sup>96</sup>. L'obbligo di dichiararsi disponibile allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego e di sottoscrivere con lo stesso un patto di servizio non fa altro che confermare il fatto che tale beneficio economico sia una prestazione di disoccupazione, giacché questi due elementi sono parte integrante della definizione giuridica dello stato di disoccupazione, oggi offerta dall'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2015<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Art. 21, comma 7, lett. c) e d), d.lgs. n. 150 del 2015. Per una critica del sistema sanzionatorio in tale ambito, oltre a E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. pp. 321-322, si veda anche A. ALAIMO, *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e "strategia delle obbligazione reciproche"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 507 ss., spec. p. 513.

<sup>95</sup> Cfr. art. 15, comma 10, d.lgs. n. 22 del 2015 il quale subordina l'erogazione dell'indennità (DIS-COLL) «alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa e ai percorsi di riqualificazione professionale proposti».

<sup>96</sup> Art. 4, comma 1, d.l. n. 4 del 2019.

<sup>97</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. p. 316.

Posto che il lavoratore interessato da una sospensione temporanea dell'attività non può considerarsi un disoccupato alla luce del quadro normativo attuale (§ 2.1), è doveroso osservare però che un obbligo di partecipare «a iniziative di carattere formativo o di riqualificazione, anche mediante fondi interprofessionali» è ora previsto anche per i destinatari di integrazioni salariali ai sensi dell'art. 25-ter del d.lgs. n. 148 del 2015. Anche in questo caso, è possibile notare come il legislatore abbia valorizzato non solo la prestazione monetaria (cioè l'integrazione salariale che va a sostituire o completare il trattamento retributivo del lavoratore la cui attività di lavoro è in tutto o in parte temporaneamente sospesa) ma anche quella della riqualificazione professionale. La disposizione, tuttavia, presenta una disciplina scarna e rimessa ad una decretazione ministeriale - prevista dalla medesima disposizione al comma 4 - che determina le modalità operative<sup>98</sup>. Da questo meccanismo di condizionalità, restano però «esclusi i lavoratori in CIGO» per effetto dell'abrogazione dell'art. 8 del d.lgs. n. 148 del 2015 e dell'art. 22 del d.lgs. n. 150 del 2015, mentre sono inclusi «tutti i lavoratori beneficiari» dell'integrazione salariale straordinaria, «compreso l' AIS erogato dai diversi fondi bilaterali», senza che però sia fissato alcun limite rispetto all'entità della sospensione dell'attività di lavoro<sup>99</sup>. Sotto questo profilo, sono ancora poco chiare le ragioni che hanno spinto il legislatore a rafforzare le prestazioni in termini di servizi per i lavoratori destinatari delle integrazioni salariali straordinarie e a sopprimere invece quelle per i lavoratori interessati dalle integrazioni salariali ordinarie, per i quali ora l'ordinamento riserva solo prestazioni di carattere monetario.

<sup>98</sup> D.m. Lavoro e Politiche Sociali 2 agosto 2022.

<sup>99</sup> In termini critici, si veda sempre G. CANAVESI, *Gli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto dalla Cig Covid-19 alla novella del d.lgs. n. 148/2015: quale continuità?*, cit., p. 649, il quale osserva che precedentemente, per i lavoratori in CIGO, l'obbligo di sottoscrizione del patto di servizio e la partecipazione ad attività di riqualificazione sorgeva solo nel caso di una riduzione dell'attività superiore al 50% dell'orario di lavoro, calcolato in un periodo di dodici mesi.

### 2.3. Adeguatezza sistemica ed esigibilità dei servizi per l'impiego

Dall'analisi normativa precedentemente svolta (§ 2.2), emerge come il legislatore abbia strutturato un sistema integrato, nell'ambito del quale le risorse pubbliche sono mirate non solo a garantire prestazioni monetarie (in termini di risorse economiche) ma anche a finanziare i servizi per l'impiego, i quali hanno la funzione di ristabilire, attraverso l'assistenza nella ricerca di un impiego, la sicurezza sociale ed economica della persona, che si realizza grazie al lavoro retribuito.

Come premesso (§ 2), l'indagine in questo paragrafo tenderà di mettere in evidenza, sia pure nell'economia del presente studio, alcuni profili problematici connessi all'esigibilità dei *benefits in kind*, in particolare quali implicazioni comporta la scelta di rileggere il concetto di adeguatezza tenendo conto anche dei servizi all'impiego. Se, infatti, i mezzi adeguati di cui all'art. 38, comma 2 Cost. impiegati dallo Stato per liberare la persona dallo stato di disoccupazione sono rappresentati anche dai servizi per la ricerca di un impiego (mezzi adeguati, in questo caso, intesi come strumenti), non può essere trascurato il fatto che nell'erogazione di tali servizi viene a configurarsi un rapporto tra Stato e disoccupato la cui natura giuridica appare controversa.

Anzitutto, è da notare come il rapporto tra il centro per l'impiego e l'utente sia caratterizzato da una accentuata asimmetria, giacché mentre «il primo non è assoggettato ad alcun obbligo negoziale né ad alcuna sanzione», il beneficiario di un trattamento economico è assoggettato al rispetto delle diverse condizioni imposte dalla legge per accedere all'indennità (cfr. *supra*, § 2.2)<sup>100</sup>. Si tratta, dunque, di un rapporto sbilanciato poiché la legge prescrive doveri e sanzioni in capo al disoccupato (si pensi, ad esempio, al sistema sanzionatorio predisposto dall'art. 21, comma 7 del d.lgs. n. 150 del 2015) senza però introdurre un adeguato “contrappeso” di responsabilità in capo agli uffici<sup>101</sup>. Il che, ammesso che il rapporto tra disoccupato e centri per l'impiego

<sup>100</sup> L. VALENTE, *Il diritto del mercato del lavoro*, Cedam, Milano, 2023, p. 139.

<sup>101</sup> A. SARTORI, *La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato*, in *Var. temi lav.*, 2022, p. 736 e ss. A. ALAIMO, *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e “strategia delle obbligazione reciproche”*, cit., p. 513.

abbia natura negoziale, altererebbe inevitabilmente il sinallagma dello stesso<sup>102</sup>.

Tuttavia, in dottrina è controversa la natura di suddetto rapporto. Mentre alcuni ne evidenziano la natura pubblicistica<sup>103</sup>, non mancano posizioni che intravedono nel patto di servizio e nel patto per il lavoro una natura negoziale e, quindi, contrattualistica<sup>104</sup>, «con la conseguenza che ogni ritardo amministrativo può dare luogo a richieste risarcitorie nei confronti dei CpI per inadempimento contrattuale e perdita di *chance* e per mancata tutela del contenuto essenziale di uno dei diritti garantiti dalla Costituzione»<sup>105</sup>. Si pensi, a titolo di esempio, al caso in cui il disoccupato dimostri il mancato rispetto dei parametri dell'offerta congrua<sup>106</sup>. Inoltre, il lavoratore potrebbe sempre richiedere «il risarcimento del danno extracontrattuale per responsabilità civile ogni volta che il ritardo sia configurabile come un illecito (art. 2043 c.c.)»<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit. p. 322, il quale pare aderire alla tesi "contrattualista" poiché ritiene che il principio di condizionalità con funzione sanzionatoria «svolge un ruolo essenziale, in quanto, nella dimensione pattizia del supporto che il disoccupato riceve dai centri per l'impiego, quel principio è finalizzato a garantire la natura sinallagmatica, fondata, appunto sullo scambio tra prestazione economica e attivazione del beneficiario».

<sup>103</sup> L. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 122-123; V. FILÌ, *Il patto di servizio personalizzato*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, Cacucci, Bari, 2016, p. 179. Da ultimo, si veda L. VALENTE, *Il diritto del mercato del lavoro*, cit., pp. 137-138, la quale propende per la natura di atto amministrativo del patto.

<sup>104</sup> R. SANTUCCI, *Lo stato di disoccupazione*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, cit., p. 168, nonché nello stesso volume, si veda anche A. OLIVIERI, *La condizionalità nel d.lgs. n. 150/2015: luci e ombre*, p. 210. Sul punto si veda anche S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neocontrattualismo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 108 ss., che tuttavia pare conferire al patto natura precontrattuale.

<sup>105</sup> L. VALENTE, *I diritti dei disoccupati*, Cedam, Milano, 2019, p. 5.

<sup>106</sup> C. GARBUIO, *L'offerta congrua di lavoro nel prisma del principio di condizionalità: tra parametri oggettivi e necessarie implicazioni soggettive*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 3, p. 575 ss.

<sup>107</sup> L. VALENTE, *I diritti dei disoccupati*, cit., p. 5.

Non è certamente agevole riuscire a propendere per una tesi piuttosto che per un'altra, anche perché il quadro normativo di riferimento è in continuo mutamento e non concede all'interprete elementi solidi per poter argomentare in un senso piuttosto che in un altro. Ciò che è certo, però, è che l'art. 4 Cost. riconosce al disoccupato il diritto di ricevere appropriate misure di politica attiva da parte dello Stato, che però non si sostanziano nel fornire «il posto» di lavoro ma «ogni attività strumentale – come, ad esempio, formazione, informazione, orientamento – necessaria alla proficua ricerca di un posto di lavoro»<sup>108</sup>. Da questo punto di vista, allora, l'asimmetria che si registra tra l'operatore del centro per l'impiego – non soggetto ad alcun meccanismo sanzionatorio per eventuali ritardi – e il disoccupato viene compensata dalla possibilità per quest'ultimo di poter «agire in giudizio per ogni ritardo ingiustificato o per ogni omissione al fine di richiedere il risarcimento del danno derivante dalla perdita di *chance* a causa dei ritardi della pubblica amministrazione»<sup>109</sup>. In altri termini, dunque, la sottoscrizione del patto di servizio determina «l'insorgenza di un *diritto soggettivo* del lavoratore alla concreta erogazione delle misure negoziate nel patto e la *pretesa* di ottenere le prestazioni in tempi stabiliti»<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in AA. VV., *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*, supplemento a *Riv. giur. lav.*, 1999, p. 37.

<sup>109</sup> L. VALENTE, *Il diritto del mercato del lavoro*, cit., p. 138, la quale osserva che «in caso di domanda di risarcimento danni per perdita di *chance* la giurisprudenza ritiene che ricada sul ricorrente l'onere di provare, anche facendo ricorso a presunzioni e al calcolo delle probabilità - statisticamente valutabile con giudizio prognostico *ex ante* secondo l'*id quod plerumque accidit* sulla base di elementi di fatti forniti dal danneggiato - la possibilità che questi avrebbe avuto di conseguire il bene della vita oggetto della posizione giuridica di vantaggio, al fine di ottenere quantomeno il risarcimento in via equitativa» che il giudice può liquidare ai sensi dell'art. 1226 comma 2. Per agire in giudizio «il lavoratore deve quindi provare il ritardo o l'omissione della erogazione della misura» e deve provare «ricorrendo alla prova statistica, il nesso tra l'inadempimento e la perdita di dell'occupazione».

<sup>110</sup> L. VALENTE, *Il diritto del mercato del lavoro*, cit., p. 139.

### 3. Adeguatezza sistemica e trattamento pensionistico

L'adeguatezza dei «mezzi» rispetto alle «esigenze di vita» di cui all'art. 38, comma 2 Cost. ha assunto una centralità nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale anche rispetto al sistema di tutela contro la vecchiaia, cioè il trattamento pensionistico.

Sul versante del formante dottrinale, si sono registrate due posizioni nettamente contrapposte: da un lato è stato sostenuto che il concetto di adeguatezza di cui si fa parola nell'art. 38, comma 2 Cost. non troverebbe corrispondenza né può sovrapporsi ai parametri di proporzionalità e sufficienza espressi dall'art. 36 Cost. E ciò perché l'art. 38 Cost. non tutelerebbe l'interesse privato del lavoratore al mantenimento, all'atto di uscita dal mercato del lavoro, del medesimo tenore di vita conseguito all'esito del proprio percorso lavorativo<sup>111</sup>, ma una prestazione previdenziale slegata dalle precedenti vicende professionali e che, oltre ad essere influenzata da molteplici fattori quali «l'equilibrio economico, l'adeguamento dei requisiti di accesso al pensionamento all'incremento delle speranze di vita, l'andamento demografico, le variazioni effettive del tasso di trasformazione del prodotto interno lordo», deve essere garantita *pro futuro* anche a chi oggi è riconosciuta la titolarità di una aspettativa in tal senso<sup>112</sup>. Tutto ciò si spiega alla luce del principio di solidarietà, perché occorre che «il sistema sia mantenuto in condizioni tali da esaudire quell'aspettativa»<sup>113</sup>. In questo senso, allora, le prestazioni previdenziali, per quanto collegate alla storia retributiva del lavoratore<sup>114</sup>, «tendono a soddisfare esclusivamente l'interesse pubblico alla liberazione del bisogno» – nel rispetto della

<sup>111</sup> Contesta che tra l'art. 36 e l'art. 38 Cost. possa esservi un collegamento M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 552 ss., definendo questo accostamento un vero e proprio «equivoco».

<sup>112</sup> L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, in *Dir. merc. lav.* 2017, p. 557 e ss., spec. pp. 568 e 571.

<sup>113</sup> L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, cit., p. 571.

<sup>114</sup> In questo senso, D. GAROFALO, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al D.L. n. 65 del 2015*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 680 e ss., spec. p. 690.

discrezionalità legislativa – e «non possono essere destinate a soddisfare interessi personali ed egoistici dei soggetti protetti»<sup>115</sup>.

Peraltro, autorevole dottrina ritiene che tra i «mezzi necessari per vivere» che devono essere garantiti dall'assistenza (art. 38, comma 1 Cost.) e i «mezzi adeguati» alle «esigenze di vita» che il sistema della previdenza deve garantire ad ogni lavoratore posto fuori dal mercato del lavoro (art. 38, comma 2 Cost.) non vi possa intercorrere alcuna differenza (sostenendone, al contrario, la completa sovrapposizione), giacché si tratta della medesima garanzia costituzionale che si traduce in un impegno dello Stato «alla liberazione del cittadino dal bisogno come condizione per l'effettivo esercizio dei diritti civili e politici»<sup>116</sup>.

A questa tesi, si contrappone l'argomentazione di chi ritiene che, invece, vi sia un insopprimibile collegamento tra l'art. 36 Cost. e l'art. 38 Cost. poiché «retribuzione e contribuzione in qualche modo misurano il merito acquistato dal cittadino attivo nell'assolvere il dovere, sancito dall'art. 4, comma 2, Cost.» (ovvero, il diritto-dovere al lavoro); pertanto, «uno scostamento tra contribuzione e retribuzione è lecito, ma deve essere sopportabile»<sup>117</sup>.

Parimenti, secondo la medesima dottrina, è insopprimibile la “tensione” tra il concetto espresso dall'art. 38, comma 1 Cost. («mezzi necessari per vivere») e quello contenuto nel successivo comma 2 («mezzi adeguati» alle «esigenze di vita»). Il comma 2, infatti, esprimerebbe anche un'anima meritocratica perché deve tutelare il credito accumulato del soggetto tutelato (il lavoratore) durante la vita lavorativa<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> M. PERSIANI, *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1183 e ss., spec. p. 1186.

<sup>116</sup> L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, cit., p. 582 la quale sul punto richiama le considerazioni autorevoli di M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, cit., *passim*.

<sup>117</sup> M. CINELLI, *L'effettività delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 1, p. 21 e ss. Aderisce a tale impostazione, R. PESSI, *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 3, p. 514 e ss., nonché ID., *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 596 e ss., spec. p. 599.

<sup>118</sup> M. CINELLI, *Dalla sentenza n. 70/2015 alla sentenza n. 7/2017*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, p. 347 e ss., spec. p. 352.

A differenza del dibattito dottrinale, che registra una contrapposizione netta sul tema, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, invece, pare rintracciare un collegamento tra il concetto di adeguatezza che esprime l'art. 38, comma 2 Cost. e i parametri sanciti dall'art. 36 Cost. Un collegamento che tuttavia può dirsi non automatico; anzi questo può dirsi attenuato laddove i giudici delle leggi ritengono legittima la discrezionalità del legislatore nel ri-determinare le prestazioni pensionistiche, purché nel rispetto del principio di ragionevolezza e di proporzionalità.

Nelle decisioni adottate dalla Corte Costituzionale in merito ad alcuni interventi legislativi tesi a garantire l'equilibrio del sistema previdenziale – ci riferiamo al blocco dell'adeguamento perequativo (Corte cost. n. 70 del 2015) e al prelievo forzoso sulle pensioni che superavano determinati valori (Corte cost. n. 173 del 2016) – emerge in modo inequivocabile come, in effetti, permarrebbe sempre in capo al legislatore una sfera di discrezionalità entro la quale operare una *reformatio in peius* dei diritti quesiti rispetto alla situazione finanziaria dello Stato «purché non ne risulti irragionevolmente compromessa l'adeguatezza» delle prestazioni rispetto al soddisfacimento delle esigenze di vita<sup>119</sup>.

Orbene, come è possibile evincere dalla sintetica ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>120</sup>, i termini della questione circa l'adeguatezza del trattamento pensionistico ruotano principalmente attorno alle *prestazioni economiche individualizzate*. In altri termini, la declinazione del concetto di adeguatezza delle prestazioni pensionistiche risulta eccessivamente sbilanciata verso le prestazioni di natura economica.

Se, tuttavia, «la terminologia generica adottata dalla norma costituzionale risulta suggerire» una prospettiva più ampia, che non tenga conto solo delle prestazioni economiche (*benefit in cash*) ma anche dei servizi (*benefit in kind*)<sup>121</sup>, che autorevole dottrina definisce in termini

<sup>119</sup> L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, cit., p. 573.

<sup>120</sup> Per una approfondita disamina in tema, si rinvia a L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, cit., *passim*.

<sup>121</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit., *passim*.



di *prestazioni non individualizzate*<sup>122</sup>, viene da chiedersi in cosa possano concretizzarsi queste ultime, al fine di consentire all'interprete di rileggere la tutela contro la vecchiaia costituzionalmente tutelata (*recitius*, il trattamento pensionistico) nella prospettiva dell'adeguatezza sistemica.

In questa direzione, una convincente chiave di lettura proviene da quella dottrina che da un lato ritiene come «la materiale adeguatezza delle prestazioni», in particolar modo quelle pensionistiche, «va apprezzata anche a seconda delle misure, per così dire, di contorno», cioè i servizi sociali, il servizio sanitario nazionale, gli sgravi fiscali, che l'ordinamento prevede in favore dei soggetti tutelati<sup>123</sup>. In particolare, sembrerebbe possibile far rientrare nella nozione di «mezzi adeguati» tutti i trattamenti sanitari di cui l'anziano abbisogna e posti a carico della fiscalità generale. Tuttavia, su questo fronte, è doveroso evidenziare che la normativa mostra ancora dei limiti in quanto le diverse misure in materia, volte a marginalizzare lo stato di bisogno degli anziani, tendono di frequente ad assimilare la posizione giuridica di questi nella disciplina delle categorie dei soggetti non autosufficienti oppure in quella dei soggetti affetti da disabilità<sup>124</sup>, con evidenti limiti di ampiezza ed efficacia, dettati anche del fatto che spesso la condizione dell'anziano non soddisfa i parametri della disabilità o della non autosufficienza richiesti dalla legge<sup>125</sup>.

Nonostante queste notevoli limitazioni che riducono inevitabilmente la prospettiva dell'adeguatezza sistematica – soprattutto dal lato dei servizi – applicata alle prestazioni per la tutela contro la vecchiaia, non va tuttavia sottaciuto il fatto che a rafforzare l'adeguatezza delle prestazioni economiche del trattamento pensionistico potrebbe concorrere altri due fattori. Da un lato, vi è la possibilità di cumulare il trattamento pensionistico con altri redditi da lavoro. Su questo fronte, in particolare, è doveroso osservare che negli anni, attraverso numerosi

<sup>122</sup> M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., pp. 172-173.

<sup>123</sup> M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 173.

<sup>124</sup> F. CEMBRANI, *La vulnerabilità ed il mito (ripensato) dell'autonomia razionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2022, p. 937 e ss.

<sup>125</sup> S. BARUTTI, S. CAZZANTI, *L'assistenza alle persone non autosufficienti. La funzione di cura tra forme di tutela esistenti e nuove prospettive*, in *Lav. dir.*, 2010, p. 255 e ss., spec. p. 256.

interventi normativi, si è passati dal divieto assoluto di cumulo fino alla totale cumulabilità con redditi di lavoro autonomo e dipendente, fatta eccezione per alcuni specifici casi, permettendo così a un'ampia fetta della popolazione anziana di continuare a svolgere prestazioni lavorative<sup>126</sup>. Anche questi ultimi possono essere considerati «mezzi adeguati» ad integrare la garanzia voluta dalla disposizione costituzionale.

Dall'altro, anche la previdenza complementare, pur «conservando la forma privatistica e la facoltatività dell'adesione (nonostante i diversi meccanismi di incentivazione) [...] può concorrere [...] insieme alla previdenza pubblica di base, al perseguimento dell'obiettivo dell'adeguatezza, ma soltanto limitatamente alla determinazione dei livelli di tutela non essenziali (adeguati ma non essenziali)»<sup>127</sup>. Tuttavia, è doveroso osservare che in entrambi i casi si viene a configurare un meccanismo di adeguamento delle prestazioni economiche che presuppone l'elemento della *volontà* della persona o comunque un *comportamento attivo* e che non dipende, dunque, automaticamente dalla capacità del *sistema* di sicurezza sociale di adeguare le prestazioni alle esigenze di vita. La possibilità, infatti, di aderire ad un fondo di previdenza complementare al fine di integrare la prestazione pensionistica o di continuare a prestare attività di lavoro una volta raggiunta l'età pensionabile (cumulando così i redditi da lavoro con il trattamento pensionistico) è rimessa interamente alla scelta del lavoratore.

#### 4. I mezzi adeguati alle esigenze di vita nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali

Nell'ambito della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, inclusi tra gli eventi protetti dall'art. 38, comma 2°, Cost., la que-

<sup>126</sup> Per una analisi della disciplina più recente, si veda M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 213 ss.; F. VENANZI, *Le novità in materia di cumulo dopo la legge di stabilità 2017*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, p. 373 ss.

<sup>127</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 791 ss., spec. pp. 793 e 809.

stione dell'adeguatezza della prestazione previdenziale presenta profili di particolare complessità, risultando condizionata non solo dalle vicende della finanza pubblica ma anche dal coinvolgimento di altri diritti fondamentali, la cui considerazione implica una valutazione sistemica del precetto costituzionale e la delimitazione del rapporto, mai definitivamente chiarito, tra il rimedio previdenziale e quello civilistico<sup>128</sup>.

Questa valutazione ha segnato le linee evolutive della tutela antinfortunistica, rimodellata dai numerosi interventi della Corte costituzionale che ne hanno ampliato contenuti ed ambito di applicazione<sup>129</sup>.

Per comprendere i termini della questione «dobbiamo guardare lontano per capire meglio quello che ci è vicino»<sup>130</sup> e dunque risalire alla genesi del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali) il quale, interessato da modifiche legislative ed interventi della Corte costituzionale, resta la principale fonte legislativa della materia. Il T.U., com'è noto, anziché ispirarsi ai principi costituzionali, si era attenuto, per espressa indicazione dell'art. 30 della legge delega n. 15 del 1963, al rispetto dei limiti che presiedevano alla legislazione previdenziale previgente, contemplati dai rr.dd. nn. 264 del 1933 e 1765 del 1935.

Con questi interventi erano stati apportati importanti miglioramenti alla tutela antinfortunistica, che non avevano, però, mutato l'impostazione di fondo della disciplina ottocentesca, costruita sul principio del rischio professionale, di cui il T.U. finì per essere il retaggio<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> Cfr. G. LUDOVICO, *Responsabilità civile e tutela sociale*, in G. CANAVESI, E. ALES (a cura di), *La tutela antinfortunistica oggi*, in *Atti dei Seminari Previdenziali Maceratesi - 2019*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 31 ss.

<sup>129</sup> Cfr. G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 815 ss.

<sup>130</sup> Cfr. R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona. Il profilo oggettivo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, p. 413.

<sup>131</sup> Cfr. A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 36; L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un'organica revisione dei criteri di accesso alla tutela INAIL*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, p. 691 ss., spec. p. 692.

Per far fronte ai rischi dell'era industriale spesso inevitabili in quanto insiti nelle modalità di produzione, con la legge 17 marzo 1898, n. 80 (istitutiva della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali) il datore di lavoro si è accollato l'intero onere finanziario dell'assicurazione per rischi in realtà incombenti sul lavoratore, ottenendone come contropartita l'esonero dalla responsabilità civile (eccetto i casi di dolo e di reato perseguibile d'ufficio) e il contenimento degli eventi protetti e degli importi indennizzati<sup>132</sup>.

Dunque, risalgono a quella "transazione" originaria le radici di quel concetto di solidarietà limitata che ha ispirato la disciplina contenuta nel T.U, sfociata per gli infortuni, nel carattere selettivo delle attività protette (art. 1) e delle relative persone assicurate (art. 4), mentre, per le malattie professionali, nella limitazione della tutela alle malattie previste in apposite tabelle e contratte nello svolgimento di determinate lavorazioni<sup>133</sup>.

Tuttavia, con l'entrata in vigore della Costituzione il fondamento della tutela antinfortunistica non può più rinvenirsi nel principio del rischio professionale, posto che l'art. 38, comma 2°, Cost., nel riconoscere al lavoratore il diritto fondamentale a che siano preveduti ed assicurati i mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio e malattia, individua nella garanzia della liberazione dal bisogno la sua funzione essenziale, alla pari delle altre forme di tutela previdenziale<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, Athenaeum, Roma, 1913, spec. p. 33 (che riprende le considerazioni di G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1887, p. 209); F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, p. 177 ss.; G. NERVI, *Il concetto di rischio professionale*, in Atti del congresso nazionale degli infortuni e delle malattie professionali, tenutosi a Palermo 26-31 ottobre 1947, Roma, Edizioni dell'Inail, 1948, p. 111; C. LEGA, *Precisazioni in tema di rischio professionale*, in *Dir. lav.*, 1954, p. 90; M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1978, p. 222; G. ALIBRANDI, *La tutela dei rischi professionali e le innovazioni tecnologiche*, in nota a Cass. 5 dicembre 1986, n. 7234, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, pp. 150-153.

<sup>133</sup> Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, p. 371 ss., spec. p. 373; M. MORELLO, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. sic. lav.*, 2016, p. 23 ss., spec. p. 31; R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Labor*, 2019, p. 355 ss., spec. p. 356.

<sup>134</sup> Ciò non esclude però, com'è stato autorevolmente ricostruito, che la nozione di rischio professionale, inteso come probabilità del verificarsi di un evento lesivo a

Diviene allora compito dello «Stato sociale di operare in liberazione dal bisogno»<sup>135</sup> mediante gli strumenti pubblicitici all'uopo preposti, affinché sia soddisfatto l'interesse, non dei singoli ma della collettività, a che sia garantito a tutti l'effettivo godimento dei diritti civili e politici<sup>136</sup>.

#### 4.1. *Il ruolo dell'adeguatezza nel processo storico d'estensione della garanzia assicurativa*

L'art. 38, comma 2°, Cost., assimilando la tutela infortunistica alle altre forme di tutela previdenziale per l'invalidità, la vecchiaia e la disoccupazione, le attribuisce pari funzione di garantire l'uguaglianza

causa del lavoro prestato, pur essendo inidonea a fondare la tutela antinfortunistica, svolga l'importante funzione di delimitarne l'ambito d'applicazione. Cfr. G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del «rischio professionale»*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, p. 95; G. ALIBRANDI, *Il rischio professionale e la sua attuale rilevanza nell'assicurazione infortuni sul lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1978, p. 229; S. PICCININNO, *L'evoluzione tecnologica ed i limiti soggettivi ed oggettivi del rischio professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 665; V. MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1990, p. 30; S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, 2000, p. 386; M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 377; V. CANGEMI, *L'infortunio sul lavoro. Persona, tecnologia, tutele*, ADAPT University Press, Modena, 2020, p. 12 ss. In giurisprudenza Corte cost. 28 aprile 1976, n. 91; Corte Cost. 2 marzo, 1991, n. 100, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1991, p. 9 e in *Giur. cost.*, 1991, p. 1103, secondo cui nel «precepto dell'art. 38, secondo comma, può dirsi insito l'elemento del rischio (sent. n. 91 del 1976) solo nel senso che la specifica tutela costituzionale dei lavoratori non si estende a qualsiasi situazione di bisogno, ma è limitata agli stati di bisogno oggettivamente provocati da determinati eventi». Da ultimo v. Cass. 14 maggio 2020, n. 8948, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 916.

<sup>135</sup> V. R. PESSI, *Previdenza e assistenza tra universalità e sostenibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 133 ss., spec. p. 134.

<sup>136</sup> Cfr. G. CHIARELLI, *La sicurezza sociale*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Cedam, Padova, 1971, pp. 13-14; M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in AA.VV. (a cura di), *Il rischio professionale*, Atti del V Congresso Nazionale di diritto del lavoro, Milano 7-9 novembre 1975, Giuffrè, Milano, 1976, p. 21; G. ALIBRANDI, *La funzione giuridica del sistema di sicurezza sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, pp. 9-12; S. HERNANDEZ, *Il sistema dell'assicurazione contro gli infortuni: la verifica dei concetti-cardine a distanza di un secolo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1998, p. 226.

sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. e di riconoscere a tutti i lavoratori le condizioni economico-sociali necessarie per lo sviluppo della persona umana e l'effettivo esercizio dei suoi diritti<sup>137</sup>.

Pertanto, l'unico requisito espressamente ricavabile dall'art. 38, comma 2°, Cost. è quello soggettivo, consistente nella qualità di lavoratore, che vale al tempo stesso a differenziare la tutela previdenziale, realizzata dagli strumenti mutualistico-assicurativi, da quella assistenziale riconosciuta a tutti i cittadini, basata sulla solidarietà collettiva e limitata ai soli «mezzi necessari per vivere»<sup>138</sup>. Dal requisito soggettivo deriva implicitamente quello oggettivo rappresentato dalla causa lavorativa dell'evento assicurato, in quanto solo chi lavora è esposto ad un rischio professionale, capace di generare uno stato di bisogno meritevole di una tutela privilegiata<sup>139</sup>.

Invece, la Corte costituzionale nei suoi numerosi interventi si è limitata a correzioni parziali dei «più irragionevoli vuoti di tutela»<sup>140</sup>, facendo salva la legittimità del sistema nel complesso e così confermando la logica transattiva sottesa al principio del rischio professionale<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 378.

<sup>138</sup> V. Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, p. 725, con nota di A. ANDREONI e in *Foro it.*, 1986, comma 1771, con nota di M. CINELLI.

<sup>139</sup> Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., pp. 376 - 377.

<sup>140</sup> V. S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 390. Cfr. P. TULLINI, voce *Salute nel diritto della sicurezza sociale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. XIII, 2000, p. 70 ss., spec. pp. 72 e 73; M. GAMBACCIANI, *Principi costituzionali e tutela per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in M. PERSIANI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, vol. IX, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2006, pp. 265-266; R. VIANELLO, *Principio di adeguatezza e tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 841 ss., spec. p. 845.

<sup>141</sup> Sulla perdurante centralità del rischio professionale v. Corte cost. 15 luglio 1994, n. 310, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1994, p. 159. Cfr. F. PONTRANDOLFI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali tra occasionalità e causalità spunti ricostruttivi del danno da lavoro*, in F. FACELLO (a cura di), *Il sistema di tutela degli infortuni e delle malattie professionali. Soggetti, funzioni, procedure*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 171-175.

Infatti, nelle varie declaratorie d'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 T.U. che hanno progressivamente esteso l'ambito dei soggetti tutelati, la Corte costituzionale si è prevalentemente «mossa nella prospettiva dell'art. 3 Cost.» e del principio secondo cui, a parità di rischio deve corrispondere pari tutela, valutando talvolta la legittimità delle scelte selettive più sulla base dei canoni di ragionevolezza ed equità, che sul parametro dell'adeguatezza alle esigenze di vita<sup>142</sup>.

Al contrario, un passo decisivo nel processo di adeguamento alla trama di valori solidaristici espressi dalla Costituzione è stato compiuto con la celebre pronuncia della Consulta del 18 febbraio 1988 che, com'è noto, ha dichiarato illegittimi gli artt. 3, comma 1 e 211, comma 1, d.P.R. n. 1124 del 1965 proprio con riferimento all'art. 38, comma 2° Cost., nella parte in cui non prevedevano che l'assicurazione rispettivamente nell'industria e nell'agricoltura fossero obbligatorie anche per malattie diverse da quelle tabellate e «da quelle causate da una la-

<sup>142</sup> V. *ex multis* Corte cost. 7 aprile 1981, n. 55, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 147 e in *Foro it.*, 1981, p. 1499, sulle persone addette al rapporto diretto con il pubblico; Corte cost. 30 dicembre 1985, n. 369, *Foro it.*, 1986, p. 863 e in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 212, sui lavoratori italiani operanti all'estero alle dipendenze di impresa italiana; Corte cost. 10 dicembre 1987, n. 476, in *Cons. Stato*, 1987, p. 1811; Corte Cost. 21 marzo 1989, n. 137, sui ballerini e i tersicorei; Corte cost. 2 marzo 1990, n. 98, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 139 e in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 306, sul cd. assistente contrario, dipendente dell'amministrazione committente e «non già dell'impresa che svolge l'attività protetta e sottoposta ad obbligo assicurativo»; Corte cost. 15 luglio 1992, n. 332, in *Riv. giur. lav.*, 1992, p. 738 e in *Giur. it.*, 1993, p. 731 sugli associati in partecipazione; Corte cost. 10 maggio 2002, n. 171, in *Foro it.*, 2004, p. 26, sui lavoratori in aspettativa perché chiamati a ricoprire cariche sindacali.

Si pone invece in una diversa prospettiva Corte cost. 26 luglio 1988, n. 880 (in *Mass. giur. Lav.*, 1988, p. 792; in *Giur. Cost.*, 1988, p. 4142; in *Giur. it.*, 1989, p. 1584; in *Dir. lav.*, 1989, p. 92; in *Riv. giur. lav.*, 1989, p. 214), che dichiara costituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 4 del T.U., nella parte in cui non prevedevano l'assicurazione obbligatoria a favore degli artigiani italiani che lavorano all'estero, in riferimento all'art. 35 e all'art. 38 Cost., in forza del quale «il cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale nonché quello a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle sue esigenze di vita in caso di infortunio, oltre che di malattia, invalidità e vecchiaia».

vorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle», sempre che ne fosse provata l'eziologia professionale<sup>143</sup>.

Il ragionamento sotteso alla sentenza si è mostrato coerente con il principio solidaristico espresso dall'art. 38, comma 2°, Cost., in quanto il sistema tabellare, pur esonerando dalla prova, talora ardua, dell'eziologia professionale, non riconosceva i mezzi adeguati alle esigenze di vita a tutti i lavoratori che potessero provare la dipendenza della malattia dall'attività lavorativa<sup>144</sup>.

Da questo arresto hanno preso le mosse quelle elaborazioni della giurisprudenza di legittimità che hanno rivisitato la nozione di "occasione di lavoro" (di cui all'art. 2 T.U.), conducendo ad una più ampia accezione, comprensiva di qualunque infortunio occasionato dal lavoro, considerato come «fattore occasionale del rischio tutelato»<sup>145</sup>.

La garanzia assicurativa in attuazione dell'art. 38 Cost. ricomprende qualsiasi accadimento ascrivibile al lavoro prestato, anche l'evento che non sia direttamente causato dalle mansioni lavorative tipiche,

<sup>143</sup> Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 179, in *Foro it.*, 1988, p. 1032; in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 16; in *Or. giur. lav.*, 1988, p. 591. Sul punto Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 206, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 794, che ha dichiarato illegittimo l'art. 135, comma 2, del T.U. in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., nel punto in cui escludeva ogni indennizzo in caso di presentazione della denuncia oltre i termini previsti in tabella. Cfr. A. FONTANA, *Malattie professionali: la risposta della giurisprudenza ordinaria all'introduzione del "sistema misto"*, in *Dir. lav.*, 1994, p. 231 ss.; G.G. BALANDI, *Le malattie professionali: un quadro normativo in evoluzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, p. 235 ss.

<sup>144</sup> Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 179, cit., p. 1032. In senso contrario, Corte cost. 4 luglio 1974, n. 206.

<sup>145</sup> V. fra le tante Cass. 11 febbraio 2002, n. 1944, in *Arch. civ.*, 2002, p. 684; Cass. 28 luglio 2004, n. 14287; Cass. 4 agosto 2005, n. 16417, in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 540. In questo fenomeno espansivo particolare rilievo hanno rivestito le elaborazioni giurisprudenziali in tema di rischio ambientale, che hanno valorizzato il fatto oggettivo dell'esposizione a rischio, (v. Cass. Sez. Un., 14 aprile 1994, n. 3476, in *Giust. civ.*, 1995, p. 2517). Dal suo canto la Corte costituzionale (Corte cost. 27 luglio 1989, n. 462, in *Mass. giur. lav.*, 1989, p. 435 e in *Riv. infort. e mal. prof.*, 1989, p. 81) rigettò la questione di legittimità dell'art. 2 T.U. con riferimento all'art. 38, comma 2, Cost. Cfr. V. CANGEMI; G. PIGLIALARMI, L. PELUSI (a cura di), *Le tutele assicurative: il caso italiano nel confronto comparato*, Adap University Press, 2021, p. 139; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 546.



purché connesso con la lavorazione espletata o insito in un'attività prodromica e strumentale<sup>146</sup>.

Tuttavia, nonostante l'apprezzabile sforzo della giurisprudenza, che ha contribuito in maniera significativa all'estensione dell'assicurazione obbligatoria, il permanere di una logica selettiva, basata sull'elencazione delle attività e dei soggetti protetti, pone un problema di compatibilità con il parametro dell'adeguatezza e di coerenza di un assetto normativo ormai emancipatosi dal suo impianto originario<sup>147</sup>.

#### 4.2. *Il collegamento dell'adeguatezza con l'art. 32 Cost.: l'ingresso del danno biologico*

Sotto il profilo dell'oggetto della tutela antinfortunistica, il T.U. aveva limitato il canone dell'adeguatezza alle esigenze di vita ad una dimensione puramente lavorativa, misurando la rilevanza dell'evento dannoso in termini di perdita o menomazione dell'attitudine psicofisica al lavoro, necessaria sia per l'erogazione delle prestazioni monetarie (artt. 77 ss.) che per quelle sanitarie, riconosciute al lavoratore per tutta la durata dell'inabilità, al fine di garantire il recupero della capacità lavorativa (artt. 66 e 86).

L'impostazione patrimonialistica del sistema si è però incrinata dopo i vari moniti rivolti al legislatore dalla Corte costituzionale, che hanno spinto verso un ripensamento di un sistema indennitario in cui non vi era spazio per il pregiudizio all'integrità psico-fisica, in aperto contrasto «con la garanzia della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.)» e al tempo stesso «con la tutela privilegiata che la Carta costituzionale riconosce al lavoro come valore fondante della nostra forma di Stato (artt. 1,

<sup>146</sup> V. Cass. 5 febbraio 2015, n. 2136, in *De Jure*; Cass. 6 febbraio 2018, n. 2838, in *Foro it.*, 2018, p. 826; Cass. 3 agosto 2021 n. 22180, in *Dir. giust.*, 2021, p. 6, con nota di R. DULIO.

<sup>147</sup> Del resto, la logica selettiva è stata implicitamente confermata dal legislatore quando ha esteso la garanzia assicurativa ai dirigenti, parasubordinati, sportivi professionisti e lavoratori italiani operanti nei Paesi *extra*-comunitari (*ex* artt. 4, 5, 6, e 7, d.lgs. n. 38 del 2004), lasciando invece immutato il meccanismo di accesso alla tutela. Sul punto v. L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un'organica*, cit., pp. 696-698, che definisce tale intervento legislativo come «una occasione mancata».

comma 1°, 4, 35 e 38 Cost.), nel quadro dei più generali principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza, anche sostanziale (art. 3 Cost.)»<sup>148</sup>.

Seguendo questo percorso argomentativo il diritto alla salute integra il presupposto per una garanzia tempestiva e più intensa, che solo la tutela previdenziale, operando nella prospettiva della liberazione dal bisogno, è in grado di conseguire.

Pertanto, il diritto all'adeguatezza della prestazione previdenziale riaffiora nell'ambito di una più ampia valutazione sistemica degli interessi costituzionali coinvolti, di cui il soggetto tutelato è portatore come persona, considerata non solo in una dimensione lavorativa e secondo un'accezione meramente reddituale.

Questo "diretto collegamento" tra gli artt. 32 e 38 Cost. è poi sfociato nel d.lgs. 25 luglio 2000, n. 38, con cui ha ingresso nel sistema indennitario il danno biologico (*ex art. 13*) da lesione all'integrità psico-fisica suscettibile di valutazione medico-legale, dando luogo a quell'auspicata innovazione delle prestazioni garantite necessaria per adeguare il concetto di bisogno al diritto alla salute e agli altri valori fondamentali della persona<sup>149</sup>.

Tuttavia, nel confermare la funzione previdenziale del rimedio indennitario (diversa da quella risarcitoria che trae titolo dall'art. 32 Cost.) la Corte costituzionale, a più riprese, ha precisato come l'assicurazione non sia «ispirata al criterio della piena socializzazione del rischio» e rimanga condizionata dal precetto dell'adeguatezza di cui all'art. 38, comma 2°, Cost., il quale «rimette alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale contemperamento

<sup>148</sup> Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, p. 1664, con nota di D. POLETTI; Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356, *ivi*, p. 2697, con nota di A. DE MARCO; Corte cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, p. 756, con nota di S. GIUBBONI; Corte cost. 21 novembre 1997, n. 350, in *Danno e resp.*, 1998, p. 141, con nota di D. POLETTI, *Nuovo invito della Consulta per la riforma dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le tecnopatìe*.

<sup>149</sup> Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 1049 ss., spec. par. 9.

con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie»<sup>150</sup>.

In particolare, l'indennizzo per il danno biologico, sia esso in capitale (per le menomazioni comprese tra il 6% ed il 15%) o in rendita (per quelle di grado superiore), non essendo più la capacità lavorativa il bene da tutelare, viene determinato in misura indipendente dal reddito del danneggiato e dalla retribuzione percepita. Viene così rimessa alle tabelle di cui al d.m. 12 luglio 2000 la definizione dell'importo dell'indennizzo e quindi di quel *quantum* che dovrebbe garantire l'adeguatezza della prestazione alle esigenze di vita del lavoratore, salve le conseguenze patrimoniali delle menomazioni di grado superiore al 15%, per le quali viene invece riconosciuta una quota aggiuntiva, commisurata alla retribuzione in godimento da parte del lavoratore<sup>151</sup>.

#### 4.3. *Il ruolo dei servizi a tutela della salute*

Nell'ottica di un'adeguatezza sistemica, volta ad assicurare una tutela circolare ed effettiva al diritto alla salute e alla trama di valori costituzionali coinvolti, un ruolo fondamentale è svolto dalle prestazioni sanitarie, riabilitative, mediche, chirurgiche, protesiche, idrofangotermaali ed assistenziali, che si affiancano a quelle economiche, orientate non più al solo recupero dell'attitudine al lavoro, ma al ripristino dell'integrità psicofisica lesa dall'evento<sup>152</sup>.

Con il d.lgs. n. 38 del 2000 sono stati ulteriormente rafforzati i servizi offerti dall'Inail per garantire una protezione globale alla salute del lavoratore assicurato, attraverso l'erogazione di prestazioni economiche e sanitarie integrative di quelle offerte dal Ssn.

Infatti, l'esperienza applicativa della riforma sanitaria, realizzata con la l. 23 dicembre 1978, n. 833, che aveva attribuito una competenza generale in materia di assistenza sanitaria al Ssn (sottraendo all'Inail

<sup>150</sup> Corte Cost. 19 dicembre 2006, n. 426, cit. In senso conforme Corte cost. 15 luglio 1994, n. 310, cit.; Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 17, in *Riv. giur. lav.*, 1995, p. 763; Corte cost. 4 febbraio 2000, n. 26, in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 551.

<sup>151</sup> Cfr. R. RIVERSO, Dalla *tutela del lavoratore alla tutela della persona*, cit., p. 425.

<sup>152</sup> R. RIVERSO, Dalla *tutela del lavoratore alla tutela della persona*, cit., p. 416; L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un'organica*, cit., p. 698.

alcuni compiti di cura), evidenziò ben presto come la logica unitaria degli interventi terapeutici in favore di tutti i cittadini fosse inidonea ad assicurare all'infortunato sul lavoro o al tecnopatico una tutela adeguata e soprattutto tempestiva<sup>153</sup>.

Per tali ragioni già con la l. n. 67 del 1988 venne riaffermata la competenza dell'Inail nell'attività sanitaria curativa, oltre che in quella medico-legale volta all'accertamento delle condizioni per la fruizione delle prestazioni economiche e venne prevista la possibilità di stipulare convenzioni con le regioni per garantire l'erogazione delle prime cure ambulatoriali.

Così già negli anni '90 si susseguirono una serie d'interventi legislativi, con cui prese avvio un processo di restituzione di competenze all'Inail, poi sfociato nel d.lgs. n. 38 del 2004, che agli artt. 23 e 24 ha attribuito all'Istituto il compito di finanziare programmi di adeguamento alla normativa in materia di salute e sicurezza, nonché progetti formativi di riqualificazione professionale degli invalidi da lavoro<sup>154</sup>.

Il quadro normativo delle competenze dell'Inail in materia sanitaria è stato riordinato dal d.lgs. n. 81 del 2008, poi novellato dal d.lgs. n. 106 del 2009, attraverso un'elencazione ricognitiva, in parte anche ampliativa, delle prerogative dell'Istituto.

In particolare, l'art. 9, comma 4, lett. d-*bis*, d.lgs. n. 81 del 2008 (come modificato dall'art. 8 del d.lgs. n. 106 del 2009), per implementare e rafforzare il settore dei servizi a tutela della salute, ha previsto la possibilità di erogare prestazioni di assistenza sanitaria riabilitativa non ospedaliera, senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica e previo accordo quadro sulle modalità di erogazione stipulato in sede di Conferenza permanente per i rapporti Stato-Regioni. A sua volta, l'art. 11 comma 5 *bis*, del d.lgs. n. 81 del 2008 ha riconosciuto espressamente all'Inail la possibilità di utilizzare servizi pubblici e privati, d'intesa con le Regioni interessate, per fornire prestazioni sanitarie integrative

<sup>153</sup> G. CORTESE (a cura di), *L'evoluzione della tutela sanitaria Inail dalla cura al reinserimento*, INAIL, 2014, [www.inail.it/cs/internet/docs/allegato\\_evoluzione\\_tutela\\_sanitaria\\_inail\\_reinserimento.pdf](http://www.inail.it/cs/internet/docs/allegato_evoluzione_tutela_sanitaria_inail_reinserimento.pdf).

<sup>154</sup> L. LA PECCERELLA, *Il Testo Unico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali a cinquanta anni dalla promulgazione. Il processo evolutivo e le sue prospettive*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, spec. pp. 202 e 203.

al lavoratore infortunato o tecnopoatico, specificando che tali prerogative non debbano implicare oneri aggiuntivi per le imprese.

Per rendere operative tali disposizioni è stato adottato l'Accordo quadro del 2 febbraio 2012, a cui hanno fatto seguito Protocolli d'intesa con le singole Regioni e convenzioni attuative per mettere a punto un sistema integrato di servizi e strutture dedicate all'assistenza sanitaria, riabilitativa e protesica, in modo da garantire tempestivamente le cure necessarie al recupero dell'integrità psico-fisica e rendere effettiva la tutela privilegiata del lavoratore infortunato e tecnopoatico sancita dall'art. 38, comma 2°, Cost.

Da questo complesso quadro normativo emerge come, sebbene la materia pensionistica costituisca il terreno elettivo dell'adeguatezza, non meno rilevanti sono le declinazioni di quel principio in materia di infortuni e malattie professionali, che hanno inciso non tanto sul *quantum* della prestazione previdenziale, ma piuttosto sul suo *an*, estendendo l'ambito di quella tutela in relazione sia all'aspetto soggettivo che a quello oggettivo, così liberandola dalla sua originaria concezione privatistica, per restituirla alla sua funzione di garanzia costituzionale di liberazione del lavoratore dal bisogno<sup>155</sup>.

##### 5. *L'adeguatezza sistemica ovvero un'opportunità per superare la distinzione tra mezzi adeguati e mezzi necessari?*

Da quanto sin qui messo in luce, ci è parso chiaro che esiste, all'interno del nostro sistema di previdenza sociale, una dicotomia delle prestazioni, economiche e sotto forma di servizi e strumenti, che l'ordinamento può approntare per rispondere alla finalità che si pone l'art. 38 Cost., vale a dire la liberazione dal bisogno.

Queste due tipologie di prestazioni concorrono a garantire i mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore protetto, di cui all'art. 38, comma 2, Cost., attraverso un equilibrio tra loro variabile, lasciato dalla Carta Costituzionale alla discrezionalità attuativa del Legislatore, con la finalità ultima di creare non solo vantaggio per il lavoratore, ma

<sup>155</sup> Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore*, cit., p. 1049 ss.; ID., *Il principio di adeguatezza*, cit., p. 833.

anche per la collettività, permettendo una migliore gestione delle risorse finanziarie e delle potenzialità ed efficienza del mercato del lavoro<sup>156</sup>.

In questo senso, la disanima sin qui effettuata nell'ambito dei bisogni protetti dal sistema di previdenza sociale di cui all'art. 38, comma 2 Cost. ci ha permesso di concludere per l'esistenza di una matrice comune di risposta a quegli stessi eventi, rappresentata da *benefits in cash* e *benefits in kind*.

Letta in questa sola direzione, l'approccio della teoria dell' "adeguatezza sistemica"<sup>157</sup> risulterebbe tuttavia eccessivamente semplificata e riduttiva rispetto ad una visione in cui il diritto del lavoro e quello della sicurezza sociale non rappresentano entità distinte, ma ambiti in cui le logiche e i principi che li regolano agiscono, in modo sinergico, per garantire la tutela dei diritti di cittadinanza sociale, nell'ottica di realizzazione della solidarietà generale (prima ancora di quella intercategoriale).

L'aggettivo *sistemico*, infatti, porta con sé la necessità di superare un approccio chiuso e settoriale, a favore di uno integrato, scegliendo di leggere le dinamiche che legano i problemi e le soluzioni approntate in un ambito (quale può essere quello del mercato del lavoro, del sistema sanitario o della formazione) in chiave trasversale rispetto ai diversi sottosistemi che compongono l'ordinamento e perciò dando rilevanza al fatto che le stesse sono in grado di incidersi vicendevolmente, sia che facciano riferimento alla previdenza sociale, all'assistenza sociale, al mercato del lavoro o al diritto del lavoro.

Un tale cambio di paradigma passa necessariamente dalla scelta di voler dare centralità a temi già avanzati a livello europeo, come la crescita inclusiva prevista nella Strategia EU 2020, volta a rafforzare la partecipazione delle persone alla costruzione di una società coesa mediante livelli di occupazione elevati, l'investimento nelle competenze, il contrasto alla povertà e la modernizzazione dei mercati del lavoro, dei

<sup>156</sup> Cfr. *supra* § 1.2.

<sup>157</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 277 e ss., numero straordinario.

metodi di formazione e dei sistemi di protezione sociale, aiutando i cittadini a prepararsi ai cambiamenti e alla loro gestione.

In questa direzione, i diritti sociali<sup>158</sup>, la cui tutela ed attuazione concorrono a rendere effettiva e possibile l'inclusione dei singoli nella vita collettiva, rappresentano «forme istituzionalizzate di *capabilities* che forniscono agli individui i mezzi per realizzare il potenziale delle loro dotazioni di risorse e per raggiungere in questo modo un più alto livello di valorizzazione economica» e sono «parte di una serie più ampia di precondizioni istituzionali per l'autosufficienza economica dell'individuo e il mantenimento dei sistemi di produzione della moderna economia europea»<sup>159</sup>.

Lo sviluppo dell'occupabilità di ogni individuo, attraverso *empowerment* e uguaglianza di opportunità<sup>160</sup>, da declinare in ragione delle prerogative e peculiarità del singolo cittadino, si ottiene con una combinazione di prestazioni in servizi e in denaro, erogate da soggetti privati o pubblici, predisposte e finanziate, con reciproca consapevolezza, dalle diverse componenti del sistema (o meglio dei diversi microsistemi), al fine di ottimizzare le risorse impiegate per raggiungere lo scopo che ci si prefigge nel minor tempo possibile.

Se la questione viene posta in questi termini generali, diviene evidente l'impossibilità di distinguere (o espungere) tra i diritti afferenti

<sup>158</sup> Come noto, il fondamento dei diritti sociali, nella Costituzione, si basa su due principi fondamentali: il principio di solidarietà (art. 2 Cost. che sancisce l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale) che persegue finalità di garanzia della vita individuale e sociale delle persone e il principio di eguaglianza (art. 3, comma 2, Cost. che prevede la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale [...] che impediscono il pieno sviluppo della persona) che persegue l'obiettivo di un eguale accesso a lavoro, istruzione, salute, cultura, e sicurezza sociale. A corollario, l'art. 4, comma 2 Cost. prevede un dovere per tutti i cittadini di concorrere al progresso materiale o spirituale della società.

<sup>159</sup> S. DEAKIN - F. WILKINSON, "Capabilities", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *Dir. mer. lav.*, 2000, p. 317. Sul concetto di Capability si rimanda a A.K. SEN, *Development as freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Sul collegamento tra diritti sociali e cittadinanza cfr. S. GAMBINO, *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, in *Citt. europea*, 2013, p. 5 e ss.

<sup>160</sup> Su questo aspetto, E. ALES, *The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A holistic Approach to EU Social Commitment*, in *European Labour Law Journal*, 2017, p. 125 e ss.

al solo sistema di previdenza sociale e i diritti relativi al sistema di assistenza sociale, a meno di non minare *ab origine* le fondamenta del concetto di adeguatezza sistemica in esame.

Anche i diritti sociali afferenti alla sfera assistenziale - come quelli rientranti nell'ambito socio-assistenziale - perché rivolti ad anziani, malati cronici, disabili o persone con difficoltà di inserimento nel contesto economico - lavorativo - sociale, ma anche a bambini e ragazzi privi di contesto familiare - sono attuati attraverso un mix di tutele economiche e di servizi, erogati dallo Stato e/o dagli enti locali preposti, in ragione della relativa competenza per materia, al pari di quelli relativi al sistema previdenziale. E anche la tutela dei diritti sociali di matrice assistenziale assolve alla stessa funzione di garanzia e attuazione della cittadinanza sociale, di cui alla ricognizione in campo previdenziale svolta nel presente lavoro.

Solo per fare alcuni esempi, la quasi totalità delle Regioni, a seguito dell'introduzione della legge n. 328 del 2000, prevede ormai prestazioni quali: servizi e interventi anche economici a sostegno della domiciliarità, rivolti a persone che non riescono, senza adeguati supporti, a provvedere autonomamente alle esigenze della vita quotidiana; servizi ed interventi residenziali e semiresidenziali volti all'accoglienza di anziani e disabili; interventi per l'integrazione sociale delle persone disabili; misure economiche di contrasto delle povertà e di sostegno al reddito; misure di sostegno, economiche e in servizi, alla donna in difficoltà nella maternità e cura dell'infanzia; misure per favorire l'armonizzazione del tempo di lavoro e di cura familiare<sup>161</sup>.

L'approccio sistemico all'adeguatezza è quindi attuabile anche in un contesto quale è quello appena descritto, data l'influenza che i diversi microsistemi hanno reciprocamente rispetto alle prestazioni predisposte (siano esse giuslavoristiche, di sicurezza sociale, sanitarie o del mercato del lavoro), nell'ottica di raggiungere la medesima attuazione della tutela dei diritti di cittadinanza sociale, utilizzando in modo efficiente risorse, scelte di politica sociale e attori a ciò preposti.

<sup>161</sup> Per approfondimenti, si rimanda a F. PESARESI, *La normativa statale e regionale sui livelli essenziali*, in E. RANCI ORTIGOSA (a cura di), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, 2008, p. 105 e ss., reperibile all'online all'indirizzo <https://www.camera.it/temiap/temi17/Quid2.pdf>.



Come si è già avuto modo di spiegare nei paragrafi precedenti (a cui più ampiamente si rimanda), si è consci che il sistema previdenziale e quello assistenziale sono connotati da differenze rilevanti (quali il diverso meccanismo di finanziamento, il diverso livello di erogazione monetaria rapportata al mantenimento e non all'adeguatezza), divenute però via via più labili nel tempo, in ragione del processo di ibridazione in corso<sup>162</sup>.

Questo ha, nei fatti, comportato un approccio e una contrapposizione meno netti tra i bisogni appartenenti al comma 1 e 2 dell'art. 38 Cost., arrivando a far toccare e persino sovrapporre i due sottoinsiemi in determinate occasioni (si pensi alla misura della Pensione di Cittadinanza di cui alla legge 28 marzo 2019, n. 26) e portando a ragionare in termini di sistema di sicurezza sociale<sup>163</sup>.

Pertanto, se il sistema di riferimento diviene quello della sicurezza sociale, i bisogni oggetto di protezione, sottostanti ai diritti sociali da attuare, possono essere riletti in ragione di una tutela esigibile, per così dire comune tra previdenza e assistenza, che non sia esclusivamente confinata alla risposta economica ed al sostegno al reddito, ma applicativa di una solidarietà estesa a tutta la collettività (art. 2 Cost.) e funzionale al raggiungimento dell'uguaglianza sociale, di cui all'art. 3 Cost. anche attraverso l'erogazione di prestazioni di servizi.

Le prestazioni strumentali (quelle che abbiamo già definito *benefits in kind*) vanno necessariamente intese in modo ampio: non solo l'erogazione di un bene in chiave sostitutiva rispetto al destinatario (ad esempio una protesi nel caso di tutela degli infortuni o il vitto nel caso di accesso a una casa famiglia) o di un servizio (una consulenza psicologica o l'aiuto alla redazione di un curriculum), ma anche l'agevo-

<sup>162</sup> O. BONARDI, *Separate in casa? La distinzione tra previdenza e assistenza oggi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 700 e ss.

<sup>163</sup> «A favore del superamento della distinzione tra assistenza e previdenza si può invece osservare come la tradizionale suddivisione dei due settori sia in un certo qual modo anacronistica o, quanto meno, non in grado di dare da sola conto dell'ampio range di politiche sociali che possono essere realizzate. Anzitutto, storicamente, gli studi relativi all'assistenza sociale si sono concentrati sulle prestazioni di carattere monetario, trascurando altri ampi settori che fanno capo al concetto di assistenza, quali le politiche abitative e quelle alimentari», così O. BONARDI, *Separate in casa? La distinzione tra previdenza e assistenza oggi*, cit., p. 698.

lazione economica (che sia il pagamento di una bolletta scontata o la riduzione dei contributi relativi al costo del lavoro) sino alla mera opportunità di mettere in comunicazione l'individuo con un ambiente esterno differente da quello in cui normalmente si muove (pensiamo alle forme sociali di inserimento lavorativo<sup>164</sup>).

Di conseguenza, se l'ordinamento vuole realizzare la liberazione dal bisogno della disoccupazione involontaria agendo sull'occupazione, o meglio sull'occupabilità, a questo punto sarà l'occupabilità non solo dei lavoratori – subordinati, parasubordinato o autonomi che siano – ma anche dei cittadini (inoccupati, disabili, con difficoltà di inserimento).

In modo del tutto analogo, si può individuare nella tutela dell'integrità psico-fisica e nell'inclusione sociale dell'individuo al fine di garantirne la dignità sociale, la finalità ordinamentale relativa all'infortunio ed alla malattia e all'invalidità, pur se diversamente declinate; così come nella liberazione dalla povertà, nel diritto all'invecchiamento attivo ed alla vita i valori protetti dal sistema pensionistico<sup>165</sup>.

L'art. 38 Cost., quindi, rappresenta una base di partenza per l'individuazione del catalogo dei bisogni da tutelare per garantire la

<sup>164</sup> Su quest'ultimo aspetto, L. TASCHINI, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, 2019, Giappichelli, Torino, p. 96 e ss.

<sup>165</sup> AA. VV., *Le politiche per l'invecchiamento attivo in Italia. Rapporto sullo stato dell'arte*, 2020, <http://famiglia.governo.it/it/politiche-e-attivita/invecchiamento-attivo/progetto-di-coordinamento-nazionale>.

Emblematico, in questo senso, può essere considerato il caso della popolazione anziana, laddove nel nostro ordinamento manca addirittura una definizione di questa espressione. Spesso, per il legislatore, anziano diviene sinonimo di non autosufficiente, ma va da sé che l'invecchiamento demografico che sta affrontando il nostro paese ci dice che i due concetti non devono per forza coincidere. L'età rappresenta, quindi, uno dei presupposti necessari per l'ottenimento della prestazione previdenziale pensionistica, un fattore di possibile discriminazione e di fragilità, ma anche e sempre più il fondamento a cui è ricollegato il diritto ad un invecchiamento attivo per poter aspirare ad un invecchiamento in salute. Per approfondire si rinvia a V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, in *Adapt Labour Studies E-Book Series*, 2022, n. 95, [https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/70289/mod\\_resource/content/1/vol\\_95\\_2022\\_fili\\_longevita.pdf](https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/70289/mod_resource/content/1/vol_95_2022_fili_longevita.pdf).

cittadinanza sociale di tutti, mentre l'art. 4 (con cui il 38 Cost. deve necessariamente leggersi in combinato disposto) individua in capo all'ordinamento nel suo complesso – e non solo in capo agli organismi che gravitano nel sistema di sicurezza sociale – il compito di «promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro», così come il dovere di svolgere e il diritto a poter svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

In quest'ottica alla Repubblica viene prescritto un obbligo vincolante di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri e dello stesso legislatore, verso la creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro<sup>166</sup>, ma più ampiamente un'inclusione attiva e dignitosa di tutti i cittadini, determinando una «una situazione di fatto tale da aprire concretamente alla generalità dei cittadini la possibilità di procurarsi un posto di lavoro»<sup>167</sup>.

L'obbligo di promuovere dette condizioni è diretto, nei fatti, non soltanto agli attori del sistema di sicurezza sociale, bensì in modo sinergico e collaborativo, a tutte le forze decisionali di politica sociale e agli attori deputati all'attuazione delle stesse nei microsistemi rilevanti, quali, ad esempio, il mercato del lavoro, il sistema sanitario, quello di istruzione e quello dei servizi sociali di assistenza alla persona.

Arrivati sin qui, ci si domanda se l'estensione dell'approccio dell'adeguatezza sistemica al sistema di sicurezza sociale rappresenti esclusivamente un mero lavoro di teorizzazione fine a sé stesso o se, in qualche modo, la tesi avanzata possa portare ad avere sviluppi più concreti.

Riteniamo che il ragionamento svolto possa portare a risultati rispetto a due diverse direttrici, una qualitativa e una quantitativa.

Rispetto alla prima, l'applicazione del concetto di adeguatezza sistemica alle scelte di politica sociale in chiave preventiva potrebbe permettere di effettuare delle valutazioni predittive più ampie e complete sulle possibili conseguenze dei provvedimenti in corso di adozione, ragionando ad un livello complessivo di sistema ordinamentale e

<sup>166</sup> Corte cost. 6 luglio 1965, n. 61.

<sup>167</sup> Corte cost. 7 giugno 1963, n. 105.

non solo declinando la misura rispetto alle finalità e ai margini di spesa che la singola componente del microsistema intende porsi.

Rispetto alla seconda direttrice, quella quantitativa, l'adeguatezza sistemica permetterebbe di valutare, *ex post*, l'effettività o meno delle scelte di politica sociale operate, ai diversi livelli dell'ordinamento, per dare risposta ai bisogni di cui abbiamo detto.

Ciò potrebbe avvenire attraverso l'elaborazione e la raccolta di dati relativi a parametri concreti e misurabili, riferibili al complessivo sistema di prestazioni monetarie e di prestazioni in servizi approntato per erogare la tutela volta a garantire l'effettività dei diversi diritti sociali previsti dall'ordinamento e riconducibili non solo all'art. 38 Cost., ma anche agli artt. 29 e ss. (tutela della famiglia), 32 (tutela della salute), 33 e 34 (tutela dell'istruzione) e 35 (tutela del lavoro).

Il livello di tutela effettivamente garantito al cittadino per raggiungere la sua inclusione sociale verrebbe quindi valutato in modo complessivo e sinergico rispetto a tutte le azioni approntate, in ragione in due diverse componenti: la capacità dell'ordinamento di erogare e mantenere nel tempo i livelli essenziali di prestazione promessi e l'intero finanziamento erogato ai destinatari, quale somma delle singole prestazioni economiche previste e versate dai diversi microsistemi interessati.

Questo concorrerebbe a dare un senso anche alla scelta recente del legislatore di ampliare la categoria dei livelli essenziali di prestazioni, già previsti nell'ordinamento per alcune prestazioni *in kind* e per la sanità (c.d. LEA), aggiungendo il sottoinsieme dei c.d. LEPS, livelli essenziali delle prestazioni sociali, che l'art. 1, comma 159, della legge n. 234 del 2021 (legge di bilancio 2022) definisce come «gli interventi, i servizi, le attività e le prestazioni integrate che la Repubblica assicura con carattere di universalità su tutto il territorio nazionale per garantire qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni di svantaggio e di vulnerabilità».

Diversamente, i LEPS sono destinati a rimanere lettera morta.

Questa valutazione quantitativa, in ogni caso, non potrebbe portare alla diretta esigibilità dei diritti sociali tutelati da parte del singolo, né al risarcimento economico a favore del cittadino in caso di mancata,

parziale o inesatta erogazione della prestazione in servizi da parte degli enti preposti.

I diritti sociali rappresentano principi giuridici vincolanti per il legislatore, che non può sottrarsi alla loro attuazione, tuttavia la Costituzione lascia piena discrezionalità all'ordinamento nello stabilire il *quantum*, il tempo e le modalità operative per garantire il risultato finale, discrezionalità, quindi, che mal si concilia con l'esigibilità da parte del destinatario finale.

Ragionando in via ipotetica, anche a voler aprire per un momento la strada alla diretta risarcibilità, molto difficoltoso (per non dire impossibile) sarebbe anche solo quantificare il danno risarcibile (quale somma del lucro cessante e del danno emergente) patito dal singolo rispetto al livello di tutela che il legislatore intendeva introdurre nel sistema; ciò porterebbe ad uno "svalicamento" nel campo del ristoro per via equitativa, rendendo nei fatti impossibile l'applicazione di una risposta omogenea e rispettosa dell'art. 3 Cost. sul territorio, aggiungendo disparità di trattamento ulteriore al meccanismo stesso.

Di contro, laddove la valutazione quantitativa di cui si è detto venisse effettivamente posta in essere, prevedendo una supervisione o il coinvolgimento di soggetti terzi rispetto a chi deve erogare le prestazioni, ed i relativi risultati fossero a disposizione di tutti (a partire dai diretti destinatari) probabilmente, nel caso in cui risultasse disattesa (interamente o parzialmente) l'attuazione dei diritti sociali sottesi alle singole prestazioni, un certo grado di tutela (sicuramente maggiore di quello odierno) potrebbe essere ricercata presso le Corti sovranazionali, ma anche davanti alla stessa opinione pubblica, portando lentamente il sistema a rendere maggiormente effettivi (se non esigibili) i diritti di cittadinanza sociale.

## **Prestazioni assistenziali, prestazioni “ibride”, livelli essenziali delle prestazioni, mezzi adeguati: quali relazioni?**

ROSSELLA CIAVARELLA, CHIARA GAGLIONE, STEFANO IACOBUCCI  
GIOVANNA PISTORE, FEDERICA STAMERRA, ALESSANDRO VENTURA  
MARGHERITA VOLPES\*

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Il criterio del finanziamento* – 3. *I criteri distintivi “classici” tra previdenza e assistenza alla prova delle prestazioni ibride* – 4. *I mezzi adeguati, i mezzi necessari e il minimo vitale nella giurisprudenza della Corte costituzionale* – 5. *L’adeguatezza delle prestazioni assistenziali nelle fonti eurounitarie. Il caso del reddito minimo* – 6. *Alcune brevi osservazioni conclusive*

### *1. Premessa*

Previdenza e assistenza sono i pilastri di un sistema, quello delineato dai primi due commi dell’art. 38 Cost., i cui confini ancora oggi sono tutt’altro che definiti e certi<sup>1</sup>.

Tradizionalmente l’assistenza viene intesa come un compito che lo Stato (quindi, la Collettività) assume nei confronti del soggetto, inabile al lavoro e in stato di bisogno, con l’obiettivo di eliminare la causa del bisogno (reale<sup>2</sup>) medesimo.

L’assistenza ha carattere universalistico, in quanto ne è destinatario qualunque cittadino (inteso in senso lato, come “persona”) e non dipende dall’avveramento di uno specifico evento tutelato. Affinché

\* Sebbene il contributo sia frutto di una riflessione comune di tutti gli autori, il § 1 è stato redatto da S. Iacobucci, il § 2 da M. Volpes, il § 3 da R. Ciavarella, il § 4 da F. Stamerra, il § 5 da G. Pistore il § 6 da C. Gaglione e A. Ventura. Si ringrazia sentitamente la *tutor* del gruppo, Prof.ssa M. D’Onghia, per le preziose osservazioni fornite nel corso della redazione del contributo.

<sup>1</sup> Cfr. G. CAZZOLA, *Assistenza*, in *Digesto* 2009, ed. online (par. 6).

<sup>2</sup> Secondo l’efficace distinzione di S. BUOSO, *Legalità e solidarietà nell’ordinamento dello Stato sociale*, Jovene, Napoli, 2017, p. 52, nell’assistenza il bisogno è reale, mentre nella previdenza (v. *infra* nel testo) il bisogno è presunto.

l'assistenza abbia luogo è richiesto che il soggetto interessato sia inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere. Verso queste situazioni, la Collettività deve garantire il proprio sostegno per rimuovere (se possibile) il bisogno, attraverso l'assistenza sociale e il mantenimento<sup>3</sup>.

Diversamente, la previdenza garantisce una prestazione contro uno specifico bisogno, di cui beneficia il lavoratore (parimenti a un assicurato) che ha partecipato al finanziamento (mediante contribuzione) della prestazione stessa<sup>4</sup>.

La previdenza origina nella logica assicurativa-mutualistica rischio-premio-tutela (per quanto concerne gli infortuni questa logica è molto evidente, per il resto ben più sfumata) ed è selettiva, poiché è prevista per i soli lavoratori (cioè, cittadini occupati); inoltre, la tutela dev'essere prevista per specifici bisogni (non tassativi), cioè l'infortunio, la malattia, l'invalidità e la vecchiaia e la disoccupazione involontaria.

I casi in cui opera la prestazione sono ontologicamente connessi alla qualità di lavoratore, poiché sono tutte situazioni in cui può trovarsi solo chi lavoratore lo è (come la malattia, l'invalidità e l'infortunio) o lo è stato (come la vecchiaia e la disoccupazione).

Come si vede, questi due sistemi sembrano marcatamente distinti dal punto di vista del finanziamento, poiché il modello assistenziale è finanziato dal gettito pubblico, mentre quello previdenziale è finanziato dalla contribuzione o dal pagamento di un premio (sul punto v. Volpes, § 2).

Diversamente, se volessimo distinguere il primo e il secondo comma dell'art. 38 Cost. mediante il concetto di liberazione dal bisogno - e quindi con un approccio funzionale ampio - avremmo ben poco successo. In entrambi i commi è previsto che il cittadino/lavoratore sia liberato dallo stato di bisogno<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> A. AVIO, *Della previdenza e dell'assistenza. Artt. 2114-2117*, in P. SCHLESINGER, (diretto da), *Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>4</sup> M. PERSIANI, *Diritto della sicurezza sociale* (voce), in *Enc. dir.*, 2011, p. 448 ss.

<sup>5</sup> Cfr. S. RENGHA, *La tutela sociale dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 75, nota 251.

Questa univocità dei fini è il risultato della costituzionalizzazione della sicurezza sociale come sistema nel quale si esplicano l’assistenza e la previdenza<sup>6</sup>.

La liberazione dal bisogno è un fine che ha trovato la propria giustificazione non solo nell’art. 38 Cost., ma anche – e soprattutto – nell’art. 3, comma 2, Cost.<sup>7</sup>, poiché non può esistere eguaglianza se le persone non vengono messe nella condizione effettiva di essere tutte potenzialmente eguali<sup>8</sup>.

In questo senso, allora, la sicurezza sociale, passando per il principio di solidarietà, si esprime nell’obiettivo di rimuovere il bisogno come fine imposto alla Collettività/Stato.

Per questa unicità, assistenza e previdenza non sarebbero da distinguere in base al beneficiario o al finanziamento, bensì in base all’oggetto della tutela<sup>9</sup>, da un lato, mantenimento e assistenza, dall’altro, garanzia dell’adeguatezza alle esigenze di vita.

Proprio l’unicità della sicurezza sociale, come sistema di “accollo” in capo alla Collettività (Stato) del fine della liberazione dal bisogno, giustifica la natura spuria/ibrida di talune prestazioni assistenziali e previdenziali. Ne deriva che, non deve destare stupore se una prestazione previdenziale sia finanziata, parzialmente, dalla Collettività (si veda il caso della NaspI).

Quanto alle prestazioni assistenziali, invece, è difficile immaginar-

<sup>6</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960, p. 38; M. PERSIANI, M. D’ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 20. Proprio a Persiani si deve la felice espressione «distinguere non significa separare», mediante la quale, pur ricomprendendo assistenza e previdenza nell’*unicum* della sicurezza sociale, ne salvaguarda le specificità.

<sup>7</sup> Cfr. Cfr. S. RENGA, *La tutela sociale dei lavoratori*, cit., p. 36 ss.

<sup>8</sup> Secondo G.G. BALANDI, *Sulla possibilità di misurare la solidarietà*, in *Rechtsgeschichte*, 2004, p. 18, ciò avviene secondo il principio di solidarietà, che impone la redistribuzione delle risorse per rimuovere l’effettiva realizzazione dell’art. 3, comma 2, Cost. Si precisa che l’effettività in testo non dev’essere intesa come sforzo di livellare la realtà esistente con l’obiettivo di parificare ogni situazione esistente, forzando gli eventi, bensì come l’approntamento di misure che permettano a tutti di partire dai medesimi “blocchi di partenza” senza alcuna differenziazione (poi, quel che succede sarà il risultato di scelte personali).

<sup>9</sup> M. PERSIANI, *Art. 38*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 237 ss.



ne lo stravolgimento sotto il profilo del finanziamento; tuttavia, non è difficile immaginarne lo stravolgimento sotto il profilo funzionale.

Come detto, la funzione dell'assistenza sociale è quella di garantire a tutti i cittadini (carattere universalistico) una tutela (il mantenimento o l'assistenza) quando manchino di quell'autonomia che consenta di provvedere, potenzialmente, a sé<sup>10</sup>. In ciò, assistenza e previdenza sono nettamente diverse l'una dall'altra.

Eppure, le più recenti tendenze legislative non sembrano aderire a questa impostazione, come sembrerebbe accadere per il Reddito di Cittadinanza<sup>11</sup>, almeno nella sua versione originaria<sup>12</sup>, laddove questa misura di «contrasto alla povertà» viene concepita come una «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro».

Il Reddito di Cittadinanza è un esempio di prestazione ibrida (sul punto v. le riflessioni di Ciavarella, § 3); mostra come una misura di dichiarato contrasto alla povertà – situazione di bisogno cui provvedere nei modi dell'art. 38, comma 1, Cost. – sia, nello stesso tempo, anche una misura di politica attiva del lavoro, il cui fondamento si ha nell'art. 4 Cost.<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> M. BERGO, *Il diritto sociale frammentato, principio di sussidiarietà e assistenza sociale*, Cedam, Padova, 2013, p. 349 ss.

<sup>11</sup> R. CASILLO, *Il reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019, n. 4: precedenti, luci e ombre*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 561 ss. *Contra* E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Var. temi dir. lav.*, p. 312 ss.

<sup>12</sup> Si tenga presente che l'art. 1, comma 313, legge 29 dicembre 2022, n. 197 (Legge di Bilancio) prevede che l'istituto del Reddito di Cittadinanza avrà continuità fino alla fine del 2023, «nelle more di un'organica riforma delle misure di sostegno alla povertà e di inclusione attiva». Il decreto legge 4 maggio 2023 n. 48 sancisce la fine di questa misura che sarà sostituita dall'Assegno di inclusione (a far data dal 1 settembre 2023) e dal Supporto per la formazione e lavoro (a far data dal 1° gennaio 2024); in proposito si veda *infra* al § 3.

<sup>13</sup> Sul ruolo dell'art. 4 si v. in particolare G.F. MANCINI, *Articolo 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, recentemente ripreso da S. RENGA, *La tutela del reddito*, cit., pp. 67-68, che con riferimento all'involontarietà della disoccupazione, quale presupposto di attuazione delle politiche attive-passive del lavoro, individua nell'art. 4 Cost. il fondamento costituzionale della condizionalità come misura di reinserimento dell'inoccupato/disoccupato nel mercato

In questo senso l’assistenza sociale non pare più rispondere a quel carattere di tutela proprio del modello *Beveridge*, sembrando orientata, piuttosto, a un’ibridazione di valori, che superano l’assistenzialismo.

La Costituzione non è un monolite ancorato a un modello specifico di tutela e lo Stato Sociale non è stato positivizzato in modo univoco. Quindi, una lettura aperta della norma costituzionale permette di trovare un fondamento costituzionale anche alle prestazioni che non rispondono in modo univoco a uno dei due modelli dell’art. 38 Cost.

Che la liberazione dal bisogno povertà – che dovrebbe avere il suo fondamento costituzionale sull’art. 38, comma 1, Cost. – venga disciplinato per il tramite delle politiche attive per il lavoro, sembra perfettamente compatibile con l’idea che la liberazione dal bisogno possa passare nell’attivazione dell’individuo a questo fine.

Questo sistema potrebbe anche esprimere il principio personalista contenuto nell’art. 2, Cost., che impone allo Stato di garantire i diritti inviolabili dell’uomo<sup>14</sup>; tuttavia, se questo è il sistema che si sceglie di seguire – ciò quello di uno Stato che “aiuta chi si aiuta”<sup>15</sup> – allora il sistema giuridico ed istituzionale deve essere tale da permettere l’effettività della sicurezza sociale.

Sostenere i bisogni di un cittadino chiedendogli, “in cambio”, di attivarsi per la ricerca del lavoro o per la sua formazione, non è inconcepibile e anzi può essere inteso come un “patto” tra Stato e cittadino affinché quest’ultimo concorra al progresso della società di cui all’art. 4, comma 2, Cost.

del lavoro, secondo le caratteristiche dello stesso e la spendibilità della sua professionalità.

<sup>14</sup> Per la qualificazione dei diritti sociali come diritti inviolabili v. M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, cit., p. 39; M. BERGO, *Il diritto sociale frammentato*, cit., p. 3 ss.

<sup>15</sup> Per parafrasare il *Self-help* liberale-vittoriano di Smiles cfr. S. SMILES, *Cbi si aiuta Dio l’aiuta, ovvero Storia degli uomini che dal nulla seppero innalzarsi ai più alti gradi in tutti i rami della umana attività*, Ed. Biblioteca Utile, 1867 al link [https://www.google.it/books/edition/Cbi\\_si\\_aiuta\\_dio\\_l\\_aiuta/A6kPAAAAQAAJ?hl=it&gbpv=0](https://www.google.it/books/edition/Cbi_si_aiuta_dio_l_aiuta/A6kPAAAAQAAJ?hl=it&gbpv=0).

Siffatto sistema, però, deve essere sostenibile<sup>16</sup> nel senso che deve essere effettivamente diretto a garantire l'integrazione sociale del cittadino bisognoso<sup>17</sup>.

Ebbene, in questo senso la valorizzazione del cittadino deve passare per una effettiva funzionalità del sistema, e, nel minimo, per il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire al cittadino *ex art. 117 Cost.*

È noto però, che ciò che viene tutelato mediante una tutela assistenziale trova una tutela di minimo, quella cioè diretta a soddisfare le necessità di vita, laddove, invece, la selettività della tutela porta seco il “vantaggio” dell'adeguatezza della prestazione<sup>18</sup>.

Una prestazione ibrida, proprio in ragione della sua natura, ben potrebbe anche combinare le caratteristiche delle prestazioni assistenziali con i principi che sottostanno alle prestazioni previdenziali, così da avere una prestazione a carattere universale volta a fornire al beneficiario mezzi adeguati alle proprie esigenze di vita.

## 2. Il criterio del finanziamento

Come anticipato, nell'ambito del dibattito sulla distinzione tra assistenza e previdenza e, quindi, sulla interpretazione dei primi due commi dell'art. 38 Cost., il criterio del finanziamento della prestazione sociale assume storicamente primaria importanza.

<sup>16</sup> Per il concetto di sostenibilità del sistema di sicurezza sociale cfr. S. RENGA, *La tutela del reddito*, cit., *passim*.

<sup>17</sup> S. RENGA, *La tutela del reddito*, cit., p. 182 ss.

<sup>18</sup> Inevitabile il riferimento al tipico esempio delle pensioni. L'assegno sociale e la pensione minima, la prima di matrice assistenziale e la seconda di matrice previdenziale, si distinguono nettamente quanto a importi e requisiti d'accesso, risultando la prima superiore alla seconda, come “impone” il modello teorico per il quale l'assistenzialismo non deve eccedere la tutela che trova nel lavoro la sua origine, per non determinare un disincentivo al lavoro. In proposito cfr. R. CASILLO, *Il reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019, n. 4*, cit., p. 568 ss.; V. anche le riflessioni di R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 666 ss. con particolare riferimento ai limiti posti al pignoramento delle pensioni e alla derivante soglia limite che non può essere superata a garanzia della sussistenza di mezzi di vita del pensionato.

Anche se la lettera della Costituzione non impone l'adozione di un determinato sistema di finanziamento per le prestazioni sociali<sup>19</sup>, come già esposto nel paragrafo che precede, la previdenza sociale si sviluppa storicamente attorno al modello assicurativo caratterizzandosi, di conseguenza, per lasciar ricadere sui soggetti assicurati – i lavoratori e i datori di lavoro, in ragione del beneficio che i secondi traggono dai primi – il costo delle prestazioni.

Di converso, l'assistenza sociale<sup>20</sup> eroga a sostegno del cittadino in quanto tale, che si trovi in stato di bisogno, ulteriori provvidenze, del tutto sganciate da precedenti accantonamenti e, dunque, interamente a carico dell'erario.

In quest'ottica, la natura previdenziale o assistenziale di una prestazione sociale sarebbe legata all'identificazione del soggetto su cui gravano i relativi costi: se finanziata dalla fiscalità, attraverso il ricorso alla solidarietà generale, la prestazione è assistenziale; se finanziata dalla contribuzione accumulata durante la vita lavorativa, anche ricorrendo alla mutualità interna, la prestazione è previdenziale.

Già da tempo, tuttavia, l'efficacia del criterio del finanziamento quale scriminante definitiva tra assistenza e previdenza sociale viene posta in discussione. Ciò, in quanto, nonostante la presenza (quasi) costante dell'obbligo contributivo (reale o fittizio), anche le prestazioni più strettamente previdenziali sono sempre più e in larga parte finanziate attraverso integrazioni statali, fisse o eccezionali.

La partecipazione statale al finanziamento del sistema previdenziale, invero, è presente sin dagli albori dello Stato Sociale<sup>21</sup>: già nel 1919

<sup>19</sup> E. GRANAGLIA, *Previdenza e assistenza. Due mondi così diversi?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 723 ss.

<sup>20</sup> Il sostegno finanziario a favore dei cittadini indigenti, in realtà, precede di molto l'origine dello Stato Sociale e viene genericamente fatto risalire alle *Poor Laws* emanate in Inghilterra durante il regno di Elisabetta I. In merito, cfr. G. SIGILLÒ MASSARA, *Dall'assistenza al reddito di cittadinanza (e ritorno)*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>21</sup> Per un approfondimento storico, C. GIORGI, I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Zanichelli, Bologna, 2021. Sul finanziamento, AA. VV., *Rapporto finale della Commissione tecnica di studio sulla classificazione e comparazione, a livello europeo e internazionale, della spesa pubblica per finalità previdenziali e assistenziali*, del 28.12.2021, <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2022/01/CTSPA->

la legge istitutiva dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità e vecchiaia<sup>22</sup> attribuisce un assegno mensile temporaneo anche «alle vedove o agli orfani dell'assicurato»<sup>23</sup> e un prototipo di contribuzione figurativa per il servizio militare e per il periodo di malattia (fino ad un anno)<sup>24</sup>, disponendo espressamente che ai relativi oneri si provvederà «col contributo degli assicurati, con quello dei datori di lavoro e col concorso dello Stato»<sup>25</sup> [n.d.r. corsivo mio]<sup>26</sup>.

A tali disposizioni, sostanzialmente destinate a favorire la diffusione delle “nuove” assicurazioni sociali, tuttavia, si vanno affiancando, negli anni, ulteriori interventi integrativi, più prettamente diretti a dare attuazione all'art. 38 Cost., rendendo effettiva la tutela previdenziale<sup>27</sup>.

Contemporanea alla nuova impostazione derivante dall'assetto costituzionale è anche la necessità di adeguare il sistema ai profondi cambiamenti sociali, politici, economici e culturali determinatisi a partire dal secondo dopoguerra.

Si assiste, in questo modo, a un lento, ma costante, mutamento nello scopo delle integrazioni statali al finanziamento della previdenza sociale: alla già menzionata finalità promozionale va man mano a sostituirsi il ricorso alla spesa pubblica previdenziale quale strumento di

*Rapporto-finale-28\_12\_2021\_clean\_220104\_205340*; R. VALIANI, *Le alternative di finanziamento della previdenza sociale*, in *Riv. int. scienze soc.*, 1969, p. 132 ss.

<sup>22</sup> D.lgs. lgt. 21 aprile 1919, n. 603, secondo una impostazione poi confermata con il regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3184 e con il decreto legge 4 ottobre 1935, n. 1827.

<sup>23</sup> Art. 2, D.lgs. lgt. n. 603 del 1919.

<sup>24</sup> Art. 6, D.lgs. lgt. n. 603 del 1919.

<sup>25</sup> Il concorso dello Stato viene meglio specificato all'art. 34, in cui si prevede l'erogazione a favore degli enti assicurativi di una quota annuale fissa, per la durata di un decennio, da utilizzare per il «pagamento delle quote parti di pensione a carico dello Stato per l'assicurazione obbligatoria, agli assegni alle vedove e agli orfani di cui all'art. 9 ed alle assegnazioni delle quote di concorso per i versamenti volontari, accantonando la parte residuale».

<sup>26</sup> Art. 4, D.lgs. lgt. n. 603 del 1919.

<sup>27</sup> In questo senso, cfr. M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, cit.

politica economica, volto a indirizzare, in un senso o nell'altro, l'andamento del mercato del lavoro<sup>28</sup>.

Il processo trae origine già nel contesto post-bellico, in cui, per fronteggiare l'imperare del fenomeno inflattivo, si impone la necessità di salvaguardare il sistema previdenziale che, dunque, è oggetto di riordino ad opera della legge 4 aprile 1952, n. 218, che proprio nel tentativo di garantire l'effettività delle prestazioni individua un importo minimo dell'assegno pensionistico, grazie all'introduzione presso l'Inps del Fondo per l'Adeguamento delle Pensioni<sup>29</sup>.

Per il finanziamento di tale Fondo, evidentemente deputato all'erogazione delle prestazioni previdenziali per eccellenza, le pensioni, è prevista la partecipazione statale per una quota pari al 25%. Viene, in altre parole, confermato un intervento pubblico fisso e istituzionalizzato di integrazione delle contribuzioni versate da lavoratori e datori di lavoro.

La messa in discussione del modello assicurativo a esclusivo finanziamento contributivo tipico della previdenza sociale si accentua nel 1969 con l'introduzione del sistema retributivo<sup>30</sup>, che, correlando la prestazione (non alla contribuzione accantonata ma) alla retribuzione percepita nell'ultimo periodo di lavoro, interferisce con il sistema della previdenza sociale che «nella sua struttura originaria si trova esposta ad un convergente processo modificativo: da un lato, perdendo la sua neutralità finanziaria, diviene onere per lo Stato, ma anche mezzo e strumento di intervento; dall'altro, chiedendo finanziamenti in concorrenza con l'assistenza sociale, si scopre a confrontarsi con una finalità

<sup>28</sup> In merito, cfr. R. PESSI, *La tutela previdenziale ed assistenziale nella Costituzione. Solidarietà economica e sostenibilità sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 38 ss.

<sup>29</sup> Allo scopo di fronteggiare l'inflazione preponderante, peraltro, erano già stati istituiti, nel 1945, il Fondo di Integrazione per le Assicurazioni Sociali (FIAS) e, nel 1947, il Fondo di Solidarietà Sociale (FSS) destinato a garantire un assegno di contingenza a favore dei lavoratori più poveri, finanziato dallo Stato, entrambi prevalentemente – ma non esclusivamente – finanziati per il tramite della contribuzione sociale. Sul punto, cfr. R. VALIANI, *Le alternative di finanziamento della previdenza sociale*, cit.

<sup>30</sup> Realizzato tramite la legge 30 aprile 1969, n. 153.

nuova, quale quella della liberazione dal bisogno secondo un programma egualitario ed universale»<sup>31</sup>.

Il percorso, peraltro, è anticipato dalla legge 21 luglio 1965, n. 903, che definisce la Pensione Sociale e correlativamente istituisce il Fondo Sociale, alimentato interamente tramite trasferimenti statali e destinato ad erogare una quota di pensione in misura uniforme a favore dei titolari di trattamenti pensionistici afferenti all'A.G.O.<sup>32</sup>, nei limiti dell'importo mensile stabilito dalla legge e non soggetto a rivalutazioni<sup>33</sup>.

L'elenco dei principali interventi di sostegno pubblico alle finanze del sistema previdenziale si arricchisce con la legge 9 marzo 1989, n. 88 di riforma delle gestioni INPS, che, all'art. 37, istituisce la Gestione degli Interventi Assistenziali e di Sostegno alle gestioni previdenziali (c.d. GIAS), interamente finanziata dall'erario statale<sup>34</sup>.

La GIAS è destinata a sostituire il Fondo sociale, ereditandone le competenze, ma non solo: nell'intento del legislatore, la gestione dovrebbe contribuire ad agevolare il processo di separazione delle prestazioni assistenziali da quelle previdenziali, finendo, tuttavia, anche in ragione della poca trasparenza, a contribuire all'ibridazione dei due modelli<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Milano, Wolters Kluwer, Cedam, 2022, p. 15.

<sup>32</sup> In particolare, a vantaggio dei titolari di pensione delle assicurazioni obbligatorie per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, dei lavoratori delle miniere, cave e torbiere, dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, degli artigiani e loro familiari.

<sup>33</sup> L'assenza di rivalutazione della quota fissa di pensione a carico dello Stato la rende, ben presto, una cifra simbolica, inidonea a stare al passo con il caro vita derivante dall'inflazione. Di converso, il finanziamento del minimo pensionistico, ancorato alla rivalutazione automatica, viene addossato alle gestioni previdenziali e, quindi, alla mutualità.

<sup>34</sup> Per un approfondimento, cfr. S., CATINI, *Il difficile rapporto tra previdenza e assistenza in Italia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 643 ss.

<sup>35</sup> Così, alla GIAS vengono affidati compiti eterogenei, tra cui il finanziamento delle pensioni sociali, della quota parte di pensione a carico dello Stato (soggetta a rivalutazione annuale), le integrazioni dell'assegno ordinario di invalidità inferiore al minimo, gli oneri derivanti dai pensionamenti anticipati, dai trattamenti pensionistici ai cittadini rimpatriati dalla Libia, la CIGS, l'indennità di mobilità, gli oneri derivanti dalle agevolazioni contributive, delle fiscalizzazioni e degli sgravi degli oneri sociali.

In particolare, una quota dell'intervento finanziario a favore della neonata gestione viene rivolta ai cittadini, un'altra quota ai pensionati in genere, senza distinzioni e senza espressa destinazione a garantire loro un minimo vitale, e una quota è ulteriormente diretta, in una logica di politica economica, al supporto delle imprese, del mercato del lavoro e dell'occupazione<sup>36</sup>.

I compiti della GIAS, così come gli interventi di integrazione statale *a latere*, continuano ad accrescersi negli anni e fino ai giorni nostri, in correlazione all'ampliarsi delle tutele garantite dallo Stato<sup>37</sup>.

Contestualmente, si crea un labirintico flusso di denaro pubblico in entrata e in uscita dall'INPS, realizzato per il tramite di interventi fissi di rimborso spese e di "eccezionali" anticipazioni di tesoreria, in un contesto confuso e poco trasparente<sup>38</sup>, che rende il tentativo di rintracciare le quote di prestazioni finanziate dall'erario statale un'operazione quasi "diabolica".

Per quanto attiene al piano strettamente economico, difatti, l'intervento finanziario dello Stato si realizza attraverso due canali principali: in via ordinaria, attraverso trasferimenti di bilancio, che sostanzialmente rappresentano dei rimborsi spese e rimangono definitivamente a carico delle finanze pubbliche; in via (quantomeno astrattamente) straordinaria attraverso anticipazioni di tesoreria<sup>39</sup>, che pos-

Più genericamente, alla GIAS vengono affidati gli interventi previdenziali a carico dello Stato e previsti da disposizioni di legge.

<sup>36</sup> Con l'intervento dello Stato è finanziato anche, con finalità analoghe, il Fondo per l'occupazione, istituito dall'art. 1, l. 19 luglio 1993, n. 236.

<sup>37</sup> Così, la GIAS estende il proprio raggio d'azione in virtù della assegnazione all'INPS di nuove competenze, ad esempio connesse alla confluenza nell'INPS di regimi pensionistici esclusivi e sostitutivi dell'A.G.O., come l'INPDAP; dell'assunzione diretta da parte dello Stato degli oneri derivanti da alcuni trattamenti come le pensioni di invalidità precedenti alla l. 12 giugno 1984, n. 222; o l'introduzione di nuove prestazioni a finanziamento statale come la maggiorazione sociale al milione, importo aggiuntivo e quattordicesima o, più di recente, l'APE sociale e il reddito e pensione di cittadinanza.

<sup>38</sup> In merito, cfr. *Rapporti finanziari tra bilancio dell'INPS e bilancio dello Stato*, 3 agosto 2017, *Flash* n. 6, Ufficio Parlamentare di Bilancio, [https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2017/08/Flash-n.-6\\_2017.pdf](https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2017/08/Flash-n.-6_2017.pdf).

<sup>39</sup> Ciò, in quanto, anche in considerazione del principio del pareggio di bilancio delle gestioni previdenziali imposto dalla legge 9 marzo 1989, n. 88, le prestazioni pre-



sono essere individuate come dei prestiti dello Stato all'Istituto previdenziale per far fronte a disavanzi tra entrate contributive e uscite per prestazioni.

A tale intricato passaggio di danaro pubblico in entrata e in uscita dall'INPS si accompagna una certa opacità anche nel sistema impositivo, in cui negli anni si affastellano una pluralità di obblighi contributivi, teoricamente diretti al finanziamento di prestazioni specifiche ma per cui pure, anche in ragione della mutualità interna, diventa complesso individuare una linearità.

Quanto sopra – la pluralità e opacità del sistema impositivo, ma anche il “rimpallo” tra il sistema contributivo, retributivo e poi di nuovo (tendente al) contributivo – contribuisce a sfumare, nel tempo, il ricorso alla tecnica matematico-attuariale, astrattamente idonea a identificare l'apporto economico necessario al finanziamento della tutela che ha generato l'obbligazione stessa.

In breve, se è certo che una parte delle prestazioni pensionistiche è finanziata tramite le finanze statali, tutt'altro che certo è il *quantum* di tale contributo pubblico in relazione alle singole fattispecie di tutela<sup>40</sup>.

videnziali non possono essere finanziate dalla solidarietà generale per sopperire alle carenze contributive. Per le necessità economiche delle diverse gestioni previdenziali, dunque, non può farsi ricorso *sic et simpliciter* al finanziamento statale, ma le risorse pubbliche vengono considerate come anticipazioni sul fabbisogno finanziario delle gestioni previdenziali e, quindi, come debiti per l'INPS (art. 35, comma 3, l. 23 dicembre 1998, n. 448). Di converso, il finanziamento *tout court* dello Stato attraverso la GIAS è possibile con riferimento alla gestione assistenziale, “necessariamente” afferente alla solidarietà generale (si veda l'art. 37 della legge 9 marzo 1989, n. 88). Il meccanismo delle anticipazioni determina dunque una «finezza contabile secondo cui una parte del contributo della fiscalità generale all'INPS sia un “prestito” [che] porta nel tempo all'accumulo di un debito, destinato prima o poi a venire ripianato in modo convenzionale» (la citazione è presa da AA.VV., *Rapporto finale della Commissione tecnica di studio sulla classificazione e comparazione*, cit., p. 59).

<sup>40</sup> O. BONARDI, *Separate in casa? La distinzione tra previdenza e assistenza oggi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 693 ss., evidenzia che il tentativo di distinzione delle singole voci di finanziamento della prestazione sociale diventa, nel sistema a ripartizione, «sempre più virtuale che reale: stabilire quale delle voci che compongono la prestazione sia assistenziale e quale no, quando nessuna di esse è concretamente la restituzione dei contributi versati, appare una questione meramente convenzionale, utile per le esigenze contabili, ma non significativa della distinzione tra previdenza e assistenza» (la citazione è di pagina 702).

Dalle circostanze brevemente esposte in precedenza, si diramano due interpretazioni in relazione all'efficacia del criterio del finanziamento quale elemento dirimente per *l'actio finium regundorum* tra previdenza e assistenza.

Vi è, difatti, chi<sup>41</sup> ritiene che, nonostante l'incontestabile partecipazione pubblica, l'essenza del sistema previdenziale possa comunque essere individuata nello specifico sistema di finanziamento basato sulla presenza costante dell'obbligo contributivo e, quindi, sulla correlazione più o meno stringente tra le risorse versate dagli stessi soggetti assicurati nel corso dell'intera vita lavorativa.

A sostegno della tesi della centralità dell'obbligo contributivo vengono riportate una serie di fattispecie in cui la prestazione è sì garantita a prescindere da un accantonamento contributivo, ma sono predisposte delle finzioni giuridiche di adempimento dell'obbligo contributivo (è il caso della contribuzione figurativa), ovvero l'erogazione è subordinata alla possibilità per l'INPS di ottenere l'adempimento tardivo (si pensi al limite della prescrizione imposto per l'operatività del principio di automaticità).

In altre parole, sarebbero proprio le ipotesi in cui l'erogazione della prestazione prescinde dal versamento della contribuzione a dimostrare come quest'ultima debba ritenersi imprescindibile elemento del sistema previdenziale, del tutto assente, di converso, in quello assistenziale.

La tesi opposta<sup>42</sup>, deducendo dal concetto di sicurezza sociale il *continuum* di tutela previdenziale e assistenziale di cui si è dato conto in precedenza, stressa la presenza degli interventi di sostegno economico statali all'INPS per negare l'efficacia del sistema di finanziamento quale criterio divisorio tra i due sistemi.

Agli esempi pocanzi riportati, tale dottrina risponde individuando due esempi in cui prestazioni destinate a soddisfare bisogni previdenziali per antonomasia, quale vecchiaia e disoccupazione, sono poste a carico dello Stato e svincolate dall'obbligo contributivo: l'integrazione al minimo e la NASPI.

Vengono, quindi, a imporsi nel dibattito accademico diverse inter-

<sup>41</sup> In questo senso, R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit.

<sup>42</sup> In questo senso, cfr. M. PERSIANI, *Il sistema di sicurezza sociale*, cit.

prestazioni ricostruttive sia del sistema di protezione sociale delineato dall'art. 38 Cost., sia del ruolo che, in tale ricostruzione, occorre attribuire al finanziamento del sistema stesso. L'imporsi di una voce unitaria risulta, ad avviso di chi scrive, ostacolata anche dalla natura altalenante della legislazione sociale, a tratti volta a ridurre la spesa pubblica in ambito previdenziale, a tratti a espanderne la portata (perché costretta dagli eventi cogenti come la pandemia degli ultimi anni o meno)<sup>43</sup>.

Ecco, dunque, che all'insufficienza del criterio del finanziamento si affianca la proposizione degli ulteriori elementi distintivi dell'una e dell'altra categoria di prestazioni sociali, che verranno trattati nelle pagine a seguire.

### 3. I criteri distintivi "classici" tra previdenza e assistenza alla prova delle prestazioni ibride

La *vexata questio* della distinzione tra previdenza e assistenza<sup>44</sup> appare più che mai attuale in ragione della ormai strutturale diffusione, all'interno del nostro ordinamento, di prestazioni che, in ragione delle loro caratteristiche, non rispondono al rigido schema concettuale dell'art. 38 Cost. Si tratta di prestazioni c.d. ibride che, seppure riferibili al *genus* delle provvidenze di sicurezza sociale, non possono essere immediatamente riconducibili alle due *species* della previdenza e dell'assistenza, in quanto posseggono caratteristiche sia dell'una e che dell'altra categoria. Ne discende che in tali prestazioni non sono riscontrabili tutti i criteri fisiognomici della tipologia generale di appartenenza, essendo, invece, presenti caratteri dell'una e dell'altra e, quindi, potendo rientrare in astratto tra le prestazioni previdenziali o assistenziali a seconda della prospettiva che si assume nel considerarle<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Queste due direttrici di interventi legislativi vengono evidenziate da R. PESSI, *Riforma fiscale, previdenza ed assistenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 68 ss.

<sup>44</sup> Per un'analisi storica si rimanda a O. BONARDI, *Separate in casa?*, cit., p. 693 ss.

<sup>45</sup> Cfr. sul punto AA.VV. *Rapporto finale Commissione tecnica di studio sulla classificazione e comparazione*, cit.

In realtà, già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, il legislatore ha adottato scelte politiche che non rispondevano alla netta distinzione operata dall'art. 38 Cost., soprattutto al fine di far fronte in maniera efficace all'evoluzione del contesto sociale, ai mutamenti del mercato del lavoro e al progressivo invecchiamento della popolazione<sup>46</sup>. Proprio in tema di tipologie ibride di prestazioni già nel lontano 1986 la Corte costituzionale, nel sottolineare la chiarezza dell'art. 38 Cost. quale norma regolatrice della previdenza e dell'assistenza, precisava che «[...] Lo stesso articolo non esclude tuttavia, e tantomeno impedisce, che il legislatore ordinario delinea figure speciali nel pieno rispetto dei principi costituzionali accolti»<sup>47</sup>.

A sostegno di tale orientamento la Consulta rammentava quanto accaduto nel corso del dibattito sull'art. 34 (ossia l'attuale art. 38), in sede di Assemblea Costituente. Nella specie, la formulazione originaria faceva riferimento al principio mutualistico-assistenziale, in quanto al secondo comma statuiva che «I lavoratori, in ragione del lavoro che prestano, hanno diritto che siano loro assicurati mezzi adeguati per vivere». Una formulazione di tal guisa avrebbe vincolato il legislatore a non discostarsi da tale principio e, pertanto, a seguito dell'emendamento di alcuni componenti dell'assemblea l'inciso «in ragione del lavoro che prestano» fu soppresso. Risultano interessanti ai nostri fini le motivazioni poste alla base della richiesta di soppressione dell'inciso *de quo* da parte del primo firmatario dell'emendamento, il quale sosteneva che la soppressione era funzionale alla futura libertà del legislatore di adottare in materia di previdenza e assistenza «criteri più adatti alla situazione e più efficaci»<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Sul punto V. FERRANTE, *Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa*, in Aa.Vv., *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, p. 1190 ss.

<sup>47</sup> Corte cost. 12 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, p. 725 ss.

<sup>48</sup> L'On. Laconi così motivò la richiesta di eliminazione dell'inciso: «Abbiamo creduto di dover sopprimere questa parte in quanto essa avrebbe supposto che la legislazione in materia di previdenza e assicurazione sociale, domani, dovesse orientarsi in un determinato senso, senso in cui attualmente è diretta e indirizzata, e ciò avrebbe fatto supporre un riferimento a quei criteri di assistenza mutualistica che oggi sono in vigore. Noi desideriamo invece che il legislatore futuro abbia una libertà più ampia e possa adottare criteri che gli appariranno più adatti alla situazione e più efficaci».

Alla luce di ciò la Corte Costituzionale ha concluso che il legislatore possa agevolmente adottare misure svincolate dalla logica meramente mutualistica-assicurativa, in quanto l'art. 38 Cost. gli consente di attuare le finalità perseguite con ampia libertà.

Ebbene, chiarita la legittimità dell'adozione di prestazioni c.d. ibride, come anticipato nell'*incipit*, va osservato come nel nostro ordinamento si assiste ad un ricorso sempre maggiore a tali misure nelle quali convergono caratteri assistenziali e previdenziali: in alcuni casi, ad esempio, l'accesso alle prestazioni viene subordinato al possesso di un reddito inferiore ad una data soglia o, ancora, alla tenuta di un comportamento positivo quale requisito ulteriore rispetto a quelli richiesti dal modello assicurativo. Dunque, per beneficiare di alcune prestazioni, il possesso dello *status* di lavoratore, necessario per l'accesso alle provvidenze di natura previdenziale, si affianca alla comprovata situazione di bisogno, la quale, come più volte precisato dalla Corte Costituzionale<sup>49</sup>, costituisce prerequisite primario per beneficiare delle prestazioni di rango assistenziale.

Alcuni esempi di provvidenze che presentano caratteri comuni sia alla previdenza che all'assistenza sono costituiti dall'assegno sociale, dall'integrazione al minimo delle pensioni e, infine, dal reddito di cittadinanza e dal suo predecessore, ossia il reddito di inclusione.

Per comprendere appieno le diverse caratteristiche delle prestazioni ibride occorre soffermarsi brevemente sulle sopra citate misure, partendo proprio dall'integrazione al minimo delle pensioni, istituita dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, al fine di garantire «mezzi adeguati» a coloro i quali beneficiano di un trattamento pensionistico di importo inferiore ad una determinata soglia.

Più precisamente, allorquando dal calcolo basato sulla contribuzione versata nel corso della vita lavorativa venga stimato un importo della pensione che non garantisca all'individuo una vita dignitosa, l'INPS corrisponde al beneficiario – il quale deve dimostrare, tra l'altro, di possedere un reddito al di sotto dei limiti previsti dalla legge – una quota integrativa. Ne discende che la natura ibrida di tale misura sia da ricondurre alla circostanza che la stessa viene finanziata tramite

<sup>49</sup> Corte cost. 20 gennaio 2020, n. 10, in *Giur. cost.*, 2010, p. 155 ss.; Corte cost. 2 maggio 2007, 14; Corte cost. 13 luglio 2004, n. 287, in *Le Regioni*, 2005, p. 384 ss.

il classico sistema contributivo proprio delle prestazioni previdenziali, ma è altresì integrata dalla fiscalità generale, che consente all'individuo di raggiungere «mazzi adeguati».

Il sistema di adeguamento delineato dal legislatore del 1983 è stato abolito, ad opera della legge 8 agosto 1995, n. 335, a far data dal 1° gennaio 1996 per le pensioni liquidate con il sistema contributivo<sup>50</sup>, con lo scopo, da un lato, di arginare la spesa previdenziale e, dall'altro, di operare una netta distinzione tra previdenza e assistenza<sup>51</sup>. Come rilevato, infatti, appariva necessario evitare che le contribuzioni, in particolare dei lavoratori dipendenti, fossero impiegate sia per finanziare l'erogazione di prestazioni assistenziali ai cittadini non lavoratori e sia per garantire pensioni adeguate, soprattutto nel settore del lavoro autonomo<sup>52</sup>.

Il vuoto creato dall'eliminazione dell'integrazione al minimo per i trattamenti pensionistici erogati con il sistema contributivo e la conseguente necessità di garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori è stato colmato mediante il meccanismo del cumulo parziale tra la prestazione pensionistica e l'assegno sociale finanziato mediante la fiscalità generale.

Ebbene, proprio l'assegno sociale costituisce un altro esempio di prestazione ibrida, in quanto viene erogato al verificarsi di uno degli eventi protetti dall'art. 38 Cost., ossia la vecchiaia, anche in assenza di contribuzione. Come noto, si tratta di una provvidenza garantita ai cittadini che, al di là della circostanza che siano stati o meno lavoratori, abbiano superato i 67 anni di età e dimostrino di versare in condizioni economiche disagiate. L'assegno sociale, nonostante sia a carico della gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali e, conseguentemente, finanziato dalla fiscalità generale, secondo una tesi dottrinale<sup>53</sup> non può essere ricondotto nell'alveo dell'assistenza in ragione della funzione tipicamente previdenziale del-

<sup>50</sup> Sul punto R. VIANELLO, *L'adeguatezza come misura etico-sociale* cit., p. 661 ss.

<sup>51</sup> Così O. BONARDI, *Pensioni e lavoro marginale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 647 ss.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 648 ss.

<sup>53</sup> V. M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 269.

la misura. Al contrario, secondo un'altra tesi<sup>54</sup> – peraltro accolta dalla Corte Costituzionale<sup>55</sup> – che adotta il consueto criterio del finanziamento, l'assegno sociale sarebbe una prestazione assistenziale poiché finanziata dalla fiscalità generale.

Occorre esaminare, infine, la misura di più recente istituzione, ossia il Reddito di cittadinanza introdotto con il d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2019, n. 26. La natura ibrida di tale provvidenza si desume facilmente dalla *littera legis*, in quanto è proprio il legislatore a riconoscerle il ruolo di «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro»<sup>56</sup>.

La stessa Corte Costituzionale<sup>57</sup>, nel respingere le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine del requisito del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo per l'accesso al Reddito di Cittadinanza e al Reddito di Inclusione, ha riconosciuto la natura ibrida di tale prestazione.

Nella pronunce in questione la Corte non ha, però, semplicemente confermato la natura della misura, ma ha, altresì, precisato che nonostante la prestazione abbia caratteristiche comuni con le misure di contrasto alla povertà, non può considerarsi una mera provvidenza economica volta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo: essa persegue in primo luogo obiettivi di politica attiva del lavoro e di inclusione sociale<sup>58</sup>, tali per cui è necessario che il beneficiario garantisca una permanenza stabile sul territorio.

I giudici costituzionali hanno ritenuto che nelle predette misure le finalità di inclusione socio-lavorativa prevalgano su quelle di contrasto

<sup>54</sup> Sul punto M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 653 ss.

<sup>55</sup> Cfr. Corte cost. 20 marzo 2019, n. 50, in *Riv. giur. lav.*, 2019, p. 679.

<sup>56</sup> Art. 1, comma 1, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4.

<sup>57</sup> Corte cost. 25 gennaio 2022, n. 19, in *ADiM Blog, Oss. giur.*, 6 marzo 2022.

<sup>58</sup> Nello stesso senso Corte cost. 21 giugno 2021, n. 126, in *Riv. pen.*, 2021, p. 636 ss.; Corte cost. 7 luglio 2021, n. 127, in *Lav. giur.*, 2021, p. 1038 ss.

alla povertà: infatti, il Reddito di Cittadinanza (e lo stesso ragionamento viene sviluppato per il Reddito di inclusione)<sup>59</sup> «non si risolve in un mero sussidio economico, ma costituisce una misura più articolata, comportante anche l'assunzione di precisi impegni dei beneficiari, diretta ad immettere il nucleo familiare beneficiario in un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni individuati dai servizi competenti finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale»<sup>60</sup>.

Va precisato per completezza espositiva che il d.l. 4 maggio 2023, n. 48, recante misure urgenti per l'inclusione e l'accesso al mondo del lavoro, ha disposto dal 1° gennaio 2024 la sostituzione del Reddito di Cittadinanza con l'assegno di inclusione, ma da una prima lettura del dettato normativo sembrerebbe che per tale provvidenza valgano, in ordine alla sua natura, le stesse considerazioni già esposte per la misura introdotta nel 2019<sup>61</sup>.

Come già evidenziato precedentemente, la progressiva compenetrazione tra assistenza e previdenza determina una nuova e più profonda crisi del criterio distintivo classico del finanziamento. Nelle tre ipotesi sopra descritte, infatti, a fronte del finanziamento della fiscalità generale, il quale farebbe propendere per la chiara natura assistenziale delle misure, la loro funzione mette in crisi l'interprete, in quanto le prestazioni analizzate assolvono o a finalità tipicamente previdenziali (come nel caso dell'assegno sociale e dell'integrazione al minimo delle pensioni) o comunque a finalità estranee a quelle tipicamente assisten-

<sup>59</sup> Corte cost. 23 febbraio 2022, n. 34, in *Giur. cost.*, 2022, p. 414 ss.

<sup>60</sup> In merito alla natura ibrida del Reddito di Cittadinanza, la dottrina ha condivisibilmente rilevato la forzatura argomentativa dei giudici costituzionali, in quanto la circostanza che la misura sia stata concepita come strumento di politica attiva del lavoro non può far dimenticare che essa costituisca fundamentalmente uno strumento di contrasto alla povertà. Così F. DI NOIA, *Stranieri e Reddito di Cittadinanza: per la Consulta è ragionevole il requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*, in *ADiM Blog, Oss. giur.*, 6 marzo 2022.

<sup>61</sup> In tal senso, per alcune prime osservazioni critiche, si veda A. GUARISO, *Prime note sulle nuove discriminazioni nella "riforma" del reddito di cittadinanza*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/>, 21 maggio 2023.



ziali (nelle ipotesi del Reddito di Cittadinanza e del Reddito di Inclusione).

Non a caso, nelle sentenze sopra citate in materia di Reddito di Cittadinanza e Reddito di Inclusione la Corte Costituzionale ha utilizzato proprio il criterio funzionale per pronunciarsi in ordine alla legittimità della richiesta di determinati requisiti per l'accesso alla prestazione. Nella specie, seppure *prima facie* attraverso l'utilizzo del classico criterio del finanziamento le misure in questione dovrebbero rientrare tra quelle di natura assistenziale (con la conseguenza che l'accesso non dovrebbe essere subordinato esclusivamente al comprovato stato di necessità trattandosi di mere provvidenze economiche volte a soddisfare un bisogno primario dell'individuo) il giudice delle leggi valorizza la funzione della misura ammettendo l'utilizzo di requisiti ulteriori rispetto a quelli reddituali.

Al tempo stesso, però, tali pronunce dimostrano che il criterio della funzione preminente attribuita alla provvidenza, seppure in astratto utile per definire la giusta collocazione delle misure, presta il fianco a interpretazioni dettate da motivazioni estranee, come, ad esempio, a quelle ispirate all'esigenza di contenimento dei costi delle prestazioni<sup>62</sup>.

Infine, la distinzione tra previdenza e assistenza può arricchirsi ulteriormente ed essere resa più specifica, in relazione alle condizioni di accesso alle prestazioni, oltre che alla loro funzione. In alcune misure, come quelle sopra descritte, il legislatore ha utilizzato il meccanismo della c.d. condizionalità, subordinandone la fruizione non solo alla qualifica soggettiva di partenza (ad esempio, il soddisfacimento di un requisito contributivo), ma anche alla prova della sussistenza della condizione di bisogno, o addirittura alla richiesta di un comportamento attivo.

A questo proposito la Commissione tecnica di studio sulla classificazione e comparazione, a livello europeo e internazionale, della spesa pubblica per finalità previdenziali e assistenziali, istituita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2018, ha osservato che nelle ipotesi esaminate si potrebbero utilizzare nuove catego-

<sup>62</sup> Per un approfondimento si rimanda a M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 2013.

rie di classificazione, ossia quelle della previdenza qualificata dalla condizionalità (e quindi condizionata dalla prova dei mezzi) o dell'assistenza qualificata dalla condizione professionale (o dal sistema assicurativo) nel caso di prestazioni rivolte a chi soddisfa sia un requisito contributivo sia una specifica prova dei mezzi<sup>63</sup>.

#### *4. I mezzi adeguati, i mezzi necessari e il minimo vitale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Come già ricordato, il primo comma dell'art. 38 Cost. dispone che il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale spetta ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per sopravvivere<sup>64</sup>. Il secondo comma, invece, riserva ai lavoratori incorsi in una causa di sospensione del rapporto (infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria) una tutela più ampia, sostanziata nella connotazione dei mezzi cui gli stessi hanno diritto come *adeguati alle esigenze di vita*<sup>65</sup>.

Accomunati dalla finalità di fronteggiare la condizione di bisogno dei cittadini, «lavoratori o meno che siano», i due commi dell'art. 38 si differenziano per «il diverso ambito e la diversa intensità di tutela prevista dalle due disposizioni»<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. AA. VV., *Rapporto finale Commissione*, cit., p. 66.

<sup>64</sup> «Il comma 1 nel prevedere che "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale" finisce con l'individuare il minimo attraverso la condizione per godere dell'assistenza, e cioè i "mezzi necessari per vivere"» così D. GAROFALO, *Il minimo previdenziale ed assistenziale: bisogno presunto versus bisogno accertato*, in *Lav. giur.*, 2019, p. 978.

<sup>65</sup> «Quindi, nell'ambito della tutela previdenziale, cioè quella assicurata ai lavoratori, i mezzi "da necessari per vivere" diventano "adeguati alle loro esigenze di vita", con un palese allargamento del contenuto del diritto alla tutela previdenziale rispetto a quella assistenziale» così D. GAROFALO, *Il minimo previdenziale ed assistenziale: bisogno presunto versus bisogno accertato*, cit., p. 978.

<sup>66</sup> D. GAROFALO, *Il minimo previdenziale ed assistenziale: bisogno presunto versus bisogno accertato*, cit., p. 978.

Il divario che separa i mezzi adeguati e i mezzi necessari è stato oggetto di diverse pronunce della Corte costituzionale<sup>67</sup>, a partire dal 1986: «i mezzi necessari per vivere non possono identificarsi con i mezzi adeguati alle esigenze di vita: questi ultimi comprendono i primi ma non s'esauriscono in essi»<sup>68</sup>. Adeguatezza e necessità sono infatti correlati ad esigenze diverse<sup>69</sup>: «soltanto le prestazioni di assistenza sociale sono fondate e paramtrate totalmente ed esclusivamente sullo stato di bisogno e sulla necessità di assicurare “i mezzi necessari per vivere”, laddove le prestazioni previdenziali da un lato presuppongono un rapporto assicurativo, che è assente nelle prime, e dall'altro sono strutturate e finalizzate in funzione di una tutela più ampia e diversamente strutturata, quella dei lavoratori assicurati»<sup>70</sup>. Una tutela che si sostanzia nella conservazione del reddito percepito in virtù del contratto di lavoro, con evidenti conseguenze sul piano della quantificazione della prestazione, non certo riducibile alla mera corresponsione di quanto necessario per vivere, ma tarata sul tenore di vita vantato dal lavoratore prima dell'avvento della causa sospensiva del rapporto<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Sul punto, v. i numerosi riferimenti bibliografici in G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 815 ss.

<sup>68</sup> Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31. Per un commento alla pronuncia n. 31 si veda M. CINELLI, in *Foro it.*, 1986, p. 1769 ss., che evidenzia come «ciò che maggiormente merita interesse nella [...] sentenza è [...] quanto concerne i criteri di individuazione e definizione della prestazione previdenziale “adeguata”, ai sensi del 2° comma dell'art. 38 (e, per contrapposto, di quella di cui al 1° comma della medesima norma» (*ivi*, comma 1773).

<sup>69</sup> In tal senso, nei lavori preparatori della Costituzione «la formula “mezzi adeguati” [era] inizialmente declinata in relazione alla loro attinenza al lavoro o non: erano mezzi adeguati *per vivere*, nel primo caso, *di assistenza*, invece, nell'altro, senza, tuttavia, che ne fosse chiara la differenza, dato che in entrambi i casi dovevano “essere sufficienti a quelle che sono le necessità fisiche”» così G. CANAVESI, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 784. Così, se l'evoluzione del dibattito tra i Padri Costituenti ha portato ad espungere dal dettato costituzionale il riferimento al lavoro prestato (ma non alla figura del “lavoratore”), permane la differenza concettuale di fondo, che si evince dalle “esigenze” sottese alle relative prestazioni.

<sup>70</sup> A. SGROI, *Art. 38 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Milano, 2018, p. 73.

<sup>71</sup> O, in altri termini, è necessario «tenere conto in chiave meritocratica della qualità e quantità dell'attività prestata dal lavoratore e della sua partecipazione solidaristi-

Con ricadute di non poco conto in termini di quantificazione – oltre che di qualificazione – della prestazione stessa: «non si può [...] genericamente far riferimento al “minimo vitale”, richiamando l'art. 38 Cost.; occorre puntualizzare, invece, se ci si riferisce al primo comma dello stesso articolo, e cioè ai mezzi necessari per vivere, al minimo esistenziale, alimentare, ed in tal caso è legittimo richiedere un'indifferenziazione, un'uniformità, una determinazione quantitativa unica, per tutti i cittadini; se, invece ci si riferisce al secondo comma dell'art. 38 Cost. [...] non è più legittimo richiedere una determinazione quantitativa unica, uniforme, per tutti i lavoratori, in quanto l'oggetto della valutazione che conduce al giudizio di adeguatezza dei mezzi alle esigenze di vita può riguardare anche la posizione economico-sociale delle diverse categorie di lavoratori, i rischi volontariamente assunti o comunque incombenti, i redditi conseguiti durante l'attività lavorativa ecc.: la valutazione ora indicata può ben condurre a determinazioni quantitativamente diversificate delle prestazioni previdenziali»<sup>72</sup>.

Da un punto di vista strettamente oggettivo, il trattamento minimo vitale non può dirsi esaurito nelle prestazioni di carattere economico, ma deve considerarsi esteso anche ai servizi erogati dallo Stato e dagli enti locali<sup>73</sup> e tra questi, «unitamente all'assistenza, deve essere considerata la tutela della salute predisposta dal servizio sanitario nazionale», estesa «ben al di là della sola tutela della malattia essendo la tutela della salute comprensiva anche delle misure finalizzate alla prevenzione o alla riabilitazione»<sup>74</sup>. Questa posizione è chiaramente complicata

ca al finanziamento del sistema» così G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 820.

<sup>72</sup> Corte cost. n. 31 del 1986, cit.

<sup>73</sup> Per una ricostruzione delle sentenze della Corte Costituzionale in materia, v. A. LEPORE, *Art. 38 Cost.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Vol. I, V ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 261. Nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale, sono stati considerati inclusi nell'assistenza l'assegno sociale (Corte cost. 15 dicembre 1980, n. 157), la tutela degli invalidi civili di cui alla legge 30 marzo 1971, n. 118 (Corte cost. 19 dicembre 1962, n. 106), la tutela degli invalidi di guerra (Corte cost. 27 aprile 1988, n. 487) e quella dei ciechi (Corte cost. 2 maggio 1975, n. 125), nonché le norme sul collocamento obbligatorio dei disabili di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68.

<sup>74</sup> A. LEPORE, *Art. 38 Cost.*, cit., p. 262.

dalla necessità di conciliare l'introduzione e la disciplina di dette prestazioni con la necessità di rispettare i vincoli di bilancio<sup>75</sup>, stante la complessità di una valutazione globale.

Quanto al profilo soggettivo, le più recenti pronunce della Corte costituzionale affrontano il problema relativo all'estensione della tutela assistenziale anche a soggetti diversi dai soli cittadini – cui espressamente si riferisce il primo comma dell'art. 38 – e alle persone ad essi equiparate soggiornanti in Italia, concludendo che, fermo restando il vincolo costituzionale di preservare l'«uguaglianza nell'accesso all'assistenza sociale tra cittadini italiani e comunitari da un lato, e cittadini extracomunitari dall'altro soltanto con riguardo a servizi e prestazioni che, nella soddisfazione di un bisogno primario dell'individuo che non tollera un distinguo correlato al radicamento territoriale (sentenza 19 luglio 2013, n. 222), riflettano il godimento dei diritti inviolabili della persona», «stante la limitatezza delle risorse disponibili [...] rientra [...] nella discrezionalità del legislatore graduare con criteri restrittivi, o financo di esclusione, l'accesso dello straniero extracomunitario a provvidenze ulteriori»<sup>76</sup>.

Il diritto al minimo vitale di cui al comma 1 dell'art. 38 Cost. è stato poi oggetto di pronunce frutto di percorsi logico-giuridici volti non solo alla delineazione dei confini definitivi, ma anche al temperamento con altri diritti costituzionalmente garantiti. Con la sentenza 2

<sup>75</sup> Sul punto, v. già M. D'ONGHIA, *La giustizia costituzionale in materia di previdenza sociale: diritti sociali ed equilibrio finanziario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 88 ss., che fa riferimento all'obbligo di copertura finanziaria antecedente rispetto alla novella del 2012 (legge Cost. 20 aprile 2012, n. 1); cfr. da ultimo D. GAROFALO, *I diritti sociali nella bufera della pandemia*, in *W.P. ADAPT*, 2023, spec. p. 28 ss., il quale richiama l'orientamento della Corte costituzionale propenso a valorizzare la necessità di salvaguardare la possibilità di erogare le medesime prestazioni anche per il futuro, esplicitato in Corte cost. 31 marzo 1995, n. 99 e Corte cost. 26 luglio 1995, n. 390. V. anche G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 825 ss.

<sup>76</sup> Corte cost. 15 marzo 2019, n. 50, che a sua volta cita anche Corte cost. 19 luglio 2013, n. 222. Per una ricostruzione ragionata della giurisprudenza costituzionale in materia, che evidenzia il mutamento della «platea dei soggetti che accedono alle prestazioni sociali, grazie proprio all'intervento del Giudice delle leggi» (p. 104), v. M. D'ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 93 ss.

luglio 2021, n. 137<sup>77</sup>, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, legge 9 novembre 2012, n. 92, «nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, quali l'indennità di disoccupazione, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili, nei confronti di coloro che scontino la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere». Proprio con riguardo all'ipotesi in cui il beneficiario della prestazione assistenziale si sia macchiato di crimini che sono «espressione di fenomeni delittuosi dal significativo allarme sociale»<sup>78</sup>, la graduazione della prestazione assistenziale puntualmente specificata dalla citata sentenza 15 marzo 2019, n. 50 «assume una declinazione particolarmente complessa»<sup>79</sup>, stante la pluralità – e diversità – dei valori costituzionali in gioco. Da una parte, infatti, vi è il diritto all'assistenza e al mantenimento; dall'altra, la sicurezza della collettività, pregiudicata dal compimento di un reato caratterizzato da notevole disvalore sociale, che tradisce l'evidente rottura del patto di solidarietà tra i consociati. A complicare il quadro descritto concorre una considerazione rilevante ai fini del contemperamento dei valori coinvolti, e cioè la presunzione di illecito arricchimento insita nel compimento di determinate tipologie di illeciti penali, evidentemente contrapposta alla finalità delle tutele assistenziali. Eppure, quella stessa inviolabilità dei diritti della persona che aveva animato le pronunce precedenti, spingendo la Corte a valutazioni di merito anche laddove la questione è stata poi giudicata inammissibile<sup>80</sup>, ha portato la Corte a concludere come lo statuto di indegnità<sup>81</sup> nell'accesso alle prestazioni di cui alla legge censurata<sup>82</sup> non può «porre in pericolo la sopravvivenza del condannato, né la collettività tollerare che al proprio interno vi siano (in forza di legge e non già per mere contingenze di fatto) persone che debbano restare prive del minimo vitale»<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> Confermata da Corte cost. 19 luglio 2022, n. 34.

<sup>78</sup> G. SICHERA, *Prime note sulla sentenza n. 137/2021 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2022, p. 260, <https://www.osservatorioaiccommait.it>.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Corte cost. 20 luglio 2020, n. 152.

<sup>81</sup> Così Corte cost. 2 luglio 2021, n. 137, § 8.1.2.

<sup>82</sup> Il riferimento è all'art. 2, commi 58-63, legge 9 novembre 2012, n. 92.

<sup>83</sup> Corte cost. 2 luglio 2021, n. 137, § 6.2.1.

Il principio di uguaglianza sostanziale è invece il perno della sentenza 23 giugno 2020, n. 152, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 38, comma 4, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 «nella parte in cui, con riferimento agli invalidi civili totali, dispone che i benefici normativi siano concessi ai soggetti di età pari o superiore ai sessant'anni, anziché ai soggetti di età superiore ai diciotto anni», in quanto «il soggetto totalmente invalido di età inferiore ai 60 anni si trova in una situazione di inabilità lavorativa che non è certo meritevole di minor tutela rispetto a quella in cui si troverebbe al compimento dei 60 anni». Nella medesima pronuncia, la Corte affronta la questione relativa all'insufficienza della pensione di inabilità, asserendo come essa sia «innegabilmente, e manifestamente, insufficiente ad assicurare agli interessati il “minimo vitale”» e, pertanto, non rispettosa del «limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del «diritto al mantenimento», garantito ad «ogni cittadino inabile al lavoro» dall'art. 38, comma 1, Cost. Sebbene «la declaratoria di incostituzionalità parrebbe dietro l'angolo [...] subito dopo la Corte si affretta a precisare che non potrebbe pretendersi, da parte sua, “anche” la “diretta e autonoma ri-determinazione del correlativo importo”, atteso che tale intervento manipolativo invaderebbe l'ambito della discrezionalità del legislatore»<sup>84</sup>. L'importanza della sentenza, che si può considerare una decisione «storica»<sup>85</sup>, è evidente: «non solo perché di nuovo la Corte interviene sull'entità delle prestazioni, ma anche perché estende il principio di salvaguardia del nucleo essenziale del diritto, oltre che alle prestazioni di previdenza, anche a quelle di assistenza»<sup>86</sup>.

Proprio quel nucleo indefettibile di tutela, che accomuna le prestazioni previdenziali e quelle assistenziali, porta a riconsiderare la dicotomia previdenza-assistenza, anche in funzione della particolare configurazione delle prestazioni di sostegno al reddito di più recente introduzione. Difatti, nel caso in cui le prestazioni pensionistiche (quindi, previdenziali) risultino oggi inferiori rispetto a quelle erogate anche

<sup>84</sup> V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, in *Riv. AIC*, 2020, p. 560, [www.rivistaacomit.it/images/rivista/pdf/4\\_2020\\_22\\_Ciaccio.pdf](http://www.rivistaacomit.it/images/rivista/pdf/4_2020_22_Ciaccio.pdf)

<sup>85</sup> O. BONARDI, *Separate in casa?*, cit., p. 696.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

in assenza di una contribuzione pregressa (quindi, assistenziali) l'importo delle prime è adeguato alle seconde: l'esistenza di questa integrazione della prestazione previdenziale porta a ritenere che, in questi casi, «il minimo degrada in assistenza»<sup>87</sup>.

##### *5. L'adeguatezza delle prestazioni assistenziali nelle fonti eurounitarie. Il caso del reddito minimo*

Dato il quadro normativo interno, volgiamo ora lo sguardo alle fonti dell'Unione europea, per capire se sia possibile mutuare alcune suggestioni che consentano di tratteggiare, con maggiore nitore, l'“adeguatezza” della prestazione assistenziale, con particolare riferimento alla misura del reddito minimo.

Il tema è stato oggetto di reiterate prese di posizione ad opera delle Istituzioni europee, le quali hanno costantemente invocato la necessità di un reddito minimo testualmente definito come *adeguato*. Bisogna capire come intendere questa adeguatezza, e se in particolare l'utilizzo del lemma coincida o meno con quello utilizzato dalla giurisprudenza interna. Può già anticiparsi, al riguardo, che nei parametri adottati è ravvisabile una prospettiva integrata, in cui gli aspetti meramente economici sono affiancati dalla necessità di erogare anche prestazioni in natura<sup>88</sup>.

Punto di partenza è la Raccomandazione del Consiglio 92/441/CE, cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni

<sup>87</sup> Così D. GAROFALO, *Il minimo previdenziale ed assistenziale: bisogno presunto versus bisogno accertato*, cit., p. 982.

<sup>88</sup> Sul tema, tra i molti – soprattutto nella letteratura straniera - T. PENNE, I. CORNELIS, B. STORMS, *All we need is... Reference budgets as an EU policy indicator to assess the adequacy of minimum income protection*, in *Social Indicators Research*, 2020, 147, 991 ss.; C. DEEMING, *Defining Minimum Income (and Living) Standards in Europe: Methodological Issues and Policy Debates*, in *Social Policy and Society*, 2017, p. 33 ss.; F. VANDENBROUCKE, B. CANTILLON, N. VAN MECHELEN, T. GOEDEMÉ, A. VAN LANCKER, *The EU and Minimum Income Protection: Clarifying the Policy Conundrum*, in I. MARX, K. NELSON (a cura di), *Minimum Income Protection in Flux*, Palgrave Macmillan, 2013, p. 271 ss.; K. ARMSTRONG, *Governing Social Inclusion: Europeanization through Policy Coordination*, Oxford University Press, 2010.



sufficienti nei sistemi di protezione sociale. Il diritto della persona «a risorse e a prestazioni sufficienti per vivere conformemente alla dignità umana» è definito «fondamentale» ma a «carattere ausiliario» rispetto agli altri diritti in materia sociale. Risulta infatti prioritaria la necessità di perseguire il reinserimento delle persone più povere nei sistemi di diritti generali, che deve essere affiancato alle politiche ritenute necessarie, a livello nazionale, per l'integrazione economica e sociale dei cittadini interessati. Aspetto, questo, esplicitato altresì nel criterio della condizionalità delle misure economiche, per cui viene «fatta salva una disponibilità attiva al lavoro o alla formazione professionale finalizzata all'ottenimento di un lavoro per coloro la cui età, salute e situazione familiare permettano una siffatta disponibilità attiva».

Sul fronte dell'adeguatezza, tali principi vengono tradotti in alcuni orientamenti pratici a cui gli Stati membri dovrebbero conformarsi nel disegnare i sistemi di reddito minimo: «fissare, tenendo conto del livello di vita e dei prezzi nello Stato membro interessato e in rapporto a differenti tipi e dimensioni di nuclei familiari, l'entità delle risorse giudicate sufficienti a coprire i bisogni essenziali per il rispetto della dignità umana; adeguare o integrare gli importi per soddisfare bisogni specifici; per la fissazione degli importi, fare riferimento ad indicatori ritenuti appropriati quali, per esempio, la statistica del reddito medio disponibile nello Stato membro, la statistica dei consumi dei nuclei familiari, il salario minimo legale se questo esiste o il livello dei prezzi; (...) definire modalità di revisione periodica degli importi in oggetto, in rapporto agli indicatori sopra indicati, ai fini di garantire in permanenza la copertura dei bisogni». Inoltre, per quanto concerne le persone le cui risorse, valutate a livello d'individuo o di nucleo familiare, restano al di sotto dell'importo in tal modo determinato, adeguato o integrato, si raccomanda di prevedere a favore delle stesse la concessione di un sostegno finanziario differenziale che consenta loro di disporre effettivamente di tale importo.

Questi criteri devono essere integrati con quanto indicato dalla vicina Raccomandazione 92/442/CEE che fa riferimento, invece, al principio di «equità, affinché i beneficiari delle prestazioni sociali ricevano la parte loro spettante del miglioramento complessivo del livello di vita della popolazione, pur tenendo conto delle priorità stabilite a livello nazionale».

L'approccio viene ribadito dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039(INI)).

Nel dettaglio, viene esplicitato che i regimi di reddito minimo debbano essere fondati su un approccio strategico orientato all'integrazione sociale, il quale preveda sia misure generali sia politiche mirate relative ad alloggi, assistenza sanitaria, istruzione e formazione e servizi sociali, al fine di aiutare le persone a uscire dalla povertà e ad adoperarsi per l'inclusione sociale e l'accesso al mercato del lavoro. Si aggiunge che il reale obiettivo dei regimi di reddito minimo non è semplicemente assistere i beneficiari, ma soprattutto sostenerli nel passare da situazioni di esclusione sociale a una vita attiva. Inoltre, si insiste sulla necessità di tenere conto delle persone a carico nella definizione delle soglie di reddito minimo, in particolare dei bambini, per infrangere il circolo vizioso della povertà infantile, e per questo si sollecita la Commissione ad elaborare una relazione annuale sullo stato di avanzamento della lotta contro la povertà infantile. Viene infine offerto un dato di ordine quantitativo: i sistemi di redditi minimi adeguati debbano stabilirsi almeno al 60% del reddito mediano dello Stato membro interessato.

Il parametro economico viene ripreso dalla successiva risoluzione del 24 ottobre 2017 sulle politiche volte a garantire il reddito minimo come strumento per combattere la povertà (2016/2270(INI)), per cui gli Stati membri, nell'istituire sistemi di reddito minimo adeguati, dovrebbero tenere conto del fatto che la soglia di rischio di povertà è fissata da Eurostat al 60 % del reddito disponibile equivalente mediano nazionale (dopo l'erogazione delle prestazioni sociali). In quest'ottica, la Risoluzione sottolinea come i bilanci di riferimento possano contribuire a fissare il livello di reddito minimo necessario per soddisfare le esigenze fondamentali delle persone, compresi gli aspetti non monetari, quali l'accesso all'istruzione e all'apprendimento permanente, un alloggio dignitoso, servizi sanitari di qualità, attività sociali e partecipazione civica, tenendo conto nel contempo della composizione del nucleo familiare e dell'età dei suoi componenti, nonché del contesto economico e sociale di ciascuno Stato membro.

Sulla medesima scia si colloca la Proposta di raccomandazione del Consiglio relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva, del 28 settembre 2022. Nel testo, viene ribadito come la lotta contro la povertà e l'esclusione sociale e il diritto a un adeguato reddito minimo rivestano un ruolo centrale nell'ambito del Pilastro europeo dei diritti sociali sottoscritto nel 2017. Difatti, il principio 14 del Pilastro afferma che «chiunque non disponga di risorse sufficienti ha diritto a un adeguato reddito minimo che garantisca una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l'accesso a beni e servizi. Per chi può lavorare, il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro».

Si osserva, inoltre, come il diritto ad un reddito minimo, pur connesso a quello ad una vita dignitosa, non venga considerato un diritto universale e soggettivo in tutti gli Stati membri. A ciò si aggiunge uno scarso utilizzo dei sussidi, considerato altresì che alcune persone più vulnerabili, quali i senzatetto, riscontrano difficoltà ad accedere ai regimi di reddito minimo, nonché il mancato coordinamento tra sostegno al reddito, politiche attive del mercato del lavoro e servizi sociali.

Il Consiglio raccomanda anche agli Stati membri di fornire e, ove necessario, rafforzare solide reti di sicurezza sociale combinando un adeguato sostegno al reddito mediante prestazioni di reddito minimo e altre prestazioni monetarie e in natura di accompagnamento e dando accesso ai servizi abilitanti ed essenziali. Il livello del reddito minimo dovrebbe essere fissato mediante una metodologia trasparente e solida, conformemente al diritto nazionale e coinvolgendo i pertinenti portatori di interessi, tenendo conto delle fonti di reddito complessive, delle esigenze specifiche e delle situazioni di svantaggio delle famiglie, del reddito di un lavoratore a basso salario o di un lavoratore che percepisce il salario minimo, del tenore di vita e del potere d'acquisto nonché dei livelli dei prezzi e del relativo andamento.

Regimi di reddito minimo correttamente concepiti possono infatti fungere da stabilizzatori automatici. In momenti di recessione economica, possono contribuire a favorire una ripresa sostenibile e inclusiva, ad attenuare il calo dei redditi delle famiglie e a contenere il livello delle persone a rischio di povertà o di esclusione sociale, avendo altresì un effetto stabilizzante sulla domanda complessiva di beni e servizi. Come sottolinea il Consiglio, regimi di reddito minimo ben concepiti

garantiscono il giusto equilibrio tra la riduzione della povertà, gli incentivi al lavoro e la sostenibilità dei costi di bilancio<sup>89</sup>.

Tirando le fila, dai diversi atti delle Istituzioni emerge un approccio integrato, in cui alla considerazione del singolo si affianca quella dell'intero nucleo familiare, in una commistione di prestazioni in denaro e in natura, e nell'ottica di una visione verticale volta a garantire la tenuta del sistema economico.

Ma le affermazioni rimangono scarsamente incisive. Sul piano della tecnica legislativa, preme notare come il dibattito sul reddito minimo sia stato affidato a strumenti di *soft law*, i quali in tutta evidenza si sono rivelati inefficaci. Da tempo, invece, si levano più voci che propugnano un approccio diverso, volto all'adozione di un atto formalmente vincolante. In proposito, ad esempio, il Governo federale tedesco e la rete europea EMIN hanno ravvisato e proposto quale possibile base giuridica l'art. 153, par. 1, TFUE, a mente del quale per conseguire gli obiettivi di cui all'art. 151 (cioè quelli in materia di politica sociale), l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: «c) sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori; (...) h) integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro (...)». L'approccio è stato però rigettato dalla Commissione, che ha sottolineato come la norma in esame la facoltizzi unicamente ad adottare misure per incoraggiare la cooperazione tra Stati membri, attraverso iniziative volte all'approfondimento delle conoscenze in materia, allo scambio di informazioni e buone pratiche, alla promozione di approcci innovativi ed esperienze valutative: iniziative, dunque, incompatibili con l'adozione di un atto vincolante che imponga l'armonizzazione delle discipline interne<sup>90</sup>.

Più di recente l'Unione europea è stata ancora più incisiva. La crisi pandemica prima e ora la crisi economica legata alla guerra, con il connesso aumento dell'inflazione e il drastico crollo del potere di acquisto per tanti cittadini europei, ha dato ancora più centralità al tema

<sup>89</sup> Sul punto, anche Commissione Europea, *Study about the Methodology to Measure the Returns on Investment from Integrated Social Assistance Schemes*, in *ecomaeuropa.eu*.

<sup>90</sup> Cfr. EMIN Final Report, *Guaranteed Minimum Income Nobody deserves less, everybody benefits*, Dicembre 2018, <https://emin-eu.net/>.

del reddito minimo. Da qui l'obiettivo concreto di ridurre il numero delle persone a rischio di povertà o di esclusione sociale di almeno 15 milioni entro il 2030.

A tal fine, nel corso del 2023 sono stati adottati tre diversi documenti su questa materia da altrettanti organismi dell'Unione europea.

Il primo è la «Raccomandazione del Consiglio del 30 gennaio 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva» (2023/C 41/01), in cui si esplicita l'obiettivo di «combattere la povertà e l'esclusione sociale promuovendo un adeguato sostegno al reddito, in particolare mediante un reddito minimo, e un accesso effettivo ai servizi abilitanti ed essenziali per le persone che non dispongono di risorse sufficienti, nonché favorendo l'integrazione nel mercato del lavoro di chi può lavorare, in linea con l'approccio di inclusione attiva».

Il secondo è la «Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva» (2022/2840(RSP)) in cui si dà atto che «attualmente, in tutti gli Stati membri sono in vigore vari tipi di regimi di reddito minimo, ma che il loro impatto non è stato sufficiente in termini di convergenza verso l'alto o di riduzione della povertà...». Da qui l'invito esplicito a «considerare come ulteriore misura dell'UE [...] una direttiva relativa a un reddito minimo adeguato, al fine di garantire il reinserimento delle persone assenti dal mercato del lavoro, nel rispetto del principio di sussidiarietà, delle specificità dei sistemi nazionali di protezione sociale e delle competenze degli stati membri».

Infine, il terzo documento è il «Parere del Comitato economico e sociale europeo del 22 marzo 2023 sulla Raccomandazione sul reddito minimo adeguato». Il CESE evidenzia che nessuno Stato membro garantisce ad ora un sostegno al reddito adeguato al fine di prevenire il rischio di povertà.

## *6. Alcune brevi osservazioni conclusive*

La ricostruzione e le considerazioni sinora rese confermano che il risalente dibattito scientifico (e politico) sulla “separazione” della spe-

sa previdenziale da quella assistenziale sia destinato a non sopirsi<sup>91</sup>, date le sue intrinseche ambiguità<sup>92</sup>.

La quantificazione della spesa sociale, in base alla ripartizione tra previdenza e assistenza, non dipende esclusivamente da questioni di natura contabile, ma risulta condizionata dalla diversa portata semantica che si attribuisce a ciascuno dei due settori<sup>93</sup>.

Il tentativo di tracciare tra le due categorie un confine netto incontra i tipici ostacoli di "schedatura", dovendo necessariamente muovere – come s'è detto - dai criteri distintivi delle relative prestazioni, secondo quanto disposto dalla Costituzione all'art. 38, comma 1 (diritto all'assistenza) e 2 (diritto alla previdenza), anche alla luce delle principali teorie (monistica e dualistica) che esistono in materia<sup>94</sup>.

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ha evidenziato che numerose prestazioni, erogate dal sistema di *welfare*, sfuggono alla catalogazione esatta, presentando tratti comuni all'una e all'altra categoria e acquisendo un carattere spurio o ibrido.

Ciò rende la classificazione convenzionale della spesa sociale – ovvero condotta lungo la linea giuridica che distingue tra previdenza e assistenza – poco esaustiva e imprecisa. Diversamente, come è stato ampiamente evidenziato nelle pagine precedenti, sarebbe più opportuno arricchire tale distinzione ricorrendo a ulteriori specificazioni aggiuntive che permettano di valutare le prestazioni nei relativi tratti reali.

Costituiscono esempi utili, in tal senso, le condizioni di accesso alle prestazioni o le funzioni esercitate dalle stesse.

Guardare alle funzioni delle prestazioni serve, infatti, a salvaguardare meglio i differenti bisogni protetti e a rispettare il principio di eguaglianza poiché concedere o meno una prestazione assistenziale a

<sup>91</sup> P. SANDULLI, *Nuovi modelli di protezione sociale fra istanze risalenti e pretese recenti: profili di criticità e problemi di finanziamento*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 619 ss.

<sup>92</sup> A. AVIO, *Della previdenza e dell'assistenza*, cit., p. 30 ss.

<sup>93</sup> E. GRANAGLIA, *Previdenza e assistenza. Due mondi*, cit., p. 723 ss.

<sup>94</sup> E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in AIDLASS, *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico finanziari nell'ordinamento multilivello*, Atti del XVIII Congresso nazionale di Diritto del lavoro, Foggia, 28-30 maggio 2015, Giuffrè, Milano, 2016, p. 241 ss.

soggetti che ne siano parimenti bisognevoli, a seconda che fruiscano o meno di provvidenze preordinate ad altri fini, contrasta proprio con il citato principio costituzionale<sup>95</sup>.

D'altra parte, per l'accesso alle prestazioni, è utile guardare alla c.d. condizionalità, che serve per descrivere la realtà di un sistema di protezione sociale al quale sempre più spesso si accede non solo attraverso la qualifica soggettiva di partenza (ad esempio, il soddisfacimento di un requisito contributivo), ma anche per la condizione di bisogno comprovata (dai limiti di reddito, o *means-tested* o addirittura dalla richiesta di un comportamento attivo).

La disamina, articolata e corposa, sulle implicazioni sottese a ogni tipo di classificazione si completa con una riflessione sulla necessità di uscire dall'ambiguità di una catalogazione troppo generica per aderire meglio al dettato costituzionale di cui all'art. 38 Cost. e agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia, secondo cui la separazione netta tra previdenza e assistenza si rivela del tutto inadeguata per rispondere alle attuali esigenze di tutela e per valorizzare il comune principio fondante della solidarietà. A tal proposito, appare utile citare la recente pronuncia, sempre della Corte Costituzionale, in materia di revoca della prestazione assistenziale ai condannati di gravi delitti (sentenza 2 luglio 2021, n. 137)<sup>96</sup>, nella quale si riafferma che tanto l'assistenza quanto la previdenza risultano sorrette sulla solidarietà sociale («l'art. 38, comma 1, Cost. prevede che ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, configurando così un dovere di solidarietà economica e sociale in capo allo Stato e alla comunità complessivamente intesa [...]. Il secondo comma, invece, anch'esso ispirato a criteri di solidarietà sociale, ma con speciale riguardo ai lavoratori, impone che in caso di eventi, i quali incidono sfavorevolmente sulla loro attività lavorativa, siano a essi assicurate provvidenze atte a garantire la soddisfazione delle esigenze di vita).

A conclusione della trattazione è opportuno, dunque, riconoscere che l'azione sociale dello Stato si dispieghi alternativamente in azioni di assistenza e di previdenza, congeniate in base a scelte politiche che

<sup>95</sup> In tal senso, Corte cost. n. 152 del 2020, cit. e 22 giugno 1989, n. 346.

<sup>96</sup> Per un commento G. SICHERA, *Prime note sulla sentenza n. 137/2021*, cit.

trovano perno nella solidarietà sociale<sup>97</sup>, modulabile e coordinabile secondo valutazioni diverse.

<sup>97</sup> Per un approfondimento si rinvia a S. BUOSO, *Legalità e solidarietà nell'ordinamento*, cit.





## **Le casse dei liberi professionisti tra solidarietà endocategoriale e sostenibilità economica**

PAOLO BERNARDO, ILARIA BRESCIANI, PIA DE PETRIS  
NICOLA DELEONARDIS, CHIARA GARBUIO  
GIANLUCA PICCO, MARZIA PIRONE\*

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *Le declinazioni della solidarietà: i casi della Cassa nazionale del notariato* – 3. (segue): *e della Cassa forense* – 4. *L'adeguatezza delle prestazioni previdenziali nel confronto fra i singoli microcosmi delle casse professionali. I casi della Cassa nazionale del notariato* – 5. (segue): *della Cassa forense e dei dottori commercialisti* – 6. *L'armonizzazione della tutela previdenziale all'insegna dell' "universalismo proporzionato"* – 7. *Gli spazi di sviluppo del welfare nell'alveo delle casse previdenziali: perimetro teorico e qualche esempio pratico* – 8. *La declinazione del concetto di mezzo adeguato in relazione alle casse previdenziali: tra adeguatezza (sfumata), solidarietà e compensazione*

### *1. Introduzione*

L'elaborato si concentra sulla declinazione del concetto di “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*” ex art. 38, comma 2, Cost., nelle casse di previdenza dei liberi professionisti.

Preliminarmente, occorre evidenziare che, in virtù delle posizioni

\* Il presente scritto rappresenta la rielaborazione delle riflessioni svolte all'interno del gruppo di lavoro “Le casse dei liberi professionisti tra solidarietà endocategoriale e sostenibilità economica”, nell'ambito della VI edizione dei Seminari Previdenziali Maceratesi, tenutisi presso l'Università di Capua dal 3 al 7 luglio 2022. Sebbene il contributo sia frutto di una riflessione comune agli Autori, il § 2 è stato redatto da Nicola Deleonardis, il § 3 da Gianluca Picco, il § 4 da Pia De Petris, il § 5 da Marzia Pirone, il § 6 da Paolo Bernardo, il § 7 da Chiara Garbuio e il § 8 da Ilaria Bresciani. Si ringrazia sentitamente la *tutor* del gruppo, prof.ssa Valeria Filì, per i preziosi stimoli forniti nel corso delle attività laboratoriali dei seminari e per le preziose osservazioni donate nel corso della redazione del contributo.

espresse dalla Corte costituzionale nel corso del tempo<sup>1</sup>, il concetto di adeguatezza presenta un'interconnessione “a geometria variabile” con gli altri principi fondanti il sistema previdenziale, quali la solidarietà (endocategoriale e intergenerazionale) e la sostenibilità economica. Questa constatazione obbliga, dunque, a ridisegnare costantemente i contorni del sistema previdenziale stesso.

Tale “previdenza liquida”, mutuando la fortunata espressione di Bauman, emerge proprio dal sistema di *governance* delle casse dei liberi professionisti che, a seguito del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, sono divenute associazioni o fondazioni con personalità giuridica di diritto privato, aventi compiti di natura pubblicistica, tra cui quello prioritario di gestire la previdenza degli iscritti mediante regolamenti autonomi.

Da ciò ne deriva un sistema organizzato per compartimenti stagni<sup>2</sup>, che annovera un ventaglio estremamente vario di prestazioni, non solo economiche, tale da ridefinire i contorni del concetto di adeguatezza, che potrebbe essere interpretato anche secondo una prospettiva sistemica<sup>3</sup>, come verrà meglio argomentato nel prosieguo del contributo.

In quest'ottica è essenziale verificare concretamente come il rapporto tra i principi di adeguatezza, solidarietà e sostenibilità venga diversamente declinato nelle casse di seguito esaminate.

## 2. Le declinazioni della solidarietà: i casi della Cassa nazionale del notariato

La Cassa nazionale del notariato rappresenta, a quanto consta, un *unicum* nel panorama delle casse dei liberi professionisti, atteso che storicamente venne costituita allo scopo di “concedere assegni a favore

<sup>1</sup> Sulle quali si rinvia a G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 815 ss.

<sup>2</sup> In tema, già F. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 124.

<sup>3</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 277 ss., numero straordinario.

*dei notai (...) meritevoli di soccorso per le loro disagiate condizioni economiche*<sup>4</sup>.

La Cassa offre un ventaglio di prestazioni da cui emerge un'interpretazione inconsueta del concetto di adeguatezza, soprattutto se declinato in relazione al principio di solidarietà intergenerazionale e endocategoriale.

L'art. 4 dello Statuto della Cassa annovera, tra gli emolumenti di natura previdenziale e assistenziale, la corresponsione, a favore del notaio in esercizio, di un assegno integrativo degli onorari percepiti nell'anno, qualora questi siano «*inferiori ad un ammontare predeterminato*». La disciplina dell'indennità integrativa viene meglio enucleata nel Regolamento per l'Attività di Previdenza e Solidarietà, che regola la modalità di erogazione dell'assegno suddetto, da elargire fino alla concorrenza di una quota determinata dell'onorario medio nazionale (art. 4), anche qualora il notaio abbia interrotto il servizio a seguito di un permesso ottenuto dal Consiglio notarile del distretto oppure per servizio militare, malattia e o altre motivazioni «*non dipendenti dallo stesso notaio*» (art. 5).

*Prima facie* la misura ricorda l'Indennità Straordinaria di Continuità Reddittuale e Operativa (la c.d. ISCRO) che, come noto, si sostanzia in un'integrazione al reddito per quei lavoratori autonomi che, nonostante esercitino abitualmente l'attività professionale, non raggiungano nel corso dell'anno un reddito superiore a euro 8.145. La misura erogata dalla Cassa nazionale del notariato precorre quella prevista dal legislatore italiano: infatti, circoscrivendo l'ambito di indagine ai soli lavoratori autonomi c.d. puri<sup>5</sup>, la ISCRO viene introdotta solo dalla legge di bilancio 30 dicembre 2020, n. 178, art. 1, commi 386-401 ed ha una natura sperimentale (per il triennio 2021-2023).

Senza entrare nel merito del provvedimento del legislatore italiano<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Sul punto si rinvia a R. PURPURA, *I lavoratori autonomi e la sicurezza sociale*, Stamperia Nazionale, Roma, 1974, p. 56 ss.

<sup>5</sup> Dunque, escludendo la Dis-Coll, che attiene a rapporti di lavoro di durata, in cui la prestazione lavorativa ha una natura continuativa.

<sup>6</sup> Per un'analisi dettagliata si rinvia a G. CANAVESI, *Indennità straordinaria di continuità reddituale e operativa e struttura del lavoro autonomo: è la strada giusta?*, in *Lav. dir. eu.*, 3/2021, [http://www.lavorodirittieuropa.it/images/canavesi\\_pezzo\\_LDE\\_2021.pdf](http://www.lavorodirittieuropa.it/images/canavesi_pezzo_LDE_2021.pdf); R. ZUCARO, *L'impatto della pandemia sul reddito da lavoro non subor-*

che, pur se non privo di limiti, manifesta la volontà di affrontare il fenomeno della povertà lavorativa dei lavoratori autonomi<sup>7</sup>, quello che in questa sede interessa mettere in rilievo sono le differenze – sostanziali – che emergono nel raffronto con l’assegno integrativo previsto dalla Cassa del notariato.

Beneficiano della ISCRO solo i lavoratori autonomi non ordinistici che soddisfano una serie di requisiti, tra i quali, oltre alla soglia reddituale di 8.145 euro precedentemente ricordata, la regolarità contributiva obbligatoria e la titolarità della partita IVA da almeno quattro anni (comma 388). Tali condizioni perimetrano l’ambito di applicazione della prestazione, rivelandone così la *ratio*, cioè quella di ristorare quei professionisti autonomi ormai “strutturati” (soprattutto nel periodo della pandemia da Covid-19). Vengono “premate” la professionalità, l’abitudine e la continuità di esercizio della professione, identificandosi uno specifico ammortizzatore sociale per i casi in cui il lavoratore si trovi in uno stato di bisogno e ipotizzandosi che il frutto della sua attività costituisca per il medesimo l’unico o il prevalente mezzo di sostentamento. Di converso, il vincolo del possesso di una partita IVA da quattro anni risulta restrittivo se si conviene che sono i professionisti più deboli sul mercato, dunque i “meno strutturati” (tendenzialmente i più giovani), che necessiterebbero di maggior protezione.

Su questo aspetto, appare particolarmente interessante l’indennità integrativa dei notai, che agisce anche a protezione dei professionisti più giovani e – si suppone – “meno strutturati” nel mercato, poiché è subordinata solo alla registrazione della residenza presso il distretto a cui il notaio viene assegnato e ad un reddito imponibile che nell’anno di riferimento, e sommato a quello “*soggetto a ritenuta alla fonte, a cedolare secca e ad imposta sostitutiva, non superi il doppio del suddetto onorario di repertorio medio nazionale*”.

In sostanza, non viene presa in considerazione la posizione contri-

*dinato, possibili scenari, ivi*, [www.lavorodirittieuropa.it/images/contributo\\_LDE\\_Rosita\\_Zucaro\\_def\\_2.pdf](http://www.lavorodirittieuropa.it/images/contributo_LDE_Rosita_Zucaro_def_2.pdf).

<sup>7</sup> EUROFOUND, *In-work poverty in the UE*, p. 25; I. MARX, J. HOREMANS, *Poverty and Material Deprivation among the Self-Employed in Europe: An Exploration of a Relatively Uncharted Landscape*, IZA DP, 2017, 11007, p. 14; V. PAPA, *Working poor. Dualizzazione del mercato e lavoro autonomo povero nell’UE*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 49 ss.

butiva del notaio<sup>8</sup>, se non l'iscrizione alla Cassa che consegue obbligatoriamente a quella all'albo (*ex art. 2229 c.c.*). È pur vero che il Regolamento postula che i richiedenti della misura debbano aver prestato “*assidua assistenza alla sede, valutata in relazione alla oggettiva adeguatezza alle esigenze del servizio notarile e della produttività professionale*” (art. 4, comma 8), tuttavia possono beneficiare dell'indennità anche i notai di prima nomina, purché residenti presso il proprio distretto di appartenenza e abbiano un reddito imponibile inferiore a quello previsto dal Regolamento.

Dunque, attenuata la natura assicurativa dell'indennità, la solidarietà tra gli iscritti definisce i contorni dell'intervento delle prestazioni previdenziali, assumendo i tratti di una solidarietà intergenerazionale, ossia tra coloro che muovono i primi passi nell'esercizio dell'attività notarile e coloro i quali hanno una posizione solida sul mercato.

Una lettura ancor più interessante proviene dal confronto tra le due misure suddette in relazione al profilo reddituale e agli obiettivi perseguiti.

L'integrazione al reddito per i professionisti non ordinistici viene erogata qualora il professionista non abbia raggiunto un reddito annuale di euro 8.145 e che sia inferiore al 50 per cento della media dei redditi da lavoro autonomo conseguiti nei tre anni precedenti<sup>9</sup>. L'ammontare della somma erogata dall'INPS è pari al 25 per cento, su base semestrale, dell'ultimo reddito certificato dall'Agenzia delle entrate e, in ogni caso, non può essere superiore a 800 euro mensili e inferiore a 250 euro mensili. Quello che dunque la norma intende perseguire è il superamento di una soglia reddituale al di sotto della quale i lavoratori autonomi possano effettivamente considerarsi in stato di disoccupazione nonostante il lavoro<sup>10</sup>, quindi veri e propri “*working*”

<sup>8</sup> V. anche art. 3, comma 1 del Regolamento, secondo cui “*il diritto alle provvidenze della Cassa è acquisito dal Notaio a far tempo dalla prima iscrizione a ruolo*”.

<sup>9</sup> V. art. 1, comma 388, lett. c) e d), l. n. 178 del 2020.

<sup>10</sup> V. la circ. ANPAL 23 luglio 2019, n.1, secondo cui sono in “stato di disoccupazione” quei soggetti che rilasciano la Dichiarazione di Immediata Disponibilità e che, non svolgono attività lavorativa di tipo autonomo o subordinato (art. 19, d.lgs. n. 14 settembre 2015, n. 150) oppure, alternativamente, sono lavoratori il cui reddito da lavoro dipendente o autonomo corrisponde a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell'art. 13 del T.U. delle imposte sui redditi di cui al D.P.R.

poor”. Ciò è confermato, d'altronde, dai limiti di spesa imposti al provvedimento: l'indennità è riconosciuta nel limite di 70,4 milioni per l'anno 2021, di 35,1 milioni di euro per l'anno 2022 e di 19,3 milioni di euro per l'anno 2023 e di 3,9 milioni di euro per l'anno 2024, al cui superamento, nel caso di scostamento di bilancio, le disposizioni cessano di avere validità (comma 397).

Diversamente accade nel caso dell'integrazione economica prevista per i notai. Secondo l'art. 4, comma 1, del Regolamento, l'assegno di integrazione è corrisposto fino alla concorrenza di una quota che non può essere inferiore al 20 per cento o superiore al 40 per cento dell'onorario medio nazionale<sup>11</sup>. L'obiettivo perseguito non è, dunque, quello di fornire al notaio “*i mezzi adeguati alle esigenze di vita*” (ex art. 38 Cost.) che soddisfino “bisogni socialmente rilevanti e, quindi, esigenze che devono essere individuate sulla base di criteri oggettivi con riferimento a standard riferiti all'intera collettività”<sup>12</sup>, ma quello di garantire il soddisfacimento di bisogni sulla base di criteri che riguardano “la categoria professionale”.

Nel principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali, ex art. 38 Cost., infatti, risulta più stemperato il parametro della proporzionalità della retribuzione, ex art. 36 Cost. – in rapporto alla sostenibilità finanziaria del sistema previdenziale<sup>13</sup> – per intrecciarsi al soddisfaci-

22 dicembre 1986, n. 917 (art. 4, comma 15-*quater*, d.l. 28 gennaio 2019 n. 4 (come introdotto dalla legge di conversione 28 maggio 2019 n. 26) che ammonta a 8.145 euro.

<sup>11</sup> Calcolabile dividendo l'ammontare risultante, nell'anno solare, dai repertori di cui all'art. 62 l. 16 febbraio 1913, n. 89 e all'art. 13 l. 12 giugno 1973, n. 349, di tutti i notai esercenti nel territorio della Repubblica Italiana, per il numero dei posti notarili in tabella esistenti al 31 dicembre dell'anno stesso (comma 3).

<sup>12</sup> M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 292.

<sup>13</sup> Sul punto v. M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, cit.; G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 765 ss., spec. p. 778 ss. Pur rimanendo un certo legame di proporzionalità tra prestazione e contribuzione (ma anche retribuzione), poiché costituzionalmente imposta, in quanto «parametro di necessaria commisurazione della tutela all'apporto reso da ciascun individuo al processo di produzione della ricchezza»; R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 678.

mento di bisogni “socialmente rilevanti”: dunque, vengono considerate la sinallagmaticità del rapporto (riguardante il lavoratore) e il profilo sociale (riguardante il cittadino). Nonostante ciò, tale bidimensionalità implica in ogni caso la sussistenza di un trattamento economico dotato di un “*quid pluris connesso al merito acquisito dal soggetto da proteggere, misurato tramite la retribuzione e la contribuzione*”<sup>14</sup>, che viene individuato allo scopo di fornire gli strumenti per l’integrazione sociale del lavoratore, ossia in una prestazione che permette la realizzazione dell’eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.).

Nel caso dell’integrazione economica prevista dalla Cassa del notariato non è solo il merito individuale o il soddisfacimento di bisogni socialmente rilevanti a stabilire l’adeguatezza delle esigenze di vita, ma il principio di solidarietà endocategoriale, ossia la solidarietà tra gli iscritti in quanto gruppo chiuso appartenente ad una determinata categoria professionale. Lo comprova la regola secondo cui l’indennità integrativa, funzionale ad incrementare il reddito sino al raggiungimento di quello medio della categoria professionale, possa essere richiesta e percepita anche dai giovani nel primo anno di esercizio dell’attività notarile, dunque coloro i quali non sono certamente “strutturati” e non hanno alle spalle una solida carriera professionale. In sostanza, l’adeguatezza dei mezzi alle esigenze di vita è parametrata non solo secondo i compensi medi che il notaio ottiene nel corso dell’anno, e dunque all’importanza dell’opera eseguita, attinente alla proporzionalità oggettiva del compenso rispetto al risultato utile dell’opera prestata<sup>15</sup> (sostanziata nel Regolamento dal rinvio al concetto di “produttività professionale” resa dal singolo professionista), ma soprattutto secondo il decoro professionale, ossia il prestigio sociale della classe professionale di appartenenza (art. 2233, comma 2, c. c.)<sup>16</sup>.

È pur vero che, anche in questo caso, come precisato dall’art. 2, comma 2 del Regolamento, i compiti di assistenza e previdenza della

<sup>14</sup> R. VIANELLO, *L’adeguatezza come unità di misura*, cit. p. 661.

<sup>15</sup> L. RIVA SANSEVERINO, *Lavoro autonomo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli e Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, Bologna, 1963, p. 232; v. anche Cass. 31 gennaio 1956, n. 297, in *Foro it.*, 1956, p. 519.

<sup>16</sup> C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 695.



Cassa notarile sono soggetti alle “necessità di bilancio degli anni futuri”, ciò non toglie che tale clausola resta sullo sfondo in un sistema chiuso, che si autoalimenta e autoregolamenta.

La misura è indubbiamente condizionata dalla natura privatistica della Cassa, che dà forma ad una peculiare declinazione del concetto di adeguatezza ancorata a principi non solo economici, ma anche relativi alla “caratura” dell’attività svolta. Il sistema, infatti, si fonda su una solidarietà endocategoriale dal retrogusto corporativo. L’obiettivo della misura non è solo quello di “salvare dalla povertà” – invero, alquanto improbabile – i notai che per una qualsiasi motivazione abbiano conseguito un reddito inferiore alla media, ma quello di garantire a chi fa parte della “cerchia notarile” quel prestigio sociale connaturato alla professione<sup>17</sup>, che solo un reddito in linea con la media nazionale può assicurare.

### 3. (segue): e della Cassa forense

La Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense (c.d. anche Cassa Forense)<sup>18</sup>, sempre in un’ottica di solidarietà tra gli iscritti, pre-

<sup>17</sup> Sul punto, M. CIPOLLA, *Le professioni nel lungo andare*, Pisa, Scuola normale superiore, 1992, p. 12; V. OLGIATI, *Avvocati e notai tra professionalismo e mutamento sociale*, in W. TOUSIN (a cura di), *Le libere professioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 87 ss.

<sup>18</sup> È stata istituita con la l. 8 gennaio 1952, n. 6 ed è una fondazione con personalità giuridica di diritto privato, ai sensi dell’art. 1, comma 33, lett. a), n. 4, l. 24 dicembre 1993, n. 537 e dell’art. 1 del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509. In tema v. R. PURPURA, *I lavoratori autonomi e la sicurezza sociale*, cit., p. 58 ss.; S. SATTA, *L’ordinamento professionale di avvocato*, voce in *Enciclopedia del diritto*, IV, p. 663 ss.; P. STRANO, *Previdenza ed assistenza forense*, Tip. Piccola Città Bianca, S. Angelo in Villa; M. MOSCHELLA, *La Cassa di previdenza e di assistenza*, in *Rassegna del Consiglio Nazionale forense*, 1956; G. CANAVESI, *L’incerto destino della privatizzazione dei liberi professionisti tra «paure» del legislatore e autofinanziamento*, in G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla riforma Fornero*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 3 ss.; I. BRESCIANI, *La Cassa forense dopo la privatizzazione*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, p. 1381 ss.

senta nel proprio Regolamento<sup>19</sup> una misura agevolatrice in questo caso – e a differenza della Cassa Notai appena esaminata – per i neoisritti, che si sostanzia in due diversi benefici.

Il primo, che costituisce un esempio di solidarietà intergenerazionale, prevede il dimezzamento del contributo soggettivo minimo prescritto dall'art. 24, comma 1, lett. a), del Regolamento, per i primi sei anni di professione nel caso di possesso di determinati requisiti anagrafici, ossia qualora l'iscrizione alla Cassa decorra da data anteriore al compimento del trentacinquesimo anno d'età (art. 24, comma 2)<sup>20</sup>.

Il secondo beneficio consiste sempre nel dimezzamento del contributo soggettivo minimo ma, questa volta, legato non a requisiti anagrafici, bensì reddituali (art. 26). Infatti, a decorrere dal 2014 e, comunque, per un arco temporale limitato ai primi otto anni di iscrizione alla Cassa, anche non consecutivi, è data facoltà ai percettori di redditi professionali ai fini IRPEF inferiori a euro 10.300 di versare il contributo soggettivo minimo obbligatorio in misura pari alla metà di quello dovuto ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. a) e comma 2, del Regolamento (ferma restando la possibilità, ovviamente, di integrare il versamento su base volontaria fino all'importo stabilito dalla predetta norma)<sup>21</sup>. In questo caso, tuttavia, la misura non comporta un concreto beneficio, poiché il comma 3 prevede che alla riduzione del versamento dei contributi corrisponda il dimezzamento del periodo di contribuzione necessario alla maturazione del diritto pensionistico: invero,

<sup>19</sup> Il Regolamento Unico della Previdenza Forense è stato deliberato dal Comitato dei Delegati con delibera del 23 novembre 2018, come modificata in data 21 febbraio 2020, approvata con delibera ministeriale del 21 luglio 2020 (G.U. Serie Generale n. 200 dell'11 agosto 2020).

<sup>20</sup> Si badi che è stata approvata una riforma della previdenza forense e, in virtù del nuovo Regolamento deliberato dal Comitato dei Delegati di Cassa Forense – che entrerà in vigore già dal 1° gennaio 2024 se approvato dal ministero competente –, il periodo iniziale di iscrizione, per i primi quattro anni, sarà caratterizzato da una contribuzione soggettiva direttamente proporzionale al reddito professionale prodotto, senza obbligo di contributo minimo, mentre dal quinto all'ottavo anno, il minimo soggettivo sarà ridotto al 50% (€ 1.100). Per approfondimenti v. <https://www.cassaforense.it/notizie-in-evidenza/previdenza-forense-approvata-la-riforma-dal-2024-si-cambia/>.

<sup>21</sup> Si badi che l'agevolazione in parola non si applica per gli anni di retrodatazione e di iscrizione facoltativa chiesti ai sensi degli artt. 3 e 5 del Regolamento.

chi si avvale della facoltà in parola si vedrà riconosciuto un periodo di contribuzione di sei mesi in luogo dell'intera annualità sia ai fini della maturazione del diritto a pensione, sia ai fini del calcolo della stessa ai sensi dell'art. 47, comma 4, del Regolamento, ferma restando la media reddituale di riferimento calcolata sull'intera vita professionale<sup>22</sup>. In ogni caso, viene data comunque facoltà agli iscritti, su base volontaria e sempre nell'arco temporale massimo dei primi otto anni di iscrizione alla Cassa, anche non consecutivi, di integrare il versamento del contributo minimo soggettivo con riferimento ad ogni singola annualità, fino al raggiungimento dell'intero importo previsto dall'art. 24, comma 1 e 2, del Regolamento per l'attribuzione delle intere annualità di contribuzione, sia ai fini del riconoscimento del diritto a pensione, sia ai fini del calcolo della stessa (art. 26, comma 5).

Nel confronto tra le due, emerge, dunque, come la prima misura menzionata, agevolando i giovani avvocati durante la difficile fase dell'avviamento professionale, colga meglio il senso solidaristico enunciato nella Costituzione, seppur nella prospettiva endocategoriale e in una dimensione di adeguatezza sistemica.

#### 4. *L'adeguatezza delle prestazioni previdenziali nel confronto fra i singoli microcosmi delle casse professionali. I casi della Cassa nazionale del notariato*

La sottolineata centralità della relazione fra adeguatezza (ai sensi dell'art. 38 Cost.), sostenibilità e solidarietà, categoriale e intergenerazionale (*ex art. 2 Cost.*)<sup>23</sup>, nel variegato panorama dei regimi previden-

<sup>22</sup> Ai sensi dell'art. 26, comma 4, per coloro che si avvalgono di tale facoltà resta comunque garantita la copertura assistenziale per l'intero anno solare, anche in caso di versamento ridotto.

<sup>23</sup> Cfr. G. CANAVESI, *L'incerto destino della privatizzazione della previdenza dei liberi professionisti*, in G. CANAVESI (a cura di), *Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?*, cit., spec. p. 56.

ziali dei liberi professionisti, si coglie, in particolare, nell'articolazione delle prestazioni, anzitutto di tipo pensionistico<sup>24</sup>.

Con specifico riferimento al microcosmo della Cassa previdenziale dei notai, caratterizzata da esigenze dettate anzitutto dalla funzione pubblica delegata al professionista e dall'accesso a numero chiuso, si apprezzano regole esemplificative di tale relazione<sup>25</sup>.

Prendendo le mosse dai trattamenti pensionistici, il criterio guida dell'adeguatezza, è legato a doppio filo con quello della solidarietà e della sostenibilità complessiva del sistema, che orienta i criteri di determinazione dei vari trattamenti: pensione di anzianità e inabilità<sup>26</sup>, di reversibilità, indiretta<sup>27</sup> e speciale<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Per un *focus* sui vari trattamenti si rinvia a M. AGLIATA, *I trattamenti pensionistici per i notai*, in G. CANAVESI (a cura di), *Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?*, cit., p. 323 ss.

<sup>25</sup> Cfr. il recente contributo di M. CINELLI, *La previdenza dei liberi professionisti e la questione intergenerazionale. Alcune considerazioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, p. 524 ss., che utilizza la Cassa previdenziale dei notai come esempio paradigmatico del legame intercorrente fra adeguatezza e solidarietà intergenerazionale. In ogni caso tale relazione si coglie nel Regolamento per l'Attività di Previdenza e Solidarietà previsto dall'art. 4 dello Statuto, ([www.cassanotariato.it/documenti/previdenza/20200605regolamenti\\_allegati\\_allo\\_statuto.pdf](http://www.cassanotariato.it/documenti/previdenza/20200605regolamenti_allegati_allo_statuto.pdf)).

<sup>26</sup> L'art. 10 del citato Regolamento dispone che la pensione di anzianità e di inabilità spetta al notaio in caso di cessazione delle funzioni: a) per raggiungimento del limite di età (75 anni), purché abbia esercitato per almeno venti anni l'attività notarile; b) per inabilità assoluta e permanente a proseguire nell'esercizio delle funzioni; c) dopo trenta anni di esercizio effettivo, fermo restando il requisito di anzianità contributiva che non può essere inferiore a trentacinque anni e che può essere conseguito con le modalità di cui al successivo art. 10 *bis*, con la ricongiunzione di cui alla l. 5 marzo 1990, n. 45 ovvero con altre modalità previste dalla normativa in materia; d) dopo trenta anni di esercizio effettivo quando abbia raggiunto sessantasette anni di età.

<sup>27</sup> L'art. 11 del Regolamento riconosce il diritto alle pensioni di reversibilità e indirette sia al coniuge superstite del notaio pensionato o deceduto durante l'esercizio; sia ai figli, fino al compimento della maggiore età (a meno che quest'ultimi non siano inabili) e, se studenti non aventi redditi superiori al 50% della pensione diretta che sarebbe spettata al notaio, fino al compimento del ventiseiesimo anno di età.

<sup>28</sup> L'art. 14 del Regolamento riconosce la "pensione speciale" al notaio che, «per infermità o lesioni dipendenti da fatti inerenti l'esercizio della professione, abbia subito menomazioni dell'integrità personale ascrivibili ad una delle categorie delle tabelle annesse alla l. 18 marzo 1968, n. 313, e eventuali successive modificazioni, ha diritto

Infatti, la Cassa notarile si caratterizza oltre che per l'età pensionabile fra le più alte nel panorama previdenziale dei liberi professionisti<sup>29</sup>, anche per un autonomo e peculiare metodo di calcolo della pensione, in forza del quale il trattamento è commisurato non già ai contributi versati durante l'esercizio della professione, bensì agli anni di servizio e, dunque, opera in forza della sola anzianità contributiva. Si prevede così un sistema con una forte impronta redistributiva e solidaristica che assicura il medesimo importo di pensione a parità di anni di servizio a prescindere dall'entità del montante versato<sup>30</sup>, anche dopo che nel 2012 la contribuzione soggettiva dovuta è stata elevata dal 33 al 40% dell'onorario<sup>31</sup>. Sicché, per i notai non esiste alcuna proporzionalità fra oneri contributivi e trattamento pensionistico, essendo la prestazione previdenziale svincolata dalla contribuzione. In particolare, l'art. 18 del Regolamento per l'attività di previdenza e solidarietà dispone che, in base requisito di anzianità minima di 10 anni di contribuzione, ai fini della determinazione del trattamento pensionistico, si parte da una quota base, pari a 53.560 euro, a cui occorre aggiungere una percentuale del 2,7% per ogni ulteriore anno di esercizio, per un massimo di altri trent'anni (dunque, quaranta in tutto), fermo restando un'ulteriore quota incrementale del 5% per i notai con figli a carico (fino ai 26 anni di età del medesimo, o senza limiti di età, se si tratta soggetto inabile).

Tale peculiare quadro, brevemente illustrato, ci consente di svolgere due riflessioni. Anzitutto, la privatizzazione delle Casse di previden-

alla pensione speciale liquidata con i criteri previsti nel comma 3 dell'articolo 12 quando le menomazioni lo abbiano reso assolutamente e permanentemente inabile all'esercizio della funzione».

<sup>29</sup> L'innalzamento dell'età pensionabile a 75 anni è stato disposto nel 2012, dopo la delibera della Cassa notarile n. 88/2012, è stata approvata con nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 9 novembre 2012. Esso si giustifica alla luce dell'impossibilità di poter continuare ad esercitare oltre tale età a differenza di altre categorie.

<sup>30</sup> Come sottolinea M. CINELLI, *La previdenza dei liberi professionisti*, cit., p. 539, «ne risulta una "forbice" tra minimo e massimo molto contenuta (il massimo pensionistico non superando il doppio del trattamento minimo)».

<sup>31</sup> Aumento disposto con delibera n. 84 del 2012 ma di fatto già attuato dal 2008 per assicurare la sostenibilità finanziaria.

za non ha mutato la natura pubblicistica della funzione svolta<sup>32</sup>, orientata all'equilibrio gestionale di medio-lungo periodo. Da ciò, si evince l'inesistenza di un diritto alla intangibilità della pensione<sup>33</sup>, nel rispetto dei limiti di ragionevolezza e proporzionalità dell'intervento riformista successivo<sup>34</sup>.

Inoltre, nella Cassa notarile, la più antica e la più piccola (contando circa 5.000 iscritti) fra le Casse previdenziali dei liberi professionisti, l'impronta della solidarietà endocategoriale permea profondamente la determinazione dell'adeguatezza della prestazione previdenziale, tenuto conto dei tratti assolutamente peculiari della categoria, su cui incide la tendenziale omogeneità di ciascuna realtà notarile, trattandosi di "attività necessaria", in quanto oggetto di una funzione pubblica delegata, caratterizzata da una maggiore stabilità nel rapporto col dato demografico, così da porre la Cassa del notariato al riparo dai rischi che, invece, possono interessare Casse di altre categorie di professionisti<sup>35</sup> (su cui *infra*).

##### 5. (segue): *della Cassa forense e dei dottori commercialisti*

Per garantire la sostenibilità e l'adeguatezza delle prestazioni, an-

<sup>32</sup> Anche la Cassa Nazionale del Notariato è divenuta una associazione con personalità giuridica di diritto privato ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 509 del 1994. Per un approfondimento si rinvia a G. PROIA, *La previdenza dei liberi professionisti e la privatizzazione degli enti gestori*, in G. CANAVESI (a cura di), *Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?*, cit., p. 97 ss. Con specifico riguardo alla cassa notarile v. G. FABBROCINI, *L'autonomia normativa delle Casse alla luce delle sentenze delle Corti e ruolo del Consiglio di amministrazione*, in *Riv. notariato*, 2021, p. 21 ss.

<sup>33</sup> Secondo la giurisprudenza il diritto a pensione non può comportare anche un diritto all'immodificabilità delle norme che ne regolano l'attribuzione; tra le altre, Cass. 19 febbraio 2021, n. 4566.

<sup>34</sup> A. R. CIARCIA, *Il regime impositivo delle Casse di previdenza*, in *Riv. notariato*, 2022, p. 43 ss.

<sup>35</sup> Cfr. M. CINELLI, *La previdenza dei liberi professionisti*, cit., p. 539-540.

che nel lungo periodo<sup>36</sup>, la Cassa di previdenza e assistenza forense (di seguito *breviter* Cassa forense), con la riforma del 2009<sup>37</sup>, ha realizzato un peculiare sistema misto tra sistema retributivo e contributivo.

Invero, già all'epoca, nel quadro di una riforma strutturale, la Cassa forense avrebbe potuto passare al sistema contributivo *tout court*. Tale passaggio era agevolato dalla legge 8 agosto 1995, n. 335 (la c.d. Riforma Dini) che prevedeva la possibilità di un'opzione per le Casse previdenziali. Tuttavia, la scelta nel 2009 è ricaduta su di un metodo un po' più elaborato e complesso, che si avvicina al sistema contributivo ed appare oggi, una soluzione di continuità nella transizione dal sistema retributivo a quello contributivo. Va evidenziato, però, che con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento previdenziale prevista per il 1° gennaio 2024, una volta ottenuto il via libera ministeriale, ai futuri iscritti si applicherà il sistema di calcolo contributivo delle pensioni in modo integrale<sup>38</sup>.

La riforma del 2009 (entrata in vigore il 1° febbraio 2010) e i successivi interventi hanno agito, da un lato, sul piano delle prestazioni, spostando in avanti l'età pensionabile e riducendo i coefficienti di rendimento per il calcolo della pensione; dall'altro, sul piano dei contributi, aumentando dal 2% al 4% l'aliquota per la determinazione del contributo integrativo.

La scelta di operare su entrambi i fronti è tesa ad ottenere i migliori risultati in termini di stabilità finanziaria combinando la minore riduzione possibile delle prestazioni con il minore aumento possibile dei contributi avendo presente il principio del *pro rata* e ove non applicabile il principio di gradualità.

<sup>36</sup> Nel 2007 è stato approvato l'articolo 1, comma 763, della legge finanziaria, che ha imposto alle Casse di previdenza di passare da quindici anni di sostenibilità minima garantita a trent'anni.

<sup>37</sup> Nella G. U. n. 303 del 31 dicembre 2009 è stata pubblicata la nota 12 dicembre 2009 del Ministero del lavoro con la quale si è concluso il complesso iter procedimentale che ha profondamente riformato il sistema previdenziale degli avvocati.

<sup>38</sup> V. Comunicato della Cassa forense del 3 novembre 2022 a firma del Presidente, Avv. Valter Militi col quale si rende noto il nuovo regolamento deliberato dal Comitato dei Delegati di Cassa Forense. In dottrina, M. PROIETTI, *I perché di una riforma*, in *Prev. forense*, 2022, p. 102 ss., file:///C:/Users/guidoluigi.canavesi/Downloads/i-perche-di-una-riforma.pdf.

In particolare, il mantenimento del criterio retributivo mira a salvaguardare l'adeguatezza delle prestazioni e mantenere congrui livelli di solidarietà. Tuttavia, la quota di base della pensione di vecchiaia è calcolata col criterio retributivo sui redditi dichiarati non degli ultimi anni, come era all'inizio, bensì di tutti gli anni di iscrizione maturati fino all'anno antecedente a quello della decorrenza del trattamento pensionistico.

Alla quota base si aggiunge poi una quota volontaria di pensione, c.d. modulare, che, a differenza della prima, è calcolata con il sistema contributivo (calcolo definito dalla legge n. 335 del 1995, come integrato dall'art. 6 del Regolamento)<sup>39</sup>. Tale quota, del tutto flessibile, consente al professionista di stabilire ogni anno una parte di reddito da destinare alla integrazione del trattamento derivante dalla quota base<sup>40</sup>.

Per la quota base l'aliquota per la determinazione del contributo soggettivo annuo a carico dell'iscritto a decorrere dal 01 gennaio 2021 è fissata al 15% del reddito professionale dichiarato ai fini Irpef<sup>41</sup>. Mentre per la quota modulare la contribuzione è mista, formata da un contributo obbligatorio dell'1% del reddito Irpef e da un contributo volontario dall'1% al 10% del reddito<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> La quota di pensione modulare è erogata alle pensioni di vecchiaia, a quelle di anzianità, sia a quella di invalidità, di reversibilità e indirette nonché alla pensione di vecchiaia contributiva. È opportuno ricordare che il mancato versamento della quota modulare non ha alcun riflesso negativo ai fini pensionistici in quanto non comporta l'inefficacia dell'anno previdenziale; in caso di pensione anticipata, la quota modulare non è soggetta a riduzione.

<sup>40</sup> La scelta di effettuare o meno il versamento modulare e della misura di tale versamento può essere esercitata ogni anno al momento della compilazione del modello 5. Nell'ipotesi in cui l'iscritto abbia deciso di versare la contribuzione volontaria, potrà cambiare idea entro il 31 dicembre: non effettuando il versamento ovvero versando il contributo in una misura percentuale diversa rispetto a quella indicata nel modello 5. Il mancato o parziale versamento della contribuzione modulare non costituisce inadempimento e, conseguentemente, non comporta sanzioni.

<sup>41</sup> Art. 3, Regolamento dei contributi (Delibera del Comitato dei Delegati del 26 giugno 2015 – Approvato con Decreto Ministeriale del 30 maggio 2016 – G.U. Serie Generale n. 143 del 21 giugno 2016).

<sup>42</sup> Art. 4, Regolamento dei contributi (Delibera del Comitato dei Delegati del 26 giugno 2015 – Approvato con Decreto Ministeriale del 30 maggio 2016 – G.U. Serie



La Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza dei Dottori Commercialisti (di seguito *breviter* Cassa dei dottori commercialisti) per assicurare la tenuta del sistema previdenziale, a partire dal 1° gennaio 2004 ha adottato il sistema di calcolo contributivo, abbandonando quello retributivo, divenuto insostenibile<sup>43</sup>. Sicché gli iscritti alla Cassa in data anteriore al 1° gennaio 2004 sono soggetti al sistema misto (reddituale sino al 2003 e contributivo dal 2004); mentre gli iscritti alla Cassa in data posteriore al 31 dicembre 2003 sono soggetti solo al sistema contributivo.

La riforma ha in tal modo abbassato sensibilmente il valore del futuro assegno pensionistico. Tuttavia, al fine di contemperare i sacrifici di tutti gli appartenenti al sistema (iscritti attuali e futuri, pensionandi e pensionati) ha introdotto due nuove misure. Da un lato, la possibilità di versare facoltativamente un contributo aggiuntivo (modulare), per integrare la quota di pensione contributiva, sino ad un massimo del 17% del reddito professionale netto dichiarato. Dall'altro, la riforma ha previsto un contributo di solidarietà da calcolarsi sulle pensioni (o quote di esse) calcolate con il metodo reddituale (fino al 2003) che costituisce una misura inderogabile di equità e solidarietà intergenerazionale.

Successivamente, con la riforma del 2012<sup>44</sup> la Cassa dei dottori commercialisti ha aumentato il contributo soggettivo minimo dall'10 al 12%, senza più alcun limite percentuale per il contributo facoltativo,

Generale n. 143 del 21 giugno 2016). Il montante contributivo individuale è rivalutato su base composta al 31 dicembre di ogni anno ad un tasso annuo di capitalizzazione pari al 90% della variazione media quinquennale del tasso di rendimento netto del patrimonio investito dalla Cassa in tale periodo, con un valore minimo dell'1,5%. Tale valore minimo è garantito da un fondo di riserva di rischio alimentato dal rimanente 10% del rendimento non attribuito all'iscritto. All'atto del pensionamento il montante viene trasformato in rendita utilizzando i coefficienti per età costruiti tenendo conto delle particolari caratteristiche demografiche della categoria e dei conseguenti effetti attuariali, come risultanti dalla redazione dei bilanci tecnici.

<sup>43</sup> V. Decreto interministeriale, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 14 luglio 2004, G.U.- Serie Generale n. 182 del 05-08-2004.

<sup>44</sup> Delibera n. 381/11/Pret. adottata dal Consiglio di amministrazione della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza dei dottori commercialisti in data 20 luglio 2011, approvata con Decreto ministeriale, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 2 novembre 2011, G.U. - Serie Generale n. 269 del 18-11-2011.

ovvero fino al 100% del reddito ed ha altresì aumentato il contributo integrativo dal 2 al 4% sul volume d'affari ai fini Iva<sup>45</sup>.

Contestualmente ha introdotto un innovativo meccanismo, che, all'interno del sistema contributivo è volto a garantire prestazioni pensionistiche più alte ai giovani (cioè i soggetti con minore anzianità contributiva maturata nel sistema reddituale) e prestazioni più contenute ai più anziani (cioè i soggetti con maggiore anzianità contributiva nel sistema reddituale e, perciò, con una quota pensionistica da calcolarsi con detto sistema più corposa). Si tratta di un meccanismo di valorizzazione del montante contributivo, apparentemente complesso, ma che si basa sulla stessa logica cui è improntato il sistema contributivo generale come disciplinato dalla legge n. 335 del 1995.

In sostanza, dal 2012 sul conto previdenziale individuale degli iscritti alla Cassa viene accreditato un importo, superiore a quanto effettivamente versato a titolo di contribuzione soggettiva, con l'applicazione dell'aliquota di computo, utilizzando criteri più favorevoli. L'aliquota di computo base è aumentata, rispetto all'aliquota utilizzata per il versamento, sulla base di criteri che tengono conto dell'anzianità previdenziale e dell'aliquota di contribuzione soggettiva scelta autonomamente da ciascun iscritto (c.d. coefficiente di equità intergenerazionale).

## *6. L'armonizzazione della tutela previdenziale all'insegna dell'“universalismo proporzionato”*

L'analisi che precede, anzitutto, conferma come nel nostro sistema previdenziale sia garantita un'ampia “autonomia” alle singole Casse privatizzate, non solo gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile, ma anche normativa, nell'assicurare l'adeguatezza delle presta-

<sup>45</sup> Cfr. Art. 8 Regolamento Unitario adottato con Delibera n. 6/16/AdD dell'Assemblea dei Delegati della CNPADC nella seduta del 23 giugno 2016, concernente l'adozione del *Regolamento Unitario in materia di previdenza e assistenza della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza dei Dottori Commercialisti* approvata con nota ministeriale del 21 settembre 2016 (n. 36/0012247/COM-L-146) Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 243 del 17 ottobre 2016.

zioni secondo la finalità solidaristica, intergenerazionale ed endocategoriale.

In secondo luogo, risulta evidente come quell'autonomia abbia condotto a diversificare, in maniera più o meno marcata, la disciplina delle prestazioni previdenziali (e, in particolare, pensionistiche) garantite ai propri assistiti, attribuendo rilevanza, nella determinazione dei rischi, bisogni e livelli di tutela, agli specifici interessi previdenziali endocategoriali.

Come evidenziato in dottrina<sup>46</sup>, del resto, il connotato distintivo di tali "microcosmi" si lega alla natura di "formazione sociale" riconoscibile a ciascuna categoria professionale e, di conseguenza, il dovere di solidarietà si declina, in essi, in maniera peculiare, giacché rivolto primariamente ai problemi relativi alla comunità costitutiva della categoria e, quindi, alla sua conservazione.

Tali caratteristiche risultano particolarmente evidenti nella disciplina previdenziale della Cassa dei notai che, anche rispetto alle altre Casse presenta una spiccata impostazione solidaristica.

In ogni caso, l'aspirazione universalistica (*in primis* endocategoriale) della promessa previdenziale rende necessario il riferimento anche al fattore della "sostenibilità finanziaria" di ciascuna Cassa privatizzata, sicché nell'articolazione delle diverse prestazioni pensionistiche si coglie la centralità della relazione fra adeguatezza, solidarietà e, appunto, sostenibilità.

Soprattutto in quest'ottica – e tenendo sempre in conto che le Casse, sebbene privatizzate, svolgono comunque una funzione pubblica (quella di gestire la previdenza obbligatoria) che presuppone necessariamente la fissazione da parte della legge di principi, criteri e limiti volti a circoscrivere e indirizzare l'esercizio dell'autonomia dell'ente<sup>47</sup> – è possibile riscontrare una tendenza, pur mantenendo ferma l'autonomia riconosciuta alle Casse proprio in funzione dell'autosufficienza finanziaria, verso una armonizzazione, per quanto non univoca e solo parziale, del sistema previdenziale nel suo complesso, quanto meno con riferimento alle prestazioni pensionistiche "tradizionali" (v.

<sup>46</sup> M. CINELLI, *La previdenza dei liberi professionisti*, cit., p. 527.

<sup>47</sup> G. PROIA, *La previdenza dei liberi professionisti e la privatizzazione degli enti gestori*, cit., p. 99.

*infra*). Del resto, sebbene sempre nell'ambito di una strutturazione "a mosaico" del sistema previdenziale, e, dunque, caratterizzata dall'esistenza di organizzazioni separate e di discipline più o meno derogatorie rispetto all'assicurazione generale obbligatoria, lo stesso legislatore, negli ultimi anni, si è mosso nella direzione di uniformare, in alcuni casi e per quanto possibile, le tutele pensionistiche dei singoli regimi professionali a quella del regime generale<sup>48</sup>. Si pensi, ad esempio, a ciò che riguarda il passaggio al sistema di calcolo contributivo delle pensioni il quale, come reso evidente dalla recentissima esperienza della Cassa forense, quand'anche non imposto dal legislatore (v. art. 3, comma 12, della legge n. 335 del 1995), è stato adottato ormai dalla maggior parte delle Casse privatizzate. E ciò, soprattutto, nell'ottica del perseguimento del pareggio di bilancio di medio-lungo periodo delle singole gestioni, imposto dal legislatore (e presidiato da una serie di vincoli e controlli), garantendosi, in tal modo, il diritto costituzionale fondamentale a una tutela previdenziale adeguata.

Sicché, traspare un approccio di fondo nella gestione e nella regolamentazione dei "microcosmi" previdenziali dei liberi professionisti che coniuga, da un lato, "l'autonomia", anche normativa, propria delle Casse privatizzate e, dall'altro lato, la tendenza verso una "armonizzazione" delle tutele nell'ambito dell'intero sistema previdenziale; ciò, in particolare, nel segno della sostenibilità finanziaria, necessaria anche per far fronte a una serie di rischi, più o meno comuni, alle varie libere professioni (come, ad esempio, quello del calo degli iscritti).

Sussiste, in particolare, una tensione tra l'esigenza di razionalizzazione del sistema previdenziale e l'esigenza di graduazione di quest'ultima all'insegna dei bisogni propri della categoria, che potrebbe trovare, in definitiva, nel c.d. universalismo proporzionato<sup>49</sup>, o differenziato, un razionale punto di incontro, spingendo a mantenere le ragionevoli difformità e ripensare, invece, quelle difformità di tutela

<sup>48</sup> V., tra gli altri, per la tecnica normativa innovativa utilizzata, l'art. 24, comma 24, d.l. n. 201 del 2011, l'art. 3, comma 12, l. n. 335 del 1995, l'art. 59, comma 20, l. n. 449 del 1997, l'art. 1, commi 1 ss., d.lgs. n. 42 del 2006. Per una elencazione completa, cfr. G. CANAVESI, *L'incerto destino della privatizzazione della previdenza dei liberi professionisti*, cit., p. 21 ss.

<sup>49</sup> M. GAMBACCANI, *Riflessioni sul pluralismo previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 219.

relative ad istituti comuni sprovviste di ragioni che giustificano regolamentazioni differenti.

Pertanto, l'evoluzione della disciplina previdenziale delle singole Casse privatizzate – di cui si è dato conto anche se parzialmente nelle pagine che precedono – testimonia come vi sia la tendenza alla ricerca, per quanto complessa, di un equilibrio (sempre relativo e dinamico) tra pluralismo ed unità di tutele, al fine di garantire, al contempo, solidarietà, adeguatezza, equità e sostenibilità dell'intero sistema pensionistico e previdenziale<sup>50</sup>.

Ciò, tuttavia, opportunamente continuando a mantenere ferma la struttura pluralistica del sistema previdenziale, attribuendo rilevanza alle specifiche esigenze delle varie categorie, e mantenendo ferma, dunque, l'autonomia regolamentare delle Casse anche sulla materia delle prestazioni e della contribuzione, giacché, coerentemente con la tendenza alla valorizzazione del ruolo dei “privati” in ambito sociale, tale attribuzione può costituire un sistema funzionale ed efficiente per il miglior perseguimento delle finalità e per la migliore erogazione del servizio pubblico ad esse affidato<sup>51</sup>; ferma restando, ovviamente, la necessità di vigilare e porre vincoli alle singoli gestioni previdenziali per garantirne una “buona” amministrazione<sup>52</sup>.

### *7. Gli spazi di sviluppo del welfare nell'alveo delle Casse previdenziali: perimetro teorico e qualche esempio pratico*

Per riassumere, in estrema sintesi, l'analisi fin qui diffusamente argomentata, preme ricordare che le Casse dei professionisti sono enti di diritto privato dotate di ampia autonomia, la quale trova giustificazione alla luce del fatto che le medesime, in riferimento alla categoria che rappresentano, svolgono una funzione pubblica, sostituendosi allo Sta-

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>51</sup> M. GAMBACCIANI, *I limiti dell'autonomia normativa degli enti previdenziali privati*, in G. CANAVESI (a cura di), *Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?*, cit., p. 152.

<sup>52</sup> G. COLAVITTI, *Le Casse professionali tra autonomia e controllo pubblico*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 52 ss., [https://www.federalismi.it/nv14/articolo\\_documento.cfm?Artid=45241&content=&content\\_author](https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=45241&content=&content_author).

to. Come diretta conseguenza di tale autonomia gestionale si pone, a corollario, quella finanziaria. Non potendo ricevere nulla dallo Stato ed essendo vincolate a rispettare il pareggio di bilancio, le Casse non sono tenute a rispettare il principio di intangibilità della prestazione pensionistica, potendo riformare *in pejus* il trattamento previdenziale, anche una volta che il diritto alla prestazione sia già maturato e venga fruito dall'iscritto.

Volendo guardare al tema dei mezzi adeguati in relazione ai liberi professionisti anche in chiave futura e prospettica, è necessario prendere le mosse da due elementi critici che fanno vacillare l'architettura regolativa sul quale il sistema delle Casse previdenziali poggia.

Il primo elemento attiene alla questione demografica. Se in generale tale annoso problema si riverbera sui livelli di occupati nel mercato del lavoro<sup>53</sup> e sulla conseguente sostenibilità del sistema previdenziale<sup>54</sup>, con specifico riferimento alle Casse privatizzate esso costituisce un rischio tangibile di decremento degli iscritti, che a sua volta si traduce in un rischio per la tenuta economica del microcosmo previdenziale della categoria professionale di riferimento. Inoltre, non solo il ricambio generazionale all'interno dei vari comparti professionali è limitato dal numero di giovani occupabili in costante calo, ma altresì dal fatto che quelli che hanno i requisiti per entrare nel mercato del lavoro tendono a preferire il lavoro dipendente<sup>55</sup>. Invero alla mancanza di attrat-

<sup>53</sup> Si rinvia, più diffusamente al “VII Rapporto sulle libere professioni in Italia - Anno 2022”, curato dall'Osservatorio libere professioni di Confprofessioni, coordinato dal professor Paolo Feltrin, sezione “Demografia”, in cui viene evidenziato che i dati raccolti dall'Istat mostrano una riduzione costante della popolazione dal 2014 “registrando, nell'arco di 8 anni, una perdita cumulata pari a un milione e 363 mila.....”; sul fronte occupazionale, invece, si registra “una crescita degli occupati per la fascia 45-74 anni dovuta anche all'aumento dell'età pensionabile, mentre si riscontrano dei cali generalizzati nelle altre fasce; in particolare, i giovani tra i 15 e i 29 anni registrano una riduzione del -46,1% legata al calo demografico sottolineato precedentemente e ad un aumento della partecipazione universitaria”.

<sup>54</sup> P. TRIDICO, *Mercato del lavoro e sostenibilità del sistema pensionistico: indicazioni di policy*, Riv. dir. sic. soc., 2021, p. 459 ss.

<sup>55</sup> Si veda “VII Rapporto sulle libere professioni in Italia”, cit., secondo il quale se è vero che il Covid ha contribuito alla crisi del lavoro indipendente (in un anno si sono persi circa 170 mila posti di lavoro), non si può nemmeno trascurare che negli ultimi dieci anni sono cresciuti i lavoratori dipendenti e calati gli indipendenti (il settore libe-

tiva si aggiunge anche l'alto tasso di abbandoni che, in particolare a causa della pandemia da Covid-19, ha colpito il settore delle libere professioni e che le misure messe in campo durante l'emergenza sono solo limitatamente riuscite a contenere<sup>56</sup>.

Il secondo elemento critico è legato al concetto stesso di mezzi adeguati, cioè a dire quale debba essere la sua declinazione in relazione ai liberi professionisti. Alla luce del dettato costituzionale, infatti, la prestazione previdenziale erogata all'iscritto deve rispondere al parametro dell'adeguatezza, ma lo spazio di manovra della Cassa è direttamente proporzionale al livello di risorse economiche che la stessa ha a disposizione. Ne consegue che il *quantum* della prestazione previdenziale cui godrà il professionista è determinato dalle risorse disponibili, le sole dalle quali la Cassa possa attingere.

Partendo da queste incombenti difficoltà, le Casse previdenziali stanno ponendo in essere una serie di contromisure al fine di adattare la propria morfologia alle nuove ed urgenti esigenze e scongiurare una crisi sistemica.

In primo luogo, la stessa Commissione di vigilanza sui fondi pensionistici (COVIP) si sta adoperando per una generalizzata sensibilizzazione finanziaria degli iscritti<sup>57</sup>, allo scopo precipuo di renderli edotti e consapevoli sulle incertezze che incombono sulle loro future prestazioni e sulla possibilità che non siano effettivamente adeguate. Contestualmente, in una sorta di disseminazione della cultura dell'anticipazione del rischio, i professionisti vengono spinti verso forme di previdenza integrativa in grado di supplire ad eventuali riforme peggiorative delle prestazioni.

Secondariamente, le Casse stanno iniziando ad affiancare alle tradizionali prestazioni previdenziali, oltre al variegato ventaglio di pre-

ro professionale sembra reggere l'urto, ma mancano circa 1 milione di giovani lavoratori).

<sup>56</sup> Nei primi sei mesi del 2020, oltre 30 mila liberi professionisti (in prevalenza donne) hanno dovuto abbandonare l'attività a causa della crisi pandemica (dati del "VII Rapporto sulle libere professioni in Italia", cit.).

<sup>57</sup> Nella "Relazione Covip per l'anno 2020. Considerazioni del Presidente", 31, si parla di "educazione alle scelte previdenziali".

stazioni di tipo assistenziale<sup>58</sup>, servizi di natura c.d. *welfaristica*. Questi servizi, rispetto alla natura differita delle prestazioni previdenziali, rispondono in maniera immediata ad esigenze concrete e contingenti dell'iscritto e possono assumere forme variegata ed eterogenee.

In maniera schematica, è possibile individuare due grandi macro-aree nelle quali far rientrare le misure: quelle che rispondono a bisogni squisitamente professionali dell'iscritto e quelle invece che contemplano le sue esigenze private e familiari. Entro il primo contenitore, si annoverano, ad esempio, prestazioni quali formazione e promozione a sostegno dell'attività professionale, fornitura di *software* e servizi informatici, assistenza fiscale e prodotti assicurativi specifici, prestiti d'onore per l'avvio dell'attività o dello studio. Nella seconda categoria rientrano, invece, tanto le misure per la conciliazione vita-lavoro, come il supporto economico per asili nido e *baby-sitter*, quanto quelle dedicate al tempo libero, quali convenzioni, per godere di prezzi agevolati, con catene alberghiere, strutture termali, palestre e centri fitness, operatori turistici e convenzioni con case automobilistiche che consentono l'acquisto di mezzi di trasporto privati a condizioni vantaggiose.

A titolo esemplificativo<sup>59</sup>, si noti che la Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense prevede per gli avvocati iscritti all'albo e, facoltativamente, per i praticanti, variegata prestazioni a sostegno della professione (es. assistenza in caso di catastrofi o calamità naturali che abbiano causato danni agli immobili e/o ai beni strumentali incidendo sull'attività professionale; agevolazioni per l'accesso al credito per l'avviamento dello studio professionale o per la costituzione di studi associati; organizzazione di corsi qualificanti e borse di studio per l'acquisizione di specializzazioni o specifiche competenze; contributi per l'acquisto di tecnologie strumentali alla professione) e della vita privata (contributi per asili nido e scuole materne, contributi per age-

<sup>58</sup> Sul punto si veda, più diffusamente, la disamina di F. OLIVELLI, *Le funzioni di assistenza delle Casse di previdenza: assistenza libera o obbligatoria?*, in G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla Riforma Fornero*, cit., p. 225 ss.

<sup>59</sup> Misure simili sono previste anche da altre Casse previdenziali, come l'Ente previdenziale dei periti industriali e periti industriali laureati (EPPI) e dalla Cassa nazionale del notariato.



volare la conciliazione vita-lavoro, borse di studio per i figli degli iscritti, interventi di medicina preventiva)<sup>60</sup>.

Anche la Cassa nazionale di previdenza e assistenza dei Dottori Commercialisti offre una vasta gamma di misure, sia a supporto della professione (es. convenzione per una polizza assicurativa base gratuita per la responsabilità civile professionale dei neo iscritti; condizioni agevolate per l'abbonamento a riviste scientifiche specializzate; finanziamenti agevolati a supporto dell'attività professionale, anche in forma aggregata; bandi per l'acquisto o leasing finanziario di beni e/o servizi strumentali; bandi per la formazione e acquisizione di nuove competenze), sia a sostegno del benessere della vita privata e familiare (es. contributi per asili nido e scuole dell'infanzia, convenzioni con hotel, convenzioni e offerte per viaggi, teatro, prodotti tecnologici, convenzioni per sconti su vacanze termali e in centri benessere).

Le Casse previdenziali, insomma, consapevoli degli scossoni finanziari che potrebbero abbattersi su di esse – vuoi per i principi che le regolano, vuoi per gli andamenti macro-economici –, stanno rispondendo con una buona dose di pragmatismo alle evoluzioni in atto, facendo sentire la loro presenza costante e vicina agli iscritti, non solo nell'ottica lungimirante della previdenza, ma anche in quella contingente attraverso misure di *welfare* per rispondere a bisogni immediati.

#### 8. *La declinazione del concetto di mezzo adeguato in relazione alle casse previdenziali: tra adeguatezza (sfumata), solidarietà e compensazione*

Ormai da qualche tempo, le Casse privatizzate dei liberi professionisti non si limitano a gestire e garantire prestazioni di previdenza e assistenza obbligatoria, a cui sono tenute per legge in ragione della lo-

<sup>60</sup> *Amplius*, S. M. CORSO, I. CRISCI, M. DALLA SEGA, C. GARBUIO, G. PIGLIALARMI, M. TURRIN, *Welfare negoziale e lavoro autonomo*, in G. CANAVESI-E. ALES (a cura di), *Welfare negoziale e nuovi bisogni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 190 ss., <https://aidlass.it/wp-content/uploads/2023/05/G.-Canavesi-E.-Ales-a-cura-di-Welfare-negoziale-e-nuovi-bisogni-2.pdf>.

ro funzione pubblica<sup>61</sup>, ma – come detto – nell’ambito della loro autonomia gestionale e (soprattutto) finanziaria<sup>62</sup>, tendono sempre più a offrire ai propri iscritti (e alle loro famiglie) prestazioni variegata ed eterogenee, le quali, affiancandosi a quelle tradizionali, possono essere definite come misure o servizi di *welfare*<sup>63</sup>, in quanto volte a rispondere a esigenze di carattere immediato e concreto, consentendo di fronteggiare esigenze professionali o personali e familiari.

La loro predisposizione è funzionale alla realizzazione di obiettivi di prevenzione e di benessere. Di fatti, le criticità (soprattutto) demografiche<sup>64</sup> incidono sulla tenuta dei sistemi previdenziali di categoria<sup>65</sup>, ma la sostenibilità degli stessi può essere attuata anticipando i costi per evitare o ridurre il rischio che si verifichino stati di bisogno dell’iscritto che costerebbero ben di più alle Casse, in un’ottica di preservazione della categoria professionale<sup>66</sup>. Inoltre, tali misure sono volte a garantire un maggiore benessere dei propri iscritti, anche al fine di trattenerli all’interno delle Casse, evitando che siano scoraggiati a svolgere la professione e che ci sia una fuga verso il (più protetto) lavoro subordinato, realizzando anche una sorta di armonizzazione rispetto alle tutele di cui godono i lavoratori subordinati.

Infine, le prestazioni c.d. *welfaristiche* offerte ai propri iscritti,

<sup>61</sup> G. SCARTOZZI, voce *Privatizzazioni*. VI) *Privatizzazione degli enti previdenziali*, in *Enc. giur.*, 1996, p. 1 dell’estratto; S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 121 ss.

<sup>62</sup> G. CANAVESI, *L’incerto destino della privatizzazione*, cit., p. 3 ss.; G. COLAVITTI, *Le Casse professionali tra autonomia e controllo pubblico*, cit., p. 32 ss.

<sup>63</sup> E. ALES, G. CANAVESI, D. CASALE, R. CASILLO, M. ESPOSITO, G. LUDOVICO, R. VIANELLO, *Diritto della sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 1, «la parola welfare... appartiene soprattutto al linguaggio della sociologia e della politica e indica una finalità, il benessere della persona e della società, che il riconoscimento costituzionale dei diritti sociali impone ormai allo Stato -appunto, sociale- di perseguire, ma che accomuna fenomeni e quindi discipline tra loro molto diversi».

<sup>64</sup> M. CINELLI, *Dinamiche demografiche e prospettive del "Welfare" in Italia: le problematiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, p. 295 ss.

<sup>65</sup> P. GIACOMELLO, *La sostenibilità del sistema pensionistico in una realtà demografica insostenibile*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 615 ss.

<sup>66</sup> A titolo esemplificativo, l’erogazione di una polizza sanitaria agevolata che contempli visite e *check up* periodici ha un costo più contenuto rispetto all’erogazione di una prestazione previdenziale in caso di invalidità o malattia dell’iscritto.

seppure volontarie e facoltative<sup>67</sup>, perseguono anche una funzione di solidarietà, non solo intercategoriale, ma anche intergenerazionale, in quanto, oltre a rivolgersi a tutti i professionisti al fine di incentivarne l'attività affinché continuino a svolgere la professione e, quindi, restino iscritti all'ente previdenziale di categoria, spesso sono volte a tutelare le situazioni di bisogno che possono manifestarsi fin dai primi anni di svolgimento dell'attività, rivolgendosi anche (e in alcuni casi soprattutto) ai nuovi iscritti e a chi non supera una certa soglia di età.

L'espressione "misure, servizi o strumenti di *welfare*" consente di riassumere in un unico contenitore prestazioni di diversa natura, eterogenee, non solo economiche, caratterizzate anche dall'essere facoltative e volontarie, le quali non risultano facilmente classificabili secondo la tradizionale dicotomia prestazioni di assistenza sociale o di previdenza sociale, finendo per assumere una connotazione trasversale rispetto a tali categorie<sup>68</sup>.

Si può rilevare come esse non abbiano una base costituzionale comune. Pur essendo ravvisabile un collegamento con l'art. 38, comma 2, Cost., nella misura in cui sono dirette a prevenire gli eventi elencati dalla norma costituzionale (come, per esempio, l'invalidità o la disoc-

<sup>67</sup> F. OLIVELLI, *Le funzioni di assistenza delle casse di previdenza*, cit., p. 223 ss., spec. p. 228, in cui si evidenzia come la base costituzionale di tali misure sia l'art. 38, comma 5, Cost. proprio in ragione della loro volontarietà.

<sup>68</sup> V. S. M. CORSO, I. CRISCI, M. DALLA SEGA, C. GARBUIO, G. PIGLIALARM, M. TURRIN, *Welfare negoziale e lavoro autonomo*, cit., p. 161 ss., soprattutto par. 4, in cui si evidenzia che «da un punto di vista squisitamente terminologico, va osservato come nell'ambito delle libere professioni, più che di welfare, si parli di prestazioni di assistenza. Gli statuti e i regolamenti delle Casse di previdenza, infatti, non fanno ricorso – se non occasionalmente – al termine welfare, utilizzando l'espressione "prestazioni di assistenza", circostanza che in qualche modo si spiega anche sulla base delle leggi istitutive degli stessi enti previdenziali di diritto privato, le quali parlano appunto di trattamenti e prestazioni di assistenza. Ciò, peraltro, non deve indurre a ritenere che le Casse di previdenza erogino unicamente trattamenti di natura assistenziale. Tali enti, infatti, erogano altresì prestazioni di welfare, prestazioni che, pur trovando la propria ragion d'essere nelle stesse disposizioni che attribuiscono alle Casse di previdenza una funzione di natura assistenziale, conviene tenere distinte dai trattamenti di assistenza. Difatti, mentre quest'ultimi si sostanziano nell'erogazione di prestazioni volte a liberare l'iscritto da uno stato di bisogno, le prime sembrano piuttosto avere natura complementare ed integrativa».

cupazione), le misure di prevenzione sanitaria sono volte alla tutela del bene salute protetto dall'art. 32 Cost., mentre le agevolazioni per la formazione e l'avviamento professionale possono iscriversi nell'ambito diritto al lavoro tutelato dall'art. 4 Cost.

Per la maggior parte di queste prestazioni, nonostante le stesse Casse le qualificano come "assistenziali", sembra che il termine non venga utilizzato per indicare prestazioni rientranti nell'art. 38 comma 1 Cost.<sup>69</sup> Tali misure, pur adottate nell'ambito delle stesse disposizioni che attribuiscono alle Casse una funzione di natura assistenziale, non sono rivolte in maniera universalistica a inabili sprovvisti di mezzi sufficienti per vivere, ma a professionisti, così come non sono volte al sostentamento del minimo vitale<sup>70</sup>, bensì ad aiutare l'iscritto a rimanere attivo nell'ambito della sua categoria; inoltre, se si considera che la loro erogazione presuppone l'iscrizione all'ente previdenziale e il versamento regolare della contribuzione obbligatoria, si rinviene un altro tratto (oltre all'ambito soggettivo di riferimento) caratterizzante la nozione di previdenza sociale<sup>71</sup>.

In effetti, tali servizi di *welfare* appaiono strettamente connessi alle prestazioni di previdenza obbligatoria, in un'ottica integrativa e di prevenzione dei rischi protetti dall'art. 38, comma 2, Cost.

In questo senso, le misure consentono alle Casse di declinare il concetto di mezzi adeguati<sup>72</sup>, realizzando l'adeguatezza, appunto, non nella fase di quiescenza, ma già durante la vita professionale

<sup>69</sup> F. OLIVELLI, *Le funzioni di assistenza delle casse di previdenza*, cit., p. 228, il quale evidenzia che, nonostante le Casse privatizzate possano svolgere (e, in effetti, in qualche caso, svolgono) funzioni propriamente assistenziali, vi sono anche altre funzioni riconducibili all'art. 38, comma 5, Cost., in quanto espressione della libertà degli iscritti di autotutelarsi rispetto a determinati rischi.

<sup>70</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 827, in cui si rileva una progressiva assimilazione del concetto di adeguatezza previdenziale a quello di minimo vitale da parte della Corte costituzionale.

<sup>71</sup> C. LA PORTA, I. BRESCIANI, M. AGLIATA, M.A. PANASCÌ, G. URBISAGLIA, *Assistenza e previdenza sociale: il senso della distinzione nell'evoluzione del sistema previdenziale*, in G. CANAVESI, E. ALES (a cura di), *Il sistema previdenziale italiano*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 117 ss.

<sup>72</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 815 ss.

dell'iscritto, compensando le prestazioni previdenziali tradizionali con altri servizi pensati per garantire un benessere immediato.

Il meccanismo è quello della integrazione o compensazione. Di fatti, la corresponsione di una prestazione previdenziale adeguata nell'ambito delle misure di previdenza obbligatoria può, in ipotesi, essere pregiudicata dalla diminuzione della disponibilità economica e dalla possibilità di dover modificare *in pejus* la disciplina dei trattamenti previdenziali per preservare l'equilibrio finanziario<sup>73</sup>.

Inoltre, tali misure compensano anche l'inadeguatezza di taluni servizi di politica attiva per i liberi professionisti. Per esempio, si pensi al programma Garanzia di Occupabilità dei Lavoratori (GOL), esteso ai lavoratori autonomi con la Legge di Bilancio 2022<sup>74</sup>, che interviene allorquando il professionista abbia cessato in via definitiva la propria attività, tuttavia, senza agire nel momento di bisogno, quando il professionista, ancora iscritto all'albo (e all'ente previdenziale), abbia la necessità di essere formato, qualificato, riorientato nel mercato.

In conclusione, la prospettiva che queste tendenze sembrano tracciare è quella della c.d. adeguatezza sistemica<sup>75</sup>, declinata nel settore

<sup>73</sup> Cass. 30 luglio 2012, n. 13607, in *Giur. it.*, 2013, p. 23, con nota di A. BRUNO, *Problemi interpretativi in materia di "pro-rata". La dubbia disapplicazione del principio del "tempus regit actum", in materia pensionistica*; in senso conforme, v. anche Cass. 30 ottobre 2013, n. 24534, in *Lav. giur.*, 2014, p. 85, con nota di A. GIOVANARDI, G. GUARNIERI, G. LUDOVICO, G. TREGLIA, *Modifica in peius del calcolo della pensione retributiva e criterio del pro-rata*; Cass. 13 febbraio 2018, n. 3461, in *Foro it.*, 2018, p. 1217 ss., con nota di L. CARBONE, *Autonomia normativa delle casse previdenziali categoriali: limiti ed ambito di operatività*; ID., *Modifiche in pejus del trattamento pensionistico e diritti quesiti*, in *Prev. forense*, 2/2019, p. 100 ss., [www.cassaforense.it/media/8674/la-previdenza-forense-2\\_2019-modificato.pdf](http://www.cassaforense.it/media/8674/la-previdenza-forense-2_2019-modificato.pdf).

<sup>74</sup> Il programma "GOL" è stato introdotto dalla Legge di Bilancio 2021 (art. 1, comma 324, l. 30 dicembre 2020, n. 178), quale misura di politica attiva con l'obiettivo di rilanciare l'occupazione e combattere la disoccupazione attraverso misure di reinserimento lavorativo. La l. 30 dicembre 2021, n. 234 (Legge di Bilancio 2022), all'art. 1, commi 251 e 252, ha esteso gli aiuti del Programma GOL anche ai lavoratori autonomi con partita IVA, al fine di migliorare l'accesso alle informazioni sul mercato e ai servizi personalizzati di orientamento, riqualificazione e ricollocazione dei lavoratori autonomi titolari di partita IVA.

<sup>75</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 277 ss.

delle Casse privatizzate, attraverso la predisposizione di misure e servizi *welfaristici* che consentono di spalmare il concetto di adeguatezza delle prestazioni previdenziali previsto dall'art. 38, comma 2, Cost., sia sul piano temporale (con misure immediate, che si affiancano a quelle più tradizionali di carattere differito), sia sul piano tipologico (attraverso l'erogazione di misure che non sono solo di natura economica); tutto ciò con l'obiettivo di creare un circolo virtuoso la cui finalità è la sostenibilità delle Casse nel rispetto della solidarietà e delle sue declinazioni (endocategoriale e intergenerazionale).

Tale riflessione trova una conferma anche nel ruolo che il legislatore ha assegnato agli ordini professionali nell'erogazione di politiche attive<sup>76</sup>, attraverso l'istituzione dello sportello dedicato al lavoro autonomo di cui all'art. 10, l. 22 maggio 2017, n. 81<sup>77</sup>, il quale, incentivando la collaborazione attiva degli stessi ordini professionali, consente una declinazione del concetto di adeguatezza che contempli non solo misure di tipo economico e differito, ma anche immediato e di altra natura.

<sup>76</sup> E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, cit., p. 277 ss.

<sup>77</sup> La norma ha previsto che i centri per l'impiego e gli organismi autorizzati alle attività di intermediazione in materia di lavoro si dotino di uno sportello dedicato al lavoro autonomo, anche stipulando convenzioni non onerose con gli ordini e i collegi professionali; la funzione dello sportello dedicato è di raccogliere le domande e le offerte di lavoro autonomo, fornire le relative informazioni ai professionisti ed alle imprese che ne facciano richiesta, fornire informazioni relative alle procedure per l'avvio di attività autonome e per le eventuali trasformazioni e per l'accesso a commesse ed appalti pubblici, nonché relative alle opportunità di credito e alle agevolazioni pubbliche nazionali e locali.



## **Previdenza complementare e mezzi adeguati alle esigenze di vita**

FILIPPO BORDONI, GIULIA COLOMBO, MICHELE DALLA SEGA  
RICCARDO FRATINI, TOMMASO MASERATI, MICHELA TUROLDO  
MATTEO TURRIN<sup>\*</sup>

SOMMARIO: 1. *La previdenza complementare nell'art. 38 Cost.: la posizione della dottrina* – 1.2. (segue): *La collocazione della previdenza complementare nella giurisprudenza* – 1.3. (segue): *I profili di indagine* – 2. *La natura libera e volontaria dell'adesione alla previdenza complementare e le sue implicazioni* – 3. *Modalità di finanziamento* – 4. *Il tema della fiscalità* – 5. *La gestione dei fondi negoziali* – 5.1. *Le implicazioni della tesi che pone la previdenza complementare oltre l'adeguatezza* – 5.2. *Le implicazioni della tesi secondo cui la previdenza integrativa concorre alla garanzia di mezzi adeguati* – 6. *Considerazioni finali.*

### *1. La previdenza complementare nell'art. 38 Cost.: la posizione della dottrina*

Il tema «*Mezzi adeguati alle esigenze di vita: un concetto ineffabile?*» si presta ad essere analizzato anche sotto il profilo della previdenza complementare, strumento pensato proprio per compensare la sostanziale inadeguatezza delle ordinarie tutele previdenziali. Per affron-

<sup>\*</sup> Il presente scritto rappresenta la rielaborazione delle riflessioni svolte all'interno del gruppo di lavoro "Mezzi adeguati e previdenza negoziale" diretto dalla prof.ssa Laura Torsello, nell'ambito della VI edizione dei Seminari Previdenziali Maceratesi tenutasi presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" dal 4 al 7 luglio 2022. Sebbene il contributo sia frutto di una riflessione comune agli autori, il § 1 è stato redatto da Giulia Colombo, i §§ 1.2 e 1.3 da Tommaso Maserati, il § 2 da Michela Turoldo, il § 3 da Michele Dalla Sega, il § 4 da Riccardo Fratini, i §§ 5 e 5.1 da Matteo Turrin, il § 5.2 da Filippo Bordini. Si ringrazia sentitamente la *tutor* del gruppo, prof.ssa Laura Torsello, per le preziose osservazioni fornite nel corso della redazione del contributo.



tare le problematiche connesse alla previdenza complementare, occorre, da un punto di vista sistemico, individuare quale sia la sua collocazione nell'ordinamento e, in particolare, circa l'opportunità o meno di leggerla all'interno dell'art. 38 Cost<sup>1</sup>.

In questi anni, il dibattito dottrinale relativo al fondamento costituzionale della previdenza complementare si è rivelato particolarmente acceso, soprattutto con riferimento al rapporto tra previdenza pubblica e complementare<sup>2</sup>. Ci si è interrogati, infatti, per verificare, in prima battuta, se la previdenza complementare debba essere considerata quale previdenza privata e, quindi, ricondotta all'ultimo comma dell'art. 38 Cost., ove si prevede che «l'assistenza privata è libera»<sup>3</sup>. L'alternativa è rappresentata dall'attrazione alla previdenza pubblica: nonostante il carattere della volontarietà, essa potrebbe essere inquadrata nel comma 2 del medesimo articolo, che prevede «i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita»<sup>4</sup>.

Secondo una prima autorevole dottrina, si deve prendere come

<sup>1</sup> Per una ricostruzione sulla previdenza complementare v. M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Cacucci, Bari, 2020; ID., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012, pp. 377-409; M. SQUEGLIA, *La «previdenza contrattuale»: un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014; S. GIUBBONI, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Cacucci, Bari, 2009; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Cedam, Padova, 2005.

<sup>2</sup> F. MAZZIOTTI, *Le posizioni soggettive nella pensione complementare*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 73; cfr. anche R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, in R. FABOZZI, G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione*, Cacucci, Bari, 2021, p. 2731 ss.

<sup>3</sup> R. PESSI, *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 5., che considera la previsione del quinto comma comprensiva di tutte le forme di protezione create dall'autonomia privata, quindi sia l'assistenza propriamente detta, sia la previdenza.

<sup>4</sup> Cfr. G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, pp. 769-777, che evidenzia l'ambiguità dell'art. 38, comma 2, Cost., sia con riferimento al criterio di misura (adeguatezza), sia al referente (le esigenze di vita).

punto di partenza il fatto che la previdenza pubblica è necessaria, in quanto con essa trova soddisfazione l'interesse pubblico generale corrispondente al secondo comma dell'art. 38 Cost. Diversamente, la previdenza privata, compresa la previdenza complementare, sarebbe libera e, pertanto, riconducibile al quinto comma<sup>5</sup> benché esso usi testualmente il lemma "assistenza" e non "previdenza".

Sulla base di questa impostazione, il sistema previdenziale risulta essere composto da due sottosistemi: la previdenza "obbligatoria", caratterizzata prevalentemente dall'intervento pubblico, e la previdenza "libera", ascritta, invece, all'attività del privato.

Il confine tra l'una e l'altra previdenza sarebbe dato dalla realizzazione degli interessi pubblici «a che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle esigenze di vita»: soddisfatto questo interesse, l'ulteriore tutela sarebbe lasciata alla previdenza dei privati<sup>6</sup>.

Così opinando, si è ritenuto di muovere dal fatto che le prestazioni erogate dalla previdenza pubblica sono perlopiù legate a bisogni che il legislatore considera "tipici" della generalità degli assistiti, in quanto la loro soddisfazione rappresenta condizione fondamentale per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici<sup>7</sup>. Si è avvertita, perciò, l'esigenza di provvedere alla soddisfazione dell'interesse privato a più elevati livelli di protezione, rispetto a quella pubblica, attraverso il riconoscimento della libertà dell'assistenza privata *ex art. 38, comma 5 Cost.*

Non potrebbero, pertanto, confondersi l'interesse pubblico a che siano garantiti a tutti i lavoratori i «mezzi adeguati alle esigenze di vita» con l'interesse privato a beneficiare di aiuti economici ulteriori al verificarsi di situazioni di bisogno<sup>8</sup>. Il primo è, infatti, caratterizzato dal fatto che la tutela prevista opera in modo obbligatorio, in quanto finalizzato a salvaguardare valori fondamentali indisponibili della persona; mentre il secondo allude a sostegni ulteriori e facoltativi, rimessi alla libera scelta del lavoratore.

<sup>5</sup> M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 207.

<sup>6</sup> M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit.

<sup>7</sup> M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., pp. 377-378.

<sup>8</sup> P. SANDULLI, *Welfare state, riforma pensionistica e sviluppo della previdenza complementare*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 42-43.

In questa prospettiva, la previdenza complementare svolgerebbe il compito di garantire prestazioni eccedenti, al di sopra del limite dei mezzi adeguati, che rappresentano «il confine tra esigenze di vita configurabili come bisogno socialmente rilevante ed esigenze espressione di bisogni privati, individuali o collettivi»<sup>9</sup>. Invero, tanto più alta sarà la misura del trattamento previdenziale obbligatorio (comma 2 art. 38 Cost.), tanto più viene compresso lo spazio della previdenza libera (comma 5, art. 38 Cost.).

Nel corso del tempo, però, la tutela previdenziale pubblica (c.d. primo pilastro) ha subito un forte arretramento dovuto a gravi problemi finanziari<sup>10</sup>, che hanno portato il legislatore a valorizzare, sempre più, la previdenza complementare (c.d. secondo pilastro) attualmente disciplinata dal d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252<sup>11</sup>.

Il compito della previdenza complementare, quindi, sarebbe quello di fare da contrappeso alla retrocessione del livello di copertura garantito dalla previdenza obbligatoria, sussistendo tra previdenza pubblica e complementare una “identità” di tipo strutturale e funzionale<sup>12</sup>. Infatti, l'emergenza legata al risanamento dei conti pubblici ha portato la previdenza complementare dei privati verso la previdenza pubblica, piegando la natura della prima alle esigenze della seconda<sup>13</sup>.

Nel mutato contesto economico e sociale nasce l'idea che anche la previdenza complementare concorra alla realizzazione di un interesse

<sup>9</sup> G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 788.

<sup>10</sup> M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 60-61.

<sup>11</sup> Per un'analisi integrale della nuova disciplina sulla previdenza complementare v. A. TURSÌ, *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in G. CIAN, A. MAFFEI, A. P. SCHLESINGER (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 2007, p. 537 ss.

<sup>12</sup> R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 971. In senso conforme v. F. MAZZIOTTI, *Le posizioni soggettive nella pensione complementare*, cit., p. 74, che afferma il rapporto funzionale tra previdenza pubblica e complementare, in quanto anche quest'ultima ha le stesse finalità della prima.

<sup>13</sup> Cass. 28 luglio 2000, n. 393 con nota di G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 619 ss.

pubblicistico e che la sua collocazione costituzionale possa essere individuata (anche) nel secondo comma dell'art. 38 Cost<sup>14</sup>. Appare così evidente la funzionalizzazione della previdenza complementare alla realizzazione del medesimo obiettivo e l'affermarsi di un «sistema binario di protezione sociale», che supera il monopolio statale<sup>15</sup>.

La previdenza complementare non si limiterebbe (più) a soddisfare interessi esclusivamente privati, ma assolverebbe a una funzione concorrente e analoga a quella pubblica, in quanto idonea a realizzare anch'essa interessi generali, come la soddisfazione di bisogni socialmente rilevanti<sup>16</sup>. In tale prospettiva, la previdenza complementare e la previdenza pubblica riescono a realizzare un obiettivo comune, cioè quello di assicurare la garanzia costituzionale dei «mezzi adeguati alle esigenze di vita»<sup>17</sup>.

Dal punto di vista sistemico, dunque, la previdenza complementare viene collocata da altra dottrina non più soltanto all'interno del comma 5 dell'art. 38 Cost., ma anche del comma 2<sup>18</sup>. Ne discende, dunque, una distinzione tra previdenza privata e previdenza integrativa: mentre la prima trova fondamento esclusivamente nel quinto comma, la previdenza complementare si pone nel combinato disposto dei commi 2 e 5 dell'art. 38<sup>19</sup>. Si potrebbe, quindi, ritenere che la libertà prevista dall'ultimo comma dell'art. 38 Cost. riguardi solo

<sup>14</sup> G. CASTELLANI, *Il rilancio della previdenza complementare: luci e ombre di una rivoluzione incompiuta*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, p. 567.

<sup>15</sup> M. CINELLI, *Previdenza pubblica e previdenza complementare nel sistema costituzionale*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 106.

<sup>16</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, pp. 793-794.

<sup>17</sup> R. PESSI, *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, cit., p. 56.

<sup>18</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., p. 796.

<sup>19</sup> R. PESSI, *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 1999, pp. 55-56, che evidenzia come la previdenza complementare comprenda «tutte quelle iniziative finalizzate all'erogazione di beni e servizi per soddisfare bisogni socialmente rilevanti la cui realizzazione non viene totalmente assicurata direttamente dallo Stato».

l'assistenza in "senso stretto" e non la previdenza complessivamente intesa<sup>20</sup>.

Per quanto riguarda la "necessarietà" della tutela sancita dall'art. 38, secondo comma, Cost., questa sarebbe caratterizzata dalla «libertà in quanto alle opzioni» da parte del lavoratore e dall'indisponibilità con riferimento ai tempi, condizioni e modalità di utilizzo del risparmio<sup>21</sup>.

Conformemente all'orientamento da ultimo citato, che attribuisce alla previdenza complementare una funzione concorrente (a quella pubblica) alla realizzazione dell'adeguatezza, c'è chi sostiene che la prestazione adeguata possa essere scomposta in due distinti livelli: un primo livello essenziale e un secondo livello ulteriore, ma non essenziale<sup>22</sup>. Il primo configura una tutela obbligatoria, necessaria e indisponibile, garantita dall'intervento pubblico; mentre il secondo tutela esigenze non essenziali del diritto alla previdenza sociale seppur siano costituzionalmente rilevanti, pertanto disponibili da parte dell'individuo. In tale prospettiva, la previdenza complementare contribuirebbe alla realizzazione dell'adeguatezza, ma solo con riferimento alla determinazione dei livelli di tutela non essenziali (secondo livello).

Le opinioni esposte sono figlie del proprio tempo e mostrano il travaglio del modello italiano della previdenza, di fronte alle sfide derivanti dal mutato contesto del mercato del lavoro e dalla questione demografica, che notoriamente incidono sulla sostenibilità del sistema e, per esso, della finanza pubblica. Il dibattito che ha interessato la dottrina, in merito alla collocazione della previdenza complementare all'interno dell'art. 38 Cost., ha coinvolto ampiamente anche la giurisprudenza, che si è espressa sostenendo, da ultimo, il secondo orientamento enunciato.

<sup>20</sup> Cass. 28 luglio 2000, cit.

<sup>21</sup> R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*, cit., p. 972.

<sup>22</sup> Sul punto v. ampiamente M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., pp. 799-810.

1.2. (segue). *La collocazione della previdenza complementare nella giurisprudenza*

L'analisi della giurisprudenza in materia, lungi dal rappresentare soltanto un'adesione all'una o all'altra delle ricostruzioni sopra offerte, ci pare permetta di mettere in luce gli snodi problematici derivanti dall'alternativa riconduzione della previdenza complementare all'art. 38, comma 2, o al solo art. 38, comma 5, Cost.

Come anticipato, le esternazioni dei giudici di legittimità, in particolare, – quand'anche nella sola motivazione – paiono riconoscere come la previdenza complementare concorra alla garanzia di quei “mezzi adeguati” di cui all'art. 38, comma 2, Cost. al centro delle riflessioni del presente scritto<sup>23</sup>. Da ultimo, in questo senso si sono pronunciate nell'aprile 2022 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, intervenute in tema di portabilità del montante contributivo<sup>24</sup>. In questa occasione, i giudici hanno svolto una più complessiva argomentazione relativa all'estensione della facoltà di riscatto della posizione individuale ai fondi pensione gestiti a ripartizione, nonché alla consistenza della stessa. Nondimeno, la decisione del caso concreto passa attraverso la collocazione della previdenza complementare nell'art. 38, comma 2, Cost., richiamando in tal senso nota giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>25</sup>, e riconoscendo «la pensione complementare come strumento di tutela volto a soddisfare bisogni essenziali, concorrente alla definizione di un trattamento adeguato»<sup>26</sup>. Anche attraverso

<sup>23</sup> Da ultimo, M. PERSIANI, *Una regola rovesciata: l'interesse individuale ed egoistico di un lavoratore prevale sull'interesse comune di tutti gli altri a più elevati livelli di copertura previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, p. 530.

<sup>24</sup> Cass., Sez. Un., 14 aprile 2022, n. 12209, in *Lav. giur.*, 2022, con nota di G. ZAMPINI, *Previdenza complementare e diritto inderogabile alla portabilità del montante contributivo individuale*, pp. 926-934.

<sup>25</sup> Corte cost., 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. giur. lav.*, 2000, con nota di R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*, pp. 955-974.

<sup>26</sup> Cass., Sez. Un., 14 aprile 2022, cit., § 58.

tale richiamo, quindi, le Sezioni Unite giungono ad affermare l'assenza di limiti alla portabilità per i fondi pensionistici c.d. preesistenti<sup>27</sup>.

Dunque, seppur soltanto attraverso un breve inciso all'interno di una più ampia argomentazione (ma lo stesso vale per l'orientamento complessivo di cui è più recente espressione, che necessariamente "accosta" il problema della collocazione sistematica solo ai fini della risoluzione del quesito concreto), il dilemma relativo all'inquadramento sistematico-costituzionale della previdenza complementare parrebbe risolversi, sul piano del formante giurisprudenziale quantomeno, con relativa linearità. Tanto, sulle orme – come detto – della giurisprudenza costituzionale, che ha riletto la funzione della previdenza complementare (già a seguito del d.lgs. n. 124 del 1993, e a maggior ragione post-d.lgs. n. 252 del 2005) attraverso un'impostazione teleologicamente orientata al concorso alla liberazione dallo stato di bisogno, finalità che pure è connotata da forti elementi pubblicistici<sup>28</sup>.

Da un lato, però, può rilevarsi come la citata pronuncia si limiti a sancire la «concorrenza» tra previdenza obbligatoria e complementare all'assicurazione di un trattamento adeguato. La strumentalità della ricostruzione alla decisione del caso concreto, infatti, lascia comunque all'interprete il compito di tratteggiare i rapporti tra le due forme di previdenza all'interno dell'alveo del comma 2, ove anche si adottasse tale impostazione ricostruttiva. Rapporto, come visto, che non può dirsi pacifico negli orientamenti dottrinali<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. G. LUDOVICO, *Sul riscatto e portabilità della posizione individuale nei fondi preesistenti*, in *Lav. giur.*, 2022, pp. 750-751.

<sup>28</sup> D. ARRAGONI, *Previdenza complementare*, in *Treccani. Diritto on line*, 2018. Sull'interpretazione dei "mezzi adeguati" nella giurisprudenza costituzionale, G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, 815 s.s.

<sup>29</sup> Oltre a quanto sopra, per un quadro relativo ai "due pilastri", M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 523 ss., nonché ID., *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2005, p. 15, spec. nota 47; Cfr. R. PESSI, *Previdenza complementare e previdenza privata*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2002, p. 667 ss.; con diversa impostazione, S. PICCININNO, *La previdenza complementare in Italia*, in G. LOY e P. LOI (a cura di), *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Futura, Roma, 2005, p. 201 ss.

Dall'altro lato, però, la risposta a tale quesito non soddisfa un mero interesse teorico, derivando dalla collocazione nel solo comma 5 o anche nel comma 2 dell'art. 38 Cost. una serie di conseguenze naturali generate dalla diversa configurazione della previdenza complementare e del rapporto tra i soggetti in questa implicati<sup>30</sup>.

Le difficoltà derivanti dall'incertezza interpretativa emergono, di conseguenza, anche nella giurisprudenza che solo incidentalmente si trova ad affrontare il problema della rilevanza costituzionale attribuibile alla previdenza complementare.

Un "caso studio", a tali fini, può essere rinvenuto nell'indagine sulla legittimazione ad agire nelle ipotesi di mancato versamento da parte del datore di lavoro nei confronti del fondo previdenziale individuato dal lavoratore.

È, infatti, ben noto come nella previdenza obbligatoria, nelle ipotesi di mancato versamento, litisconsorte necessario sarà l'INPS, senza che rilevi se la quota non corrisposta sia quella a carico del datore di lavoro o quella a carico del lavoratore, trattenuta in busta paga, proprio in virtù del suo rilievo pubblicistico *ex art. 38, comma 2, Cost.*<sup>31</sup>.

Il medesimo schema non ricorre, però, in materia di previdenza complementare, ove si veda invece il lavoratore come parte del rapporto contributivo. La giurisprudenza più recente, interrogandosi sulla titolarità del diritto di azione per i contributi omessi direttamente in capo al lavoratore o sulla necessaria esperibilità dell'azione di condanna a favore di terzo o dell'azione surrogatoria *ex art. 2900 c.c.* con vocazione in giudizio anche del fondo di previdenza complementare, infatti, tende a non fornire una soluzione uniforme<sup>32</sup>, affermando invece

<sup>30</sup> Sulle conseguenze della ricostruzione entro l'art. 38, comma 5, Cost., A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 25 ss.

<sup>31</sup> Cass., 22 ottobre 2021, n. 29637, in *Lav. giur.*, 2021, con nota di L. IERO, *Tutela della posizione contributiva e litisconsorzio necessario*, pp. 947-955.

<sup>32</sup> Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Napoli, 8 giugno 2021, n. 3787; Trib. Treviso, 23 gennaio 2012; Trib. Udine, 8 luglio 2014; Trib. Pavia, 24 maggio 2017, n. 209; Trib. Salerno, 12 febbraio 2020, n. 330; Trib. Novara 2 luglio 2019 n. 157. Per un riassunto delle posizioni della giurisprudenza di merito in materia, M. BASSOTTI, A. CARACCILO, S. IACOBUCCI, S. MAGAGNOLI, A. ROSSANA PASTORE, G. PISTORE e F. STAMERRA, *Fondi pensione e omissioni contributive: la tutela della posizione contributi-*



come sia necessario osservare caso per caso natura e funzione dello strumento giuridico convenuto tra le parti<sup>33</sup>.

La fondazione teorica di tale opzione sarebbe da rinvenirsi, nello specifico, certo nel riconoscimento di una funzionalizzazione della previdenza complementare al sistema obbligatorio, ma anche dalla sua autonomia (come recita l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 252 del 2005, «l'adesione alle forme pensionistiche complementari disciplinate dal presente decreto è libera e volontaria»). Questi due poli, richiamati dalla più recente giurisprudenza di legittimità, parrebbero rappresentare la tensione esistente tra i commi 2 e 5 dell'art. 38 Cost. e fulcro del contrasto dottrinale già delineato, che sembrerebbe impedire quindi una piena inclusione all'interno del comma 2 che implicherebbe le conseguenze derivanti dalla natura pubblicistica dell'obbligazione contributiva.

Sebbene, dunque, sul piano “esplicito” la giurisprudenza anche di legittimità riconduca la previdenza complementare al comma 2 dell'art. 38 Cost., la difficoltà di ricomposizione tra il rilievo pubblicistico così attribuite e il regime di volontarietà emergono all'interno delle motivazioni adottate<sup>34</sup>.

Ove si ammetta, come fatto nei percorsi interpretativi in apertura del paragrafo richiamati, l'intervento della previdenza complementare

*va del lavoratore*, in G. CANAVESI, E. ALES (a cura di), *Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione e emergenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 108-166. Cfr. M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva nella previdenza complementare. Tutele degli aderenti e applicazione della disciplina comunitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, p. 611 ss.

<sup>33</sup> Da ultimo Cass., 15 febbraio 2019, n. 4626, in *Lav. giur.*, 2019, con nota di G. LUDOVICO, *Insinuazione allo stato passivo e omesso versamento del T.F.R. al fondo di previdenza complementare*, pp. 530-531. In tema, P. SANDULLI, *Legittimazione ad agire del fondo pensione fra interpretazione adeguatrice e inerzia legislativa*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, p. 747 ss.

<sup>34</sup> Sulla «intrinseca contraddizione tra compartecipazione alla definizione dei mezzi adeguati e disponibilità individuale», G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 788. Sul principio di libertà di adesione individuale, S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2007, p. 358 ss. E, in prospettiva *de jure condendo*, R. PESSI, *Tornando sul Welfare*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2016, pp. 228-229, <https://csdle.lex.unict.it/biblioteca-20-maggio>.

nella garanzia del diritto riconosciuto dall'art. 38, comma 2, Cost., dunque, si apriranno molteplici snodi problematici necessitanti specifica considerazione. Ossia, anche una volta si rispondesse positivamente al "se" (se l'adeguatezza è criterio rilevante per la previdenza complementare), si tratterebbe di comprendere il "come" (ossia, quali conseguenze esercitano le diverse ricostruzioni proposte in dottrina sul rapporto tra adeguatezza e previdenza complementare).

### 1.3. (segue): *i profili di indagine*

Nel prosieguo della trattazione verranno considerati alcuni istituti, che fanno emergere ulteriori riflessioni in merito alla collocazione della previdenza complementare all'interno dell'art. 38 Cost.

Il primo profilo legato al fondamento costituzionale della previdenza complementare pone degli interrogativi con riferimento alla volontarietà della stessa (e, dunque, mancanza di obbligatorietà dell'adesione) (§ 2). A tale fine, sarà considerata l'opportunità dell'introduzione *ope legis* dell'obbligatorietà dell'adesione, senza però tralasciare le problematiche che potrebbero derivarne. Infine, si rifletterà sulle conseguenze della scarsa adesione ai fondi nel momento in cui alla previdenza complementare viene riconosciuta una funzione costituzionale, che rischia così di venire frustrata.

Nella prosecuzione, verranno affrontate le modalità di finanziamento delle forme previdenziali, distinguendo tra "forme sindacali" e "forme commerciali" (§ 3). La disciplina legislativa relativa ai fondi, così, sarà messa alla prova dell'esigenza di garantire standard minimi, derivante dalla funzione attribuitale da dottrina anzi richiamata. Così l'autonomia statutaria, la devoluzione del TFR in caso di alternativa espressione e la contribuzione volontaria quali modalità di finanziamento saranno singolarmente considerate nella loro idoneità ad atteggiarsi maggiormente alla configurazione della previdenza complementare a seconda che sia osservata attraverso il comma 2 o il comma 5 dell'art. 38 Cost., considerando da ultimo la regolamentazione fiscale in materia (§ 4).

Nello specifico, poi, saranno approfondite le conseguenze derivanti dalle diverse possibili configurazioni del fondamento costituzionale della previdenza complementare sulla adeguatezza della disciplina di

cui al d.lgs. n. 252 del 2005, con particolare riferimento alla gestione dei fondi negoziali e al possibile rischio di perdita di valore causata dall'inflazione o comunque di rendimenti negativi (§ 5). A tal fine, dunque, le due tesi saranno singolarmente considerate nelle implicazioni discendenti dalla loro adozione: al § 5.1, dunque, si seguirà la strada interpretativa aperta dalla collocazione della previdenza complementare *oltre* l'adeguatezza di cui all'art. 38, comma 2, Cost.; al § 5.2., invece, si considererà la previdenza complementare come concorrente all'assicurazione dei mezzi adeguati alle esigenze di vita.

Infine, saranno proposte alcune brevi riflessioni conclusive che raccolgano gli spunti emersi complessivamente dalla trattazione (§ 6).

## *2. La natura libera e volontaria dell'adesione alla previdenza complementare e le sue implicazioni*

Come accennato nelle precedenti pagine (§ 1), il rilancio della previdenza complementare risulta strettamente connesso alle riforme che a partire dagli anni Novanta hanno interessato il sistema pubblico di tutela. Come noto, la consapevolezza che i livelli di tutela sino a quel momento garantiti dal sistema pubblico non avrebbero potuto più essere assicurati a causa di una pluralità di fattori, primo fra tutti il passaggio dal sistema di calcolo retributivo a quello contributivo, ha indotto il legislatore ad incentivare le forme di previdenza complementare<sup>35</sup> allo scopo di impedire, o quantomeno di limitare, la perdita di copertura, ridistribuendola tra una previdenza di base alleggerita ed una

<sup>35</sup> È opinione condivisa quella secondo cui un ruolo fondamentale nel processo di rilancio della previdenza complementare è stato ricoperto dall'esigenza di ridurre la spesa pubblica a seguito della riduzione dei livelli delle prestazioni garantiti dalla previdenza sociale obbligatoria. Si vedano sul punto O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 556; M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, cit., p. 324, secondo il quale la scelta di assumere la previdenza complementare come elemento strutturale del sistema è stata una scelta sociale necessitata, allestendo «una sorta di presidio compensatorio delle disfunzioni e, comunque, dei deficit di copertura sociale» del sistema previdenziale pubblico.

complementare mano a mano appesantita<sup>36</sup>. Priva sino ad allora di una regolamentazione organica<sup>37</sup>, la previdenza complementare si è così trovata al centro di un'opera di sistematizzazione prima con il d.lgs. n. 124 del 1993 e successivamente con il d.lgs. n. 252 del 2005. Quest'ultimo rappresenterebbe, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, non solo l'ulteriore evoluzione normativa, ma anche la definitiva sistemazione giuridica del secondo pilastro<sup>38</sup>.

All'interno di questo quadro di perdurante crisi della previdenza pubblica di base, la previdenza complementare interviene con la finalità di integrare le prestazioni tradizionali, cercando così di garantire quell'adeguatezza che il sistema pubblico non è più da solo in grado di assicurare<sup>39</sup>. Lo stesso art. 1 del d.lgs. n. 252 del 2005 dispone infatti che «il presente decreto legislativo disciplina le forme di previdenza per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio, ivi compresi quelli gestiti dagli enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103, al fine di assicurare *più elevati livelli di copertura previdenziale*»<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Così F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2004, p. 25. Cfr. G. CASTELLANI, *Il rilancio della previdenza complementare: luci e ombre di una rivoluzione incompiuta*, cit., p. 567; M. PICCARI, *La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel decreto legislativo n. 252 del 2005*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 433.

<sup>37</sup> La possibilità di costituire fondi speciali di previdenza privata, definiti oggi come "preesistenti", era già prevista dagli artt. 2117 e 2123 c.c. La disciplina codicistica si era tuttavia rivelata scarna e quindi inadeguata a soddisfare i diritti degli iscritti. Sotto questo profilo si vedano P. BOER, *I fondi integrativi disciplinati per legge nel riordino della previdenza*, in *Dir. lav.*, 1993, p. 413; S. CECCONI, *La previdenza complementare e le sue vicende*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, p. 189 ss.

<sup>38</sup> M. PICCARI, *La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel decreto legislativo n. 252 del 2005*, cit., p. 430.

<sup>39</sup> Cfr. L. TORSELLO, *Osservazioni sul contributo destinato al finanziamento della previdenza complementare nelle procedure concorsuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, p. 109; V. FERRARI, *Impronta solidaristica della previdenza complementare, interesse mutualistico e consistenza della posizione individuale nei fondi pensione a ripartizione*, in *Foro it.*, 2022, p. 2777.

<sup>40</sup> Seppur con l'aggiunta dell'inciso riferito agli enti di diritto privato, tale formulazione ricalca quella dell'art. 1 del d.lgs. n. 124 del 1993 e, prima ancora, quella dell'art. 3, lett. v) della l. n. 421/1992. Critici nei confronti di tale formulazione sono

Tale formulazione ha invero generato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito all'inquadramento costituzionale della fattispecie e al suo rapporto con la previdenza sociale obbligatoria (§§ 1 e 1.2); una questione, questa, dai risvolti non solo teorici ma anche pratici. Dalla collocazione della previdenza complementare nell'ambito della previdenza sociale obbligatoria disciplinata dall'art. 38, comma 2, Cost., oppure nell'ambito dell'assistenza libera di cui all'art. 38, comma 5, Cost., discende infatti anche la giustificazione della libertà di adesione individuale ai fondi di previdenza complementare<sup>41</sup>.

Sebbene dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 393 del 2000 non possa essere messa in dubbio la scelta del legislatore di istituire un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, rimangono tuttavia ancora delle perplessità in relazione all'opportunità che la funzione costituzionalmente imposta dall'art. 38, comma 2, Cost. venga rimessa ad un pilastro della previdenza ad adesione volontaria<sup>42</sup>.

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 252 del 2005, «l'adesione alle forme pensionistiche complementari disciplinate dal presente de-

stati M. CINELLI, *Commento all'art. 1, d.lgs. n. 124/1993*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, p.175 ss.; R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, cit., p. 2732. *Contra* O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., p. 556, secondo la quale «il giudizio è stato forse troppo severo», trattandosi di «una norma di scopo, che ben riflette la mancanza di un sufficiente assestamento della disciplina in materia, sia sul piano della regolazione del fenomeno, sia sul piano del suo inquadramento costituzionale».

<sup>41</sup> O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., p. 552.

<sup>42</sup> In questo senso si vedano M. CINELLI, *Previdenza pubblica e previdenza complementare nel sistema costituzionale*, cit., p. 108; G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, cit., p. 624 ss. secondo cui «una volta preso atto che, allo stato, la previdenza complementare è chiamata a “concorrere, in collegamento con quella obbligatoria, alla realizzazione degli scopi enunciati dall'art. 38, secondo comma, Cost.” [...] si pone il problema di verificare se è effettivamente coerente con tale ricostruzione la disciplina vigente che regola la previdenza complementare ed i rapporti che legano quest'ultima alla previdenza pubblica».

creto è *libera e volontaria*»<sup>43</sup>. Secondo un orientamento ormai consolidato la norma in esame avrebbe lo scopo di attribuire alla libertà di adesione la natura di principio costitutivo del sistema<sup>44</sup>. Se tuttavia tale libertà poteva dirsi principio generale e fondamentale della previdenza complementare già durante la vigenza della precedente disciplina, è con il d.lgs. n. 252 del 2003 che essa ha assunto una nuova declinazione<sup>45</sup> all'interno di un sistema di concorrenza tra fondi, frutto della scelta legislativa di equiparare le diverse forme pensionistiche collettive e individuali<sup>46</sup>. Il sistema non si è pertanto limitato a garantire la sola li-

<sup>43</sup> La previsione viene rafforzata dal successivo art. 3, comma 3, d.lgs. n. 252 del 2005, secondo il quale «le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari stabiliscono le modalità di partecipazione, garantendo la libertà di adesione individuale». Tale norma avrebbe pertanto la finalità di impedire, attraverso la previsione di una necessaria e specifica dichiarazione di volontà del lavoratore, che il contratto collettivo produca i propri consueti effetti nei confronti dei soggetti ai quali esso si applica. Così, A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 599, il quale richiama M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 730.

<sup>44</sup> Cfr. O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., 571; A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 541; M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, cit., p. 734; S. GIUBBONI, *Fonti istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in M. CINELLI, *La previdenza complementare. Commento sub art. 2123 c.c.*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 90; ID., *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 340; G. CARDONI, *Finanziamento della previdenza complementare e autonomia negoziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 699; M. PICCARI, *La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel decreto legislativo n. 252 del 2005*, cit., p. 411. Secondo A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, cit., p. 600, il principio della libertà di adesione sarebbe fortemente incrinato dal meccanismo di conferimento tacito del TFR, disciplinato dall'art. 8 del d.lgs. n. 252 del 2005, a tal punto da escludere la qualificazione di tale principio come principio costitutivo del sistema.

<sup>45</sup> O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., p. 572; S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 351; G. CARDONI, *Finanziamento della previdenza complementare e autonomia negoziale*, cit., p. 700.

<sup>46</sup> In materia di equiparazione tra le diverse forme pensionistiche previste dal D. d.lgs. n. 252 del 2005 si vedano O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della pre-*

bertà di adesione alla previdenza complementare, ma ha altresì riconosciuto la libertà di scelta del fondo cui destinare il proprio risparmio, nonché la libertà di trasferire la propria posizione da un fondo all'altro decorsi due anni dall'iscrizione al medesimo<sup>47</sup>. Il principio di libertà è stato così ampliato a tal punto da ricomprendere tutti i profili relativi alla formazione del piano individuale di previdenza complementare<sup>48</sup>. D'altro canto, l'ampiezza della portata assunta da tale principio nel nuovo contesto della riforma della previdenza complementare trova la propria *ratio* nel valore sovraordinato che la soggettiva valutazione del singolo avrebbe rispetto a qualsiasi altro valore<sup>49</sup>, trattandosi infatti di decisioni che hanno per oggetto la migliore organizzazione del «suo portafoglio finanziario con finalità pensionistiche»<sup>50</sup>.

La libertà di adesione di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 252 del 2005 è a sua volta il riflesso di quella garanzia di libertà di assistenza e previdenza privata dell'art. 38, comma 5, Cost.<sup>51</sup>, una libertà che deve essere garantita tanto nella fase istitutiva quanto nella fase di accesso, ovvero di iscrizione/adesione ai fondi di previdenza comple-

*videnza complementare*, cit., p. 566 ss.; A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, cit., p. 594 ss; S. GIUBBONI, *Fonti istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, cit., p. 85 ss.

<sup>47</sup> O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., p. 572; S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 351; G. SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 976; G. CARDONI, *Finanziamento della previdenza complementare e autonomia negoziale*, cit., p. 700.

<sup>48</sup> G. CARDONI, *Finanziamento della previdenza complementare e autonomia negoziale*, cit., p. 700.

<sup>49</sup> In questo senso si veda O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., p. 572.

<sup>50</sup> M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, cit., p. 729.

<sup>51</sup> Sebbene l'art. 38, comma 5, Cost. preveda espressamente la sola assistenza privata, l'interpretazione prevalente in dottrina ritiene infatti che anche la previdenza privata rientri nella garanzia costituzionale. Così, G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, cit., p. 622; M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., p. 810 e la dottrina ivi richiamata.

mentare<sup>52</sup>. Se all'interno del sistema della previdenza complementare la libertà di adesione è stata sempre garantita, lo stesso non può tuttavia dirsi con riferimento a quella speculare di recesso, sottoposta invece a forti limitazioni<sup>53</sup>.

Il connotato facoltativo sia dell'istituzione delle forme di previdenza complementare sia dell'iscrizione alle stesse rende pertanto il lavoratore l'ultimo artefice della propria tutela e, conseguentemente, anche dell'obiettivo di adeguatezza imposto dall'art. 38, comma 2, Cost.<sup>54</sup>. Senonché, questo carattere libero e volontario dell'adesione ha rappresentato uno dei principali motivi di critica mossi alla tesi della funzionalizzazione della previdenza complementare<sup>55</sup>.

Proprio per la scarsa adesione da parte dei lavoratori alle forme di previdenza complementare<sup>56</sup>, la volontarietà contrasterebbe con l'affermata sussistenza di un nesso funzionale tra la previdenza pubbli-

<sup>52</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., p. 810.

<sup>53</sup> Sul punto si rinvia a O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., p. 576.

<sup>54</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., p. 811; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 642, secondo il quale vi è il rischio che tale tutela rimanga privata o sminuita della valenza pubblicistica propria della prospettiva accolta dall'art. 38 Cost., con la conseguente inadeguatezza della stessa rispetto ad un ampio settore dei destinatari di quella tutela; ID. *Sulle funzioni della previdenza complementare*, cit., p. 532; G. CARDONI, *Finanziamento della previdenza complementare e autonomia negoziale*, cit., p. 712, secondo il quale il grado di protezione garantito dal secondo pilastro si scontrerebbe con il rischio di «scoprirsì ancora lontano dall'ascendere ad una valenza universalistica, zavorato dal peso di sacche più o meno consistenti di potenziali clienti privi di tutela (per scelta volontaria, per assenza di risorse spendibili, per difficoltà oggettive ad accedere a periodi di accumulazione quantitativamente significativi, ecc.)».

<sup>55</sup> Per una ricostruzione del dibattito si veda M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, cit., p. 731 ss.

<sup>56</sup> O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., p. 558, la quale osserva come la tesi della funzionalizzazione della previdenza complementare finisca per scontrarsi «con la constatazione sempre più frequente della difficoltà se non addirittura dell'impossibilità che molti lavoratori, soprattutto dai percorsi lavorativi atipici e non lineari, incontrano nell'accumulare un montante contributivo tale da consentire di acquisire il diritto a un trattamento pensionistico che vada oltre la misura dell'assegno sociale».



ca e quella complementare<sup>57</sup>. Se è vero che quest'ultima può concorre insieme a quella pubblica a realizzare la garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, è stato osservato come la logica conseguenza di tale affermazione dovrebbe essere quindi quella di una previdenza complementare, sì a capitalizzazione, ma obbligatoria<sup>58</sup>. Poiché infatti il fine imposto dalla norma costituzionale ha per oggetto la garanzia di una tutela obbligatoria e necessaria, in quanto relativa a bisogni fondamentali della persona, non sarebbe possibile secondo tale autorevole dottrina<sup>59</sup> che tale fine venga realizzato mediante una tutela facoltativa ed eventuale, la cui attuazione viene rimessa alla libera scelta del singolo<sup>60</sup>. Affinché la previdenza complementare possa essere ricondotta nell'ambito di un sistema volto a dare attuazione all'art. 38, comma 2, Cost., sarebbe dunque necessario «compiere quello che, forse, è l'ultimo passo che ancora manca e, cioè, rendere obbligatoria l'iscrizione dei singoli lavoratori presso le forme pensionistiche complementari»<sup>61</sup>.

Questa tesi, che potremmo definire più radicale, non è stata tutta-

<sup>57</sup> M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, cit., p. 732.

<sup>58</sup> Così ricostruisce la critica A. TURSI, *Gli irrisolti problemi teorici e sistematici della previdenza complementare*, cit., p. 685.

<sup>59</sup> Ritengono che l'obbligatorietà sia l'unico modo per salvare la materia dal difetto di costituzionalità F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, cit., p. 32; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 671; ID., *Sulle funzioni della previdenza complementare*, cit., p. 536; G. SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, cit., p. 976; M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit., p. 222; G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, cit., p. 627; ID., *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare. Note in margine a un recente convegno*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 116 ss.; R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, cit., p. 2746.

<sup>60</sup> Cfr. G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, cit., p. 116; M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1482; R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, cit., p. 2746.

<sup>61</sup> G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, cit., p. 116.

via ritenuta soddisfacente<sup>62</sup>. Tale soluzione non solo si scontrerebbe con la difficoltà di imporre in capo ai lavoratori un ulteriore aumento della contribuzione obbligatoria, peraltro a fronte di un già elevato prelievo a favore del regime pubblico<sup>63</sup>, ma soprattutto entrerebbe in contrasto con l'art. 38, comma 5, Cost., il quale impone al legislatore di salvaguardare i margini di libertà sia individuale sia collettiva nella disciplina della previdenza complementare<sup>64</sup>. Trattandosi di una garanzia minima ineliminabile, questa libertà deve infatti essere garantita dal legislatore, il quale rimane libero poi di articolarla, modularla o limitarla in relazione a specifici profili<sup>65</sup>.

Secondo quest'ultimo orientamento, il problema della compatibilità tra il carattere libero e volontario della previdenza complementare e la realizzazione dell'obiettivo costituzionale dell'adeguatezza potrebbe essere agevolmente risolto richiamando i principi contenuti agli articoli 38, comma 2, 117, comma 2, e 120, comma 2, Cost., dai quali emerge come la prestazione adeguata sia composta da due distinti livelli, uno essenziale e uno non essenziale. Mentre il primo può essere soddisfatto solo mediante regimi previdenziali obbligatori assolutamente necessari e indisponibili, il secondo, pur essendo rilevante per il raggiungimento della soglia dell'adeguatezza, non necessita invece di una tutela assolutamente necessaria e indisponibile, con la conseguenza che esso può essere soddisfatto anche ricorrendo a regimi previdenziali facoltativi ed eventuali, come quello della previdenza complementa-

<sup>62</sup> O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, cit., p. 573, secondo la quale l'obbligatorietà della previdenza complementare non garantirebbe di per sé la realizzazione della garanzia di adeguatezza di cui all'art. 38, comma 2, Cost.

<sup>63</sup> G. CASTELLANI, *Il rilancio della previdenza complementare: luci e ombre di una rivoluzione incompiuta*, cit., p. 587. Nello stesso senso anche E. ALES, *Il sistema pensionistico a 25 anni dalla riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, pp. 610-611, il quale pur condividendo la critica mossa alla tesi della funzionalizzazione osserva come questa considerazione finisca tuttavia per scontrarsi con l'impossibilità di caricare, obbligatoriamente e ulteriormente, il costo del lavoro dell'onere contributivo e fiscale della previdenza complementare; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 671.

<sup>64</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., p. 810, secondo il quale non si può escludere il vincolo del quinto comma dell'art. 38 Cost. imponendo per legge l'obbligatorietà *tout court*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

re. Così ragionando, la previdenza complementare non risulterebbe incompatibile con la realizzazione della garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, proprio perché essa «non ha (né potrebbe avere) ad oggetto la soddisfazione dei livelli essenziali o primari del diritto alla tutela previdenziale»<sup>66</sup>.

Vi è stato poi chi ha posto l'accento sull'assenza di un'implicazione necessaria tra l'art. 38, comma 2, Cost. e il carattere obbligatorio della previdenza complementare, ritenendo che «la domanda giusta da porre onde inquadrare correttamente e costruttivamente il problema della rilevanza costituzionale della previdenza complementare non sia tanto come conciliare la necessità costituzionale della previdenza sociale con la sua facoltatività, quanto come rendere *effettivo* un pilastro di previdenza sociale-privata»<sup>67</sup>.

È infatti nell'ambito applicativo che la previdenza complementare sconta maggiori difficoltà di sviluppo e la principale ragione risiede nella debolezza degli incentivi fiscali, cui si aggiunge l'esiguità delle risorse a disposizione dei potenziali aderenti<sup>68</sup> e la conseguente scarsità e disomogeneità dei tassi di partecipazione<sup>69</sup>. Sotto quest'ultimo profilo

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 813.

<sup>67</sup> A. TURSÌ, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, cit., p. 541, il quale si richiama al pensiero di T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 3 ss. Contra R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, cit., p. 2736, secondo il quale il vizio alla base dell'impostazione del problema del fondamento costituzionale della previdenza complementare risiede «nella pulsione emotiva che porta a chiedersi, dal punto di vista pratico, quali siano le vie per accrescere le adesioni al sistema della previdenza complementare, accantonando ogni considerazione di ordine teorico».

<sup>68</sup> Per poter accedere e beneficiare della previdenza privata è infatti necessario disporre delle risorse finanziarie necessarie e il finanziamento della previdenza complementare grava sui datori di lavoro e lavoratori, peraltro già soggetti al cuneo fiscale-previdenziale (V. FILÌ, *Gli strumenti di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 700).

<sup>69</sup> Cfr. L. FERLUGA, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale "multi-pilastro"*, in *Dir. merc. lav.*, 2020, p. 651; G. CASTELLANI, *Il rilancio della previdenza complementare: luci e ombre di una rivoluzione incompiuta*, cit., p. 568; R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, cit., p. 2735 ss., secondo il quale l'insufficiente sviluppo della previdenza complementare deriva dal suo carattere ibrido, per cui alle logiche di tutela sociale si affiancano gli strumenti finanziari.

è stato osservato<sup>70</sup> come il quadro in materia di adesione alle forme di previdenza complementare non solo rispecchi, ma anche inasprisca le note problematiche che interessano il mercato del lavoro, quali la bassa occupazione giovanile, la discontinuità lavorativa<sup>71</sup>, nonché il *gap* salariale da un punto di vista sia di genere sia geografico. Dalla Relazione della Commissione di vigilanza sui fondi pensione (COVIP) per l'anno 2021<sup>72</sup> emerge infatti che il tasso di partecipazione ai fondi di previdenza complementare risulta notevolmente inferiore tra i giovani lavoratori rispetto a quelli di età più avanzata<sup>73</sup>. Anche i dati analizzati secondo una prospettiva di genere non possono dirsi positivi, essendo infatti l'istituto maggiormente diffuso tra i lavoratori rispetto alle lavoratrici<sup>74</sup>. Significative differenze emergono infine anche con riferimento alle aree geografiche, registrandosi tassi di adesione inferiori nelle zone economiche più depresse<sup>75</sup>.

L'insieme di tutti questi fattori ha certamente contribuito ad ostacolare la previdenza complementare nell'effettivo assolvimento della funzione costituzionale che le è stata assegnata<sup>76</sup>. Conseguentemente, ci si è chiesti se il problema della scarsa adesione ai fondi di previdenza privata non possa essere risolto diversamente, soffermandosi non

<sup>70</sup> G. CASTELLANI, *Il rilancio della previdenza complementare: luci e ombre di una rivoluzione incompiuta*, cit., p. 570.

<sup>71</sup> Sul punto si veda V. FILÌ, *Gli strumenti di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue*, cit., p. 685.

<sup>72</sup> COVIP, *Relazione per l'anno 2021, 2022*. La relazione è consultabile sul sito [www.covip.it/la-covip-e-la-sua-attivita/pubblicazioni-statistiche/relazioni-annuali](http://www.covip.it/la-covip-e-la-sua-attivita/pubblicazioni-statistiche/relazioni-annuali).

<sup>73</sup> Solo 17,8 % degli iscritti ha infatti meno di 35 anni, mentre il 50,3 % appartiene alla fascia di età compresa tra i 35 e i 54 anni e il 31,9 % a quella oltre i 55 anni. Dal 2017 al 2021 si è registrata una crescita della classe più giovane pari a soli 0,4 punti percentuali, mentre si è assistito ad un progressivo spostamento pari a circa 6 punti percentuali dalle classi corrispondenti alle età centrali a favore di quelle più anziane.

<sup>74</sup> Su 8,8 milioni di iscritti alla previdenza complementare alla fine del 2021, gli uomini sono il 61,8 % mentre le donne solo il 38,2 %. Negli ultimi cinque anni l'incidenza della componente femminile ha registrato sì una crescita, ma molto lieve, pari a 0,5 punti percentuali.

<sup>75</sup> Il 57,2 % degli iscritti è infatti localizzato nelle regioni settentrionali, mentre nelle regioni centrali risiede il 19,7 % e in quelle meridionali e insulari il 22,9 %.

<sup>76</sup> G. CASTELLANI, *Il rilancio della previdenza complementare: luci e ombre di una rivoluzione incompiuta*, cit., p. 568.

tanto sul binomio volontarietà-obbligatorietà, bensì sull'elemento della leva fiscale<sup>77</sup>. La previdenza complementare dovrebbe in altri termini essere agevolata al massimo, diventando una scelta naturale per i lavoratori<sup>78</sup>, soprattutto per quelli che, in quanto economicamente più deboli, necessiterebbero più di altri di integrare i trattamenti garantiti dal sistema di previdenza sociale. La previdenza complementare dovrebbe quindi recuperare il proprio ruolo di «vero strumento per la liberazione dal bisogno», uno strumento che deve essere alla base «di un nuovo modello di protezione sociale e di nuove categorie per venire incontro alle necessità della società di oggi guardando al futuro»<sup>79</sup>.

### 3. Modalità di finanziamento

Un altro elemento sul quale ragionare riguarda, inevitabilmente, la forma di finanziamento delle forme previdenziali. È su questi aspetti, del resto, che si è delineata negli anni una parte importante della riflessione dottrinale, incentrata sulla natura e la funzione della contribuzione<sup>80</sup> nonché l'intervento della giurisprudenza costituzionale<sup>81</sup>. Ed è sulle modalità di finanziamento che si è sviluppata nel tempo la principale distinzione pratica tra le “forme sindacali” e le “forme commer-

<sup>77</sup> *Ivi*, p. 578, secondo il quale una soluzione potrebbe essere quella di un riavvicinamento, seppur con degli opportuni correttivi, del trattamento fiscale della previdenza complementare a quella ordinaria.

<sup>78</sup> V. FILÌ, *Gli strumenti di salvataggio del diritto a pensione per le carriere discontinue*, cit., p. 700.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Cfr. sul punto A. TURSI, *La natura giuridica e la disciplina legale dell'obbligazione contributiva del datore di lavoro nelle forme pensionistiche complementari*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2002, p. 489 ss.; C. ERRIGO, *Sulla natura previdenziale o retributiva dei versamenti datoriali ai fondi di previdenza complementare*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, p. 60 ss.

<sup>81</sup> V. la sentenza Corte Cost. n. 393/2000, nell'ambito della quale, alla luce della connessione funzionale tra previdenza pubblica e privata, è stata attribuita natura di contribuzione previdenziale alle somme destinate dal datore di lavoro al fondo pensione complementare a cui è iscritto il dipendente.

ciali”<sup>82</sup>, nonostante il graduale processo di «equiparazione funzionale tra le diverse fonti»<sup>83</sup> istitutive messo in atto dal legislatore italiano con le diverse riforme che si sono susseguite a partire dall’inizio degli anni ‘90, dato che nell’ambito delle prime, nella prassi, a fronte di un contributo del lavoratore viene affiancato un contributo da parte del datore di lavoro, fissato dal contratto collettivo applicato. In questa sede, in particolare, si intende portare avanti alcune riflessioni su come gli attuali meccanismi di finanziamento, per come sono disciplinati dalle norme e per come si sviluppano poi nelle prassi, si rapportano con le due teorie appena presentate. In altri termini, ci si pone il quesito di quali implicazioni comporti l’adesione all’una o all’altra tesi in relazione ad alcuni aspetti specifici della disciplina attuale e quali problematiche potrebbero di conseguenza sollevarsi.

La distinzione tra “forme sindacali” e “forme commerciali” allo stato attuale appare in primo luogo come una distinzione nei termini della “libertà” di finanziamento degli stessi fondi. Da una parte, infatti, nelle forme “sindacali” sono le clausole dei contratti collettivi (in prevalenza nazionali<sup>84</sup>), nonché gli statuti dei fondi, negoziati dalle stesse parti istitutive nell’ambito dei vari rinnovi contrattuali<sup>85</sup>, a “indirizzare” le modalità di contribuzione. Si tratta di dinamiche che pos-

<sup>82</sup> Questa è la distinzione che opera, *ex multis*, Mattia Persiani (cfr. da ultimo M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Cacucci, Bari, 2022).

<sup>83</sup> S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, cit., p. 355.

<sup>84</sup> Cfr. sul punto l’ultima relazione della Covip, l’autorità di vigilanza dei fondi pensione (COVIP, *Relazione per l’anno 2021*, cit., p. 137), in cui viene evidenziato che, tra i 33 fondi pensione negoziali operanti in Italia nel 2021, 8 erano fondi aziendali e di gruppo, istituiti nell’ambito di accordi di secondo livello, 3 erano fondi territoriali, promossi nell’ambito di intese territoriali intercategoriale e ben 22 erano fondi di categoria, promossi da associazioni e federazioni di settore nell’ambito dei contratti collettivi nazionali.

<sup>85</sup> Per una panoramica sulle ultime tendenze della contrattazione collettiva sulla materia, oltre ai diversi rapporti a cura di Adapt sulla contrattazione collettiva in Italia (da ultimo v. ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2021). VIII Rapporto Adapt*. Adapt University Press, 2022), cfr. le analisi di D. COMANDÉ, *Il nuovo welfare contrattuale nei negoziati collettivi nazionali: stato dell’arte e criticità*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, p. 821 ss.; M. DE FALCO, *Sviluppi e tendenze del welfare aziendale nella contrattazione nazionale del 2022*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, p. 191 ss.

sono rendere maggiormente appetibili per un lavoratore le forme sindacali rispetto a quelle commerciali, vista la compartecipazione delle aziende, ma che allo stesso tempo aprono all'approfondimento di questioni di carattere pratico e sistematico. Sotto il primo aspetto, ci si interroga in particolare sull'effettiva competenza delle parti che sottoscrivono i contratti collettivi, in primis il sindacato, a negoziare condizioni che garantiscano uno sviluppo equilibrato dei fondi, per i quali la possibilità di adesione è vincolata all'applicazione da parte del datore di lavoro di uno specifico contratto collettivo. Questo ruolo del sindacato quale «soggetto privilegiato nello svolgimento di attività di gestione del risparmio»<sup>86</sup> non è invece presente nelle forme commerciali, che comportano quindi una maggiore “libertà” per gli aderenti, chiamati a scegliere nell'ambito del mercato dei fondi pensione la soluzione più confacente ai propri interessi, per quanto con una forza contrattuale minore, derivante dalla mancata negoziazione collettiva di condizioni più favorevoli. Nell'ambito delle ultime riforme della materia, in ogni caso, si nota come il legislatore abbia provveduto ad ampliare sempre di più la concorrenza fra fondi sindacali e commerciali, intervenendo su alcuni istituti, a partire dalla disciplina della cd. “portabilità”, ossia la facoltà per i lavoratori di trasferire la propria posizione individuale da una forma pensionistica ad un'altra. Nello specifico, profili di particolare interesse nascono dalla previsione per cui il lavoratore che trasferisca la propria posizione da un fondo “sindacale” a un fondo “commerciale”, ha diritto non solo al versamento alla forma pensionistica da lui prescelta del TFR maturando, ma anche dell'eventuale contributo a carico del datore di lavoro<sup>87</sup>.

Sul piano sistematico, invece, occorre approfondire come questi aspetti si leghino alle due teorie sull'adeguatezza presentate nella parte introduttiva. In particolare, ci si chiede quale sia il rapporto delle regole attualmente vigenti con una teoria secondo cui «la previdenza complementare può concorrere anch'essa, insieme alla previdenza pubbli-

<sup>86</sup> V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del TFR*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 2007, p. 703.

<sup>87</sup> Cfr. art. 14, comma 6, d.lgs. n. 252 del 2005.

ca di base, al perseguimento dell'obiettivo dell'adeguatezza»<sup>88</sup>. L'assetto normativo attuale, che prevede, con riferimento alle forme sindacali, una «responsabilità delle parti sociali nell'individuare le fonti di finanziamento della previdenza complementare relativamente ai lavoratori dipendenti che aderiscono ai fondi»<sup>89</sup> mal si concilierebbe, in questi termini, con l'esigenza di garantire standard minimi di adeguatezza (seppur limitatamente alla determinazione di livelli di tutela adeguati ma non essenziali) attraverso le prestazioni degli stessi fondi. Considerando che, come è stato sottolineato in dottrina, il buon esito delle forme pensionistiche complementari è «indissolubilmente legato alla concreta attuazione delle disposizioni in materia di finanziamento e di captazione delle risorse economiche, necessarie e indispensabili per la sua realizzazione»<sup>90</sup>, l'attuale autonomia statutaria concessa alle parti in fase istitutiva e costitutiva dei fondi potrebbe quindi essere messa in discussione, a fronte della necessità di un intervento maggiormente vincolante da parte del legislatore. Quesiti della stessa portata si pongono a fronte delle forme individuali, con riferimento alle quali viene ribadito anche dalla legge il principio della libera determinazione degli importi destinati al finanziamento delle forme complementari<sup>91</sup>.

Meno problematica appare la questione della compatibilità dell'attuale regime con la teoria secondo cui la previdenza complementare rivestirebbe uno spazio che va "oltre" l'adeguatezza. In questo caso, infatti, l'assetto promosso con la riforma del 2005, in cui convivono (e concorrono) soluzioni "collettive" e soluzioni «maggiormente caratterizzate dal risparmio individuale»<sup>92</sup>, appare pienamente compatibile

<sup>88</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., p. 809.

<sup>89</sup> M. SQUEGLIA, "La previdenza contrattuale". *Un modello di nuova generazione per i bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, cit., p. 14.

<sup>90</sup> C. ROMEO, *Prospettive della previdenza complementare tra riforme del diritto del lavoro e dinamiche di finanziamento*, in *Lav. giur.*, 2006, p. 1161.

<sup>91</sup> V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del TFR* cit., p. 701.

<sup>92</sup> G. CIOCCA, *Previdenza e libertà nella riforma del 2004 e del 2005*, in AA. VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 330.



con una lettura costituzionale che non impone un profilo di adeguatezza alla previdenza complementare.

Qualche considerazione aggiuntiva va poi compiuta con riferimento ad ulteriori voci di finanziamento che possono alimentare i fondi pensionistici. Secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 1, del D. Lgs. n. 252 del 2005, il finanziamento delle forme pensionistiche complementari può essere infatti effettuato anche attraverso il «conferimento del TFR maturando». A partire da questo primo punto fermo, deriva un'articolata disciplina di dettaglio (art. 8, comma 7), secondo cui il trattamento di fine rapporto può essere destinato dal lavoratore, con modalità esplicite o tacite, alle forme pensionistiche complementari prescelte dallo stesso<sup>93</sup>. Si tratta di una disposizione che fa del TFR «una delle forme più significative di finanziamento alla previdenza privata»<sup>94</sup> e che presenta, nel concreto, nuovi fronti di riflessione. In particolare, è sulla modalità del conferimento tacito che si concentrano i profili di maggior interesse, visto che il conferimento (e quindi l'adesione al fondo) viene previsto, entro determinate condizioni, a fronte di una «mancata “espressione” di volontà»<sup>95</sup>. Se è pur vero che, per il lavoratore è sempre concessa la possibilità di operare scelte alternative (dalla rinuncia all'adesione e conferimento del TFR a una forma complementare diversa)<sup>96</sup>, questa regola pone comunque al centro innanzitutto la questione degli obblighi di informazione che gravano sul datore di lavoro per favorire una scelta realmente consapevole da parte dei lavoratori<sup>97</sup>. Inoltre, anche in questo caso occorre interro-

<sup>93</sup> Sui profili applicativi di tale disposizione e sulle sue implicazioni cfr. in particolare A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare. A mò di (parziale) commento del d.lgs. n. 252/2005*, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2006, p. 184 ss.; G. DE SIMONE, *Riforma del Tfr e previdenza complementare, tra neopaternalismo pubblico e autonomia privata*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 605 ss.

<sup>94</sup> C. ROMEO, *Prospettive della previdenza complementare tra riforme del diritto del lavoro e dinamiche di finanziamento* cit., p. 1162.

<sup>95</sup> A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare. A mò di (parziale) commento del d.lgs. n. 252/2005* cit., p. 186.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> Sul punto, v. le riflessioni di V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del TFR* cit., 713 ss. con riferimento ai requisiti formali richiesti dalla legge e i possibili profili problematici.

garsi sulla compatibilità di tale previsione con le due teorie prospettate. Una regola di tale portata, infatti, per la quale, in ogni caso, «non dovrebbero sussistere motivi per dubitare della legittimità della soluzione»<sup>98</sup>, appare maggiormente in linea con una “lettura” che interpreta la previdenza complementare come uno strumento che concorre all’adeguatezza dei mezzi del lavoratore<sup>99</sup>, piuttosto che come uno strumento che opera “oltre” l’adeguatezza. Da quest’ultima prospettiva, infatti, paiono maggiormente evidenti i profili di “interferenza” di tale disposizione sulla libertà del lavoratore.

Meno problematica, infine, pare la questione della “contribuzione volontaria”, ossia della possibilità per il lavoratore di erogare contributi anche oltre il raggiungimento dell’età pensionabile prevista nel regime obbligatorio di appartenenza<sup>100</sup>. In questo caso, a seconda dell’adesione all’una o all’altra teoria, tale fattispecie appare espressione della libertà del lavoratore di giungere a una tutela “più adeguata” o “più che adeguata”.

#### 4. Il tema della fiscalità

Un ulteriore tema sul quale può essere utile portare avanti alcune riflessioni, in merito al rapporto tra le discipline normative attualmente vigenti e le due teorie presentate, riguarda le regole sul piano fiscale relative alla tassazione dei contributi e delle rendite delle forme pensionistiche complementari.

Per quanto riguarda il primo punto, nell’ottica di incentivare la partecipazione a forme previdenziali complementari, il legislatore ha predisposto un complesso sistema di norme volte a favorire, mediante un sistema di agevolazioni fiscali, il versamento di contribuzione nei

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 712.

<sup>99</sup> Cfr. M. SQUEGLIA, A. TURSÌ, *Il finanziamento delle forme pensionistiche complementari*, in A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSÌ (a cura di), *Manuale della previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 171 in cui gli Aa. evidenziano come «la novità introdotta dal d.lgs. n. 252 del 2005 attiene all’introduzione della modalità di conferimento tacito e si giustifica nella logica dell’adeguatezza della prestazione previdenziale di cui all’art. 38, comma 2, Cost.».

<sup>100</sup> Cfr. art. 8, comma 11, d.lgs. n. 252 del 2005.

fondi. Così, durante la fase di accumulo è possibile al prestatore dedurre dal reddito complessivo annuo i contributi versati al fondo pensione fino al limite di 5.164,57 euro, indipendentemente dal numero di fondi a cui il contribuente è iscritto (art. 8, comma 4, d.lgs. 252 del 2005). Tale importo comprende l'eventuale contributo del suo datore di lavoro, mentre è esclusa dalla deduzione la quota del TFR. Sono deducibili anche i contributi versati per i familiari a carico, fermo restando l'importo complessivo di 5.164,57 euro; la deduzione spetta per l'ammontare non dedotto dalle persone a carico (art. 8, comma 5, d.lgs. 252 del 2005). Per i lavoratori subordinati, il calcolo della deducibilità fiscale viene effettuato direttamente in busta paga dal datore di lavoro, in qualità di sostituto d'imposta. Solo eventuali contribuzioni aggiuntive vanno dichiarate e documentate in sede di dichiarazione dei redditi. Nel caso in cui si versino contributi in misura superiore al limite di deducibilità previsto (5.164,57 euro annui), si è tenuti a comunicare alla forma pensionistica complementare l'entità dei contributi versati e non dedotti entro il 31 dicembre dell'anno successivo al versamento stesso, ovvero, se antecedente, alla data in cui sorge il diritto alla prestazione, al fine di non assoggettarli a tassazione al momento dell'erogazione delle prestazioni. Ai lavoratori di prima occupazione successiva alla data di entrata in vigore del d. lgs. 252 del 2005 e, limitatamente ai primi cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari, è poi consentito, nei venti anni successivi al quinto anno di partecipazione a tali forme, dedurre dal reddito complessivo contributi eccedenti il limite di 5.164,57 euro pari alla differenza positiva tra l'importo di 25.822,85 euro e i contributi effettivamente versati nei primi cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche e comunque per un importo non superiore a 2.582,29 euro annui (art. 8, comma 6, d.lgs. 252 del 2005).

Per quanto riguarda invece il secondo aspetto (tassazione delle rendite) i fondi pensione sono soggetti all'imposta del 20%, che si applica sul risultato netto maturato in ciascun periodo d'imposta (art. 17 d.lgs. 252 del 2005<sup>101</sup>), più favorevole rispetto al 26% che si applica

<sup>101</sup> Articolo così modificato dall'art. 1, comma 621, l. n. 190 del 2014. La modifica si applica dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014. Inoltre, l'art. 1, comma 622, l. n. 190 del 2014 disponeva che: «I redditi cui si applica

alla maggior parte delle forme di risparmio finanziario. Vi è da notare, però, che la quota del rendimento che deriva dal possesso di titoli di Stato e titoli similari, è soggetta alla minore aliquota del 12,5%. Qualora si opti per rendimenti da cui derivi una prestazione pensionistica liquidata in forma di capitale o di rendita, quanto deriva dai contributi versati a decorrere dal 1° gennaio 2007<sup>102</sup> è assoggettato ad una ritenuta a titolo d'imposta del 15%. Tale percentuale si riduce in funzione dell'anzianità di partecipazione al sistema della previdenza complementare. Se questa è superiore a quindici anni, l'aliquota diminuisce dello 0,30% per ogni anno di successiva partecipazione, fino al limite massimo di riduzione pari a 6 punti percentuali. Con 35 anni di partecipazione l'aliquota scende quindi al 9%. Il medesimo meccanismo

l'articolo 3, comma 2, lettere a) e b), d.l. 24 aprile 2014, n. 66 convertito, con modificazioni, dalla l. 23 giugno 2014 n. 89, concorrono alla formazione della base imponibile dell'imposta prevista dall'articolo 17, comma 1, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 e successive modificazioni, in base al rapporto tra l'aliquota prevista dalle disposizioni vigenti e l'aliquota stabilita dal medesimo articolo 17, comma 1, come modificato dal comma 621 del presente articolo». Da ultimo, l'art. 1, comma 624, l. n. 190 del 2014 disponeva altresì che «Le disposizioni di cui ai commi 621 e 622 si applicano dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014. In deroga all'articolo 3 l. 27 luglio 2000, n. 212, l'imposta complessivamente dovuta per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2014 è determinata con l'aliquota stabilita dalla disposizione di cui al comma 621 del presente articolo e la base imponibile, determinata secondo i criteri del comma 622, è ridotta del 48 per cento della differenza tra le erogazioni effettuate nel corso del 2014 per il pagamento dei riscatti e il valore delle rispettive posizioni individuali maturate al 31 dicembre 2013 maggiorate dei contributi versati nel corso del 2014».

<sup>102</sup> Il regime tributario delle forme pensionistiche complementari è disciplinato dall'art. 17 d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252. Il Decreto, entrato in vigore il 1° gennaio 2007, non ha apportato modifiche sostanziali - almeno con riferimento ai profili tributari - alla previgente disciplina contenuta nel d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124. Pertanto, gran parte della prassi formatasi in vigenza del d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 risulta tuttora applicabile. A tal fine, si ricorda che la prassi è rappresentata, *ex plurimis*, da: circ. 18 dicembre 2007, n. 70/E; circ. del 20 marzo 2001, n. 29/E; circ. 6 agosto 2001, n. 78/E; ris. 19 giugno 2002, n. 199/E; ris. 19 giugno 2002, n. 198/E; ris. 19 giugno 2002, n. 197/E; ris. 24 settembre 2003, n. 185/E. Per una più compiuta disamina della disciplina fiscale alla data dell'entrata in vigore del Decreto si rinvia a R. BIANCO, *Regime fiscale delle forme di previdenza complementare: alcune riflessioni sui cosiddetti "vecchi fondi" pensione*, in *Fisco*, 2009, 36, p. 5950 e a E. MIGNARRI, *Previdenza complementare: deducibilità dei contributi e tassazione dei rendimenti*, in *Fisco*, 2008, p. 123.

decescente di tassazione è applicato anche in caso di riscatto<sup>103</sup>. Tuttavia, se il riscatto è dovuto alla perdita del requisito di partecipazione al fondo per cause diverse da quelle previste dall'art. 14, commi 2 e 3, del d.lgs. 252 del 2005 la tassazione è del 23%. Le citate disposizioni, infatti, prevedono, quali cause legali di riscatto, l'inoccupazione non inferiore ai 12 mesi, la mobilità, la cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria, l'invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità lavorativa a meno di un terzo e la morte dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica.

La medesima aliquota del 23% vale per il caso di anticipazioni, con la significativa eccezione che se la richiesta di anticipazione riguarda spese sanitarie per terapie e interventi straordinari, quanto deriva dai contributi versati a decorrere dal 1° gennaio 2007 è assoggettato nuovamente alla tassazione decrescente del 15%; che si riduce in funzione dell'anzianità di partecipazione al sistema dello 0,30% annuo sino al 9% previsto per 35 anni di partecipazione.

Anche i contributi versati dal datore di lavoro (sia volontariamente che in adempimento di contratti o accordi collettivi anche aziendali) a forme pensionistiche complementari di cui siano destinatari i lavoratori subordinati sono integralmente deducibili dal reddito di impresa e alle stesse somme, stante la natura previdenziale e non retributiva delle contribuzioni<sup>104</sup> è applicato il contributo di solidarietà previsto nella misura del 10 per cento dall'articolo 9-bis d.l. 29 marzo 1991, n. 103 convertito, con modificazioni, dalla l. 1° giugno 1991, n. 166.

<sup>103</sup> Su questo si veda il recente intervento di Corte cost. 3 ottobre 2019, n. 218, in *Dir. e prat. trib.*, 2020, p. 578, nota di G. D'ANGELO, *Impiego pubblico e privato pari sono (in relazione al regime fiscale della previdenza complementare)*, secondo cui l'art. 23, comma 6, d.lgs. n. 252 del 2005 sarebbe illegittimo costituzionalmente, nella parte in cui prevede che il riscatto della posizione individuale sia assoggettato a imposta ai sensi dell'art. 52, comma 1, lettera d-ter), T.U.I.R., anziché ai sensi dell'art. 14, commi 4, 5, dello stesso d.lgs. n. 252 del 2005, per violazione dell'art. 3 Cost., poiché comporta un regime tributario per i dipendenti pubblici rispetto a quelli privati, in relazione al riscatto di posizioni previdenziali complementari.

<sup>104</sup> Di recente, Cass., Sez. Un., 9 giugno 2021, 16084, in *Arg. dir. lav.*, 2022, p.103 ss., con nota di L. TORSSELLO, *Osservazioni sul contributo destinato al finanziamento della previdenza complementare nelle procedure concorsuali*.

Una regola speciale è tuttavia prevista per le operazioni di trasferimento delle posizioni pensionistiche, le quali sono esenti da ogni onere fiscale, a condizione che avvengano a favore di forme pensionistiche disciplinate dal d.lgs. 252 del 2005. Sono altresì esenti da ogni onere fiscale i trasferimenti delle risorse o delle riserve matematiche da un fondo pensione o da una forma pensionistica individuale ad altro fondo pensione o ad altra forma pensionistica individuale (art. 14, comma 7, d.lgs. 252 del 2005).

Il tema della libertà di trasferimento, esente da ogni onere, è stato recentemente oggetto di uno dei molti interventi delle Sezioni Unite sul tema, volto ad affermare il principio secondo cui, in tema di previdenza complementare, il diritto alla portabilità della posizione previdenziale individuale, comportante il trasferimento dei contributi maturati da un dipendente, cessato prima di aver conseguito il diritto alla pensione complementare, verso un fondo cui il medesimo acceda in relazione ad una nuova attività, si applica a tutti i fondi complementari, anche se preesistenti all'entrata in vigore della l. 23 ottobre 1992, n. 421 (che originariamente ha disciplinato la materia), indipendentemente dalle loro caratteristiche strutturali, ivi compresi quelli funzionanti secondo il sistema cd. a ripartizione o a capitalizzazione collettiva e a prestazione definita. Questo perchè risulta comunque ravvisabile una posizione individuale di valore determinabile, la cui consistenza va parametrata ai contributi versati al fondo, compresi quelli datoriali, ed ai rendimenti provenienti dal loro impiego produttivo<sup>105</sup>.

<sup>105</sup> Così Cass., Sez. Un., 14 aprile 2022, n. 12209, in *Foro it.*, 2022, p. 2759, con nota di V. FERRARI, *Impronta solidaristica della previdenza complementare, interesse mutualistico e consistenza della posizione individuale nei fondi pensione a ripartizione*, e in *Lav. giur.*, 2022, p. 926, con nota di G. ZAMPINI, *Previdenza complementare e diritto inderogabile alla portabilità del montante contributivo individuale*, che sottolinea come «la sempre più accentuata mobilità, nazionale e transfrontaliera, del lavoro, che richiede una copertura previdenziale costituzionalmente adeguata ai sensi dell'art 38, comma 2, Cost., tesa al totale riconoscimento dei versamenti diacronici e/o sincronici effettuati a forme pensionistiche diverse, pubbliche o private che siano». L'ordinanza di remissione Cass. (ord). 27 settembre 2021, n. 26169 è stata commentata criticamente da M. PERSIANI, *Previdenza complementare: ancora sul contenuto della posizione previdenziale individuale*, in *Giur. It.*, 2022, p. 138, che giunge a un esito opposto a quello delle Sezioni Unite. Il tema dei fondi preesistenti e della portabilità era stato precedentemente già affrontato da un antesignano intervento di A. PESSI, *La riconosciuta diver-*

L'impianto interpretativo delle sezioni unite si è snodato lungo la scia delle pronunce che, rimarcando la scelta del legislatore, nella legge delega n. 421 del 1992 e nei successivi interventi, di «*istituire un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare*»<sup>106</sup>, hanno ricondotto all'alveo dell'art. 38, comma 2, Cost. la funzione della previdenza complementare, in ragione del suo concorso alla realizzazione dell'obiettivo dell'adeguatezza dei mezzi al soddisfacimento delle esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione volontaria<sup>107</sup>.

Queste considerazioni riportano il discorso sul tema di come la fiscalità si rapporti con le due teorie presentate in premessa e su quali implicazioni comporti la contemplazione di questa specifica porzione di disciplina rispetto alla possibilità di aderire all'una o all'altra tesi.

Le considerazioni da ultimo spiegate dalle Sezioni Unite, e più generalmente il favor del legislatore – che denota un contenuto pubblicitico e di rilievo costituzionale degli interessi coinvolti – sembrerebbe infatti accreditare maggiormente la tesi secondo cui «la previdenza complementare può concorrere anch'essa, insieme alla previdenza pubblica di base, al perseguimento dell'obiettivo dell'adeguatezza»<sup>108</sup>. L'assetto normativo attuale, che prevede la deducibilità di un importo rilevante per la devoluzione a fondi di previdenza complementare e il regime fiscale agevolato con aliquota al 20% riservata ai fondi pensione di questo genere induce a ritenere fondata la considerazione già spiegata dalla Corte costituzionale laddove ha affermato che «la "fun-

*sità strutturale e funzionale dei fondi "preesistenti" a ripartizione e la "portabilità" della posizione contributiva individuale nella previdenza complementare*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1853.

<sup>106</sup> Così Cass. Sez. Un., 14 aprile 2022, n. 12209, cit., 2798;

<sup>107</sup> Per gli interventi delle sezioni unite, si richiama la già citata Cass., Sez. Un., 14 aprile 2022, n. 12209, cit., 2798, e la ivi richiamata Cass. 9 giugno 2021, n. 16084, in *Giur. it.*, 2021, p. 2686, con nota di P. POZZAGLIA, *Previdenza complementare: le sezioni unite tornano sulla natura dei versamenti ai fondi complementare*, che per prime affermavano la natura previdenziale e non retributiva delle prestazioni erogate in favore del fondo di previdenza. Per la giurisprudenza costituzionale si veda Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393.

<sup>108</sup> M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare* cit., p. 809.

*zione di concorso della previdenza privata alla realizzazione del principio di adeguatezza della prestazione ed il principio solidaristico che ad essa inerisce", hanno mutato il "modello organizzativo della sicurezza sociale", laddove il potenziamento e l'incentivazione della previdenza complementare, "anche con vantaggi fiscali e contributivi, vengono visti come misure necessarie per far fronte alla crisi del welfare state"»<sup>109</sup>.*

La suddetta crisi, tuttavia, non potrebbe certamente sgravare la previdenza obbligatoria della responsabilità di garantire standard minimi di adeguatezza (per lo meno per quanto concerne livelli di tutela essenziali), senza i quali l'estremo sforzo contributivo richiesto alla Nazione non troverebbe alcuna spiegazione plausibile.

Cionondimeno, non si potrebbe spiegare meglio il medesimo panorama normativo nel contesto della teoria secondo cui la previdenza complementare rivestirebbe uno spazio che va "oltre" l'adeguatezza. Se infatti si optasse per una lettura costituzionale che non impone un profilo di adeguatezza alla previdenza complementare non si spiegherebbero le ragioni pubblicistiche alla base della scelta del legislatore di impegnare risorse pubbliche per favorire una forma di previdenza "meno che adeguata" e che nemmeno concorra al raggiungimento di tale obiettivo programmatico enumerato dalla Carta.

A tal proposito, la dottrina tributaria ha commentato, rispetto alla già citata pronuncia costituzionale che «sarebbe stato opportuno verificare se nel caso in oggetto si trattava di promuovere, attraverso un regime fiscale di favore, un risparmio con effettiva funzione previdenziale, verificando in concreto se la agevolazione fiscale fosse promozionale di quell'interesse ad una adeguata copertura previdenziale che ex art. 38, 2° comma, Cost. può giustificare la deviazione dal principio di uniformità della tassazione»<sup>110</sup>.

Ebbene, a tale interrogativo sembra che la Corte abbia dato risposta positiva e, con essa, anche un indizio circa il ruolo della previdenza

<sup>109</sup> Così Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.

<sup>110</sup> G. D'ANGELO, *Impiego pubblico e privato pari sono (in relazione al regime fiscale della previdenza complementare)*, cit., 578 ss.



complementare nel sistema, nonostante altre porzioni della disciplina lascino pensare il contrario<sup>111</sup>.

### 5. La gestione dei fondi negoziali

Le due tesi presentate in precedenza sull'apporto offerto dalla previdenza complementare alla garanzia di mezzi adeguati alle esigenze di vita<sup>112</sup>, oltre che sui profili relativi alla volontarietà dell'adesione, alle modalità di finanziamento e al regime fiscale, presentano ciascuna delle peculiarità idonee ad incidere significativamente altresì su un altro importante aspetto della previdenza integrativa, quello della gestione dei fondi negoziali, ovvero delle forme pensionistiche complementari collettive di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), b) ed e), d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252.

Infatti, dall'adozione di una tesi piuttosto che dell'altra derivano implicazioni ragguardevoli sia per quanto attiene ai controlli e ai vincoli sulle modalità di gestione dei fondi che possono essere previsti dalle disposizioni di legge<sup>113</sup>, sia per quanto riguarda l'eventualità – o,

<sup>111</sup> L'ambiguità del sistema è sostenuta da autorevoli studiosi, tra cui T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *La previdenza complementare*, M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), Utet, Torino, 2004, p. 3 ss. per il quale «la soluzione attuale adottata dal nostro ordinamento è ibrida o addirittura ambigua dal punto di vista sistematico: nel senso che la previdenza complementare risulta non legata all'adeguatezza dell'art. 38, comma 2, e quindi non identificabile in toto, con questa funzione pubblica»; analogamente anche M. PERSIANI, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2019, e R. PESSI, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, Bari, 2019.

<sup>112</sup> Sulle sfuggenti nozioni di «mezzi adeguati» ed «esigenze di vita» di cui all'art. 38, comma 2, Cost. v. almeno R. PESSI, *Il principio di adeguatezza nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 803 ss. e M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 289 ss.

<sup>113</sup> Sull'argomento v. già G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 288 ss. e A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, cit., p. 11 ss., nonché, più di recente, G. SIGILLÒ MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti norma-*

piuttosto, la necessità – che siano approntate delle misure di salvaguardia che proteggano gli investitori dal rischio di inflazione, nonché – più in generale – dal rischio di possibili rendimenti negativi. In particolare, da un lato, si rende indispensabile una riflessione sull’attuale quadro normativo e – più precisamente – sui presupposti che giustificano l’*an* e il *quomodo* dell’intervento posto in essere dal legislatore; dall’altro, invece, andranno svolte delle considerazioni *de iure condendo* sulle possibili soluzioni che potrebbero – o, piuttosto, dovrebbero – essere previste e praticate per attenuare gli effetti avversi di un’eventuale “gestione negativa” o, comunque, non remunerativa del fondo pensionistico. Peraltro, appare piuttosto intuitivo come questi due aspetti non siano gli unici profili riguardanti la gestione dei fondi negoziali ad essere in qualche modo “influenzati” dall’adozione di una tesi piuttosto che dell’altra. Cionondimeno, la scelta di approfondire unicamente queste due questioni e, conseguentemente, di circoscrivere il perimetro della presente analisi ai profili sopra menzionati appare del tutto giustificata, trattandosi infatti degli aspetti sui quali si ripercuote maggiormente l’adozione dell’una piuttosto che dell’altra tesi sul collocamento costituzionale della previdenza integrativa.

Di seguito si presenteranno le differenti implicazioni derivanti dalle due tesi in discorso a cominciare da quella in base alla quale la previdenza complementare si colloca oltre l’adeguatezza e sarebbe quindi da ricondurre al quinto comma dell’art. 38 Cost.<sup>114</sup>, proseguendo poi con quella secondo cui la previdenza integrativa – al contrario – concorre alla garanzia di mezzi adeguati alle esigenze di vita e, pertanto, andrebbe ascritta (anche) al secondo comma dell’art. 38 Cost.<sup>115</sup>. Una disamina che consentirà di verificare quanto, effettivamente, «molti dei problemi che affliggono oggi la previdenza complementare sono [...] ancora da ricondurre alle perduranti difficoltà di individuare il suo fondamento costituzionale e, quindi, i suoi rapporti con la previ-

*tive e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo I. La previdenza complementare in Italia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 18 ss.

<sup>114</sup> Cfr. G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, cit., p. 765 ss.

<sup>115</sup> Cfr. M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., p. 791 ss.

denza sociale (ma anche con la libertà sindacale e la tutela del risparmio)»<sup>116</sup>.

5.1. *Le implicazioni della tesi che pone la previdenza complementare oltre l'adeguatezza*

Volendo far propria la tesi secondo la quale alla garanzia di mezzi adeguati alle esigenze di vita concorra unicamente la previdenza obbligatoria, ponendosi quella complementare oltre l'adeguatezza, va dato conto delle ricadute pratiche che ne derivano sia sul piano della cornice normativa relativa alla gestione dei fondi negoziali, sia su quello delle forme di protezione accordate dall'ordinamento nell'ipotesi in cui l'investimento, benché gestito con diligenza<sup>117</sup>, non riesca ad assicurare un rendimento positivo.

In primo luogo, vanno esaminate le implicazioni che derivano dall'adozione di questa tesi in relazione ai vincoli e ai controlli alla gestione dei fondi pensione che possono essere imposti dal legislatore.

Ebbene, se davvero la previdenza complementare non concorre al soddisfacimento del criterio dell'adeguatezza delle prestazioni pensionistiche, allora va riconosciuto come gli artt. 38, comma 5, Cost. e 39, comma 1, Cost. pongano non trascurabili limiti al possibile intervento del legislatore in materia<sup>118</sup>. Da un lato, infatti, la circostanza per cui la

<sup>116</sup> M. GAMBACCIANI, *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, Jovene, Napoli, 2011, p. 2. In proposito, v. già anche G. ZAMPINI, *La previdenza complementare tra contraddizioni intrinseche e dubbi di costituzionalità (appunti ricostruttivi ed esegetici in margine al d.lgs. n. 124/1993)*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 435 ss. Sui complessi rapporti tra previdenza pubblica e previdenza privata v. almeno M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit., p. 201 ss.

<sup>117</sup> Sul punto, nonché sulle connesse responsabilità degli amministratori del fondo, v. almeno M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 210 ss.

<sup>118</sup> Sugli artt. 38, comma 5, e 39, comma 1, Cost. quali disposizioni fondanti la libertà della previdenza complementare e dalle quali derivano limiti ben precisi al possibile intervento del legislatore si vedano: G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 52 ss., nonché p. 111 ss.; G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, cit., p. 300 ss.; A. TURSÌ, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*,

previdenza integrativa si collocherebbe oltre l'adeguatezza non consentendo di giustificare una legislazione che ponga vincoli e controlli penetranti alla gestione di fondi di natura contrattuale diretti a soddisfare interessi squisitamente privati quali sono i fondi negoziali. Dall'altro, le disposizioni costituzionali testé citate impongono al legislatore di adottare un atteggiamento di *self-restraint*, ovvero di lasciare all'autonomia privata – e, segnatamente, alle parti sociali – un doveroso spazio di agibilità, cioè una seppur minima libertà nella gestione dei fondi in funzione del perseguimento dei predetti interessi di natura privata<sup>119</sup>. Del resto, è proprio la contrattazione collettiva, nell'esercizio della libertà sindacale protetta dall'art. 39, comma 1, Cost., ad istituire le forme pensionistiche complementari collettive<sup>120</sup>. Eppure, «l'incentivo alla previdenza complementare viene tradotto [...] in un controllo dello Stato su di un'attività privata, espressione di una libertà costituzionalmente garantita, ed anzi di più libertà costituzionalmente garantite, visto che nella previdenza privata trovano espressione anche la libertà sindacale, quella di associazione, quella di iniziativa economica privata e, più in generale, tutte le previsioni contenute negli artt. 2 e 3 della Costituzione»<sup>121</sup>.

cit., p. 24 ss., nonché 183 ss.; M. GAMBACCIANI, *La previdenza complementare nell'evoluzione dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 640 ss.

<sup>119</sup> Sulla natura contrattuale dei fondi di previdenza complementare istituiti dalla contrattazione collettiva, nonché sull'autonomia negoziale delle parti sociali, v. almeno R. BRUNI, F.P. SCHIAVO, *Capire e gestire i fondi pensione*, Edizioni Lavoro, Roma, 1999, p. 41 ss. e M. BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., p. 7 ss., nonché 47 ss.

<sup>120</sup> Sulle fonti istitutive delle forme di previdenza complementare e, in particolare, sul ruolo dell'autonomia collettiva si vedano: R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, cit.; S. GIUBBONI, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, cit.; A.M. BATTISTI, *L'autonomia collettiva e le altre fonti istitutive della previdenza complementare nel D.Lgs. n. 252/2005: profili critici e problemi aperti*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo I. La previdenza complementare in Italia*, cit., p. 1 ss.; M. SQUEGLIA, *La "previdenza contrattuale". Un modello di nuova generazione per la protezione dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, cit.; ID., *Forme pensionistiche complementari collettive*, in A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSI, *Manuale della previdenza complementare*, cit., p. 79 ss.

<sup>121</sup> G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, cit., p. 105.

Stando così le cose, va necessariamente valutata la compatibilità dell'attuale quadro normativo rispetto ai vincoli derivanti dalla Carta costituzionale, poiché «la garanzia di libertà che tutela la previdenza privata implica l'esclusione di qualsiasi ingerenza statale, e soprattutto di forme di controllo che non siano quelle di ogni altro ente di diritto privato»<sup>122</sup>. Al contrario, il d.lgs. n. 252 del 2005 racchiude al suo interno numerose disposizioni che, oltre ad imporre importanti vincoli di destinazione alle risorse nella disponibilità dei fondi pensione<sup>123</sup>, ai quali è inoltre prescritto di dotarsi di un articolato sistema interno di gestione<sup>124</sup>, danno vita ad un complesso apparato di controlli ed obblighi di trasparenza informativa presidiato dalla Commissione di vigilanza sui fondi pensione<sup>125</sup>. Per non parlare del fatto che lo svolgimento dell'attività del fondo negoziale è subordinato alla previa autorizzazione della stessa Commissione di vigilanza<sup>126</sup>. Particolarmente stringenti sono poi anche i vincoli posti alle modalità di gestione dei fondi pensionistici e, in particolare, i limiti alla gestione diretta del fondo, esprimendo il legislatore un chiaro *favor* nei confronti della “gestione convenzionata”, cioè verso l'ipotesi in cui le risorse finanziarie siano

<sup>122</sup> *Ivi*, p.58.

<sup>123</sup> Il riferimento, in particolare, è agli artt. 6, comma 5-*bis*, e 8, comma 9, d.lgs. n. 252 del 2005, disposizioni che stabiliscono vincoli di destinazione alle risorse nella disponibilità dei fondi pensioni, prescrivendo agli stessi limiti sia di tipo quantitativo che di tipo qualitativo ai tipi di investimento che possono effettuare. Va poi perlomeno menzionato il d.m. 2 settembre 2014, n. 166, provvedimento emanato ai sensi del predetto art. 6, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 252 del 2005 e che circoscrive ulteriormente i tipi di operazioni e di investimenti consentiti ai fondi pensionistici, indirizzandoli verso una gestione di tipo prudenziale e conservativo.

<sup>124</sup> Sulla *governance* interna dei fondi pensionistici complementari, tra i più recenti, v. almeno i contributi di S. LANDINI, *Riforma della previdenza complementare. Impatto sulla governance e sulle politiche di investimento dei fondi pensione*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 742 ss. e M. SQUEGLIA, *Forme pensionistiche complementari collettive*, cit., p. 96 ss.

<sup>125</sup> In merito al sistema dei controlli, alla Covip e agli obblighi informativi, limitandosi ai contributi più recenti, si vedano M. SQUEGLIA, *Il sistema dei controlli*, in A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSÌ, *Manuale della previdenza complementare*, cit., p. 203 ss. e ID., *Gli obblighi di informazione*, *ivi*, p. 251 ss.

<sup>126</sup> In proposito, v. G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, cit., p. 114 ss., secondo la quale si tratta di un significativo condizionamento della libertà sindacale e di quella della previdenza privata.

affidate ad organismi specializzati<sup>127</sup>. Infine, vale la pena di rammentare come il rispetto di questo articolato insieme di disposizioni sia presidiato da sanzioni sia amministrative che penali<sup>128</sup>.

Alla luce di tali disposizioni e del loro contenuto, occorre dunque interrogarsi sulla presenza di eventuali ragioni ed interessi costituzionalmente rilevanti che, a dispetto della funzione e della natura privatistica dei fondi di previdenza complementare, possano giustificare siffatti vincoli e controlli alla gestione dei fondi negoziali, il che equivale a domandarsi quale sia il fondamento costituzionale della previdenza complementare.

Sorge allora spontaneo richiamare anzitutto l'art. 47, comma 1, Cost., disposizione che impegna la Repubblica – e, quindi, il legislatore – ad «incoraggia[re] e tutela[re] il risparmio in tutte le sue forme», previdenza complementare inclusa<sup>129</sup>. Da questo punto di vista, «la ne-

<sup>127</sup> Sulla gestione delle risorse dei fondi pensione, le modalità di gestione diretta e convenzionata, i criteri di impiego delle risorse e i limiti agli investimenti, tra i tanti, si vedano almeno: R. BUCCIARELLI, *I “nuovi” fondi pensione. Aspetti di gestione, vigilanza e bilancio*, Cedam, Padova, 2001, p. 91 ss.; M.E. SALERNO, *La gestione finanziaria delle risorse dei fondi pensione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 3, p. 363 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Cedam, Padova, 2004, p. 245 ss.; A. CANDIAN, *Gestione delle risorse e sistema delle garanzie*, in A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSI, *Manuale della previdenza complementare*, cit., p. 189 ss.

<sup>128</sup> Sull'apparato sanzionatorio approntato dal d.lgs. n. 252 del 2005 v. almeno R. BRUNI, *Compendio del sistema sanzionatorio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 896 ss.

<sup>129</sup> Richiamano l'art. 47 Cost. come norma che giustifica e che, anzi, impone una funzione pubblica di garanzia e, in particolare, di vigilanza nel sistema della previdenza privata integrativa anche: L. DESIDERIO, *I Fondi Pensione. Profili giuspubblicistici*, in G. MANGHETTI (a cura di), *I Fondi Pensione. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 11 ss.; M. BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., pp. 12, 33 e 51; G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, cit., p. 304 ss.; M. E. SALERNO, *Fondi pensione «negoziali». Costituzione, gestione e vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 224; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, cit., p. 340; M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 2010, p. 31, nonché, p. 150 ss.; G. SIGILLÒ MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, cit., p. 22; M. SQUEGLIA, *Disciplina generale della previdenza complementare*, in A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSI, *Manuale della previdenza complementare*, cit., p. 44.

cessità di tutelare il risparmio raccolto dai fondi pensione giustificerebbe l'imposizione di vincoli [...] diretti a consentire, da un lato, una gestione efficiente del risparmio raccolto e, dall'altro, la solvibilità e la liquidità del fondo in modo da porlo in grado di effettuare le prestazioni pensionistiche promesse»<sup>130</sup>. Va poi ricordato come l'art. 41, comma 3, Cost. consenta al legislatore di adottare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali»<sup>131</sup>, disposizione che legittimerebbe i controlli e i condizionamenti a cui sono sottoposti i fondi negoziali. Insomma, benché le previsioni del d.lgs. n. 252 del 2005 sembrano entrare in collisione con il contenuto degli artt. 38, comma 5, e 39, comma 1, Cost., «ogni dubbio sulla legittimità di tali disposizioni può essere fugato alla luce di altre norme costituzionali (artt. 41 e 47), considerando che in quest'ottica l'interesse perseguito dal legislatore è un interesse pubblico ed attiene alla selezione e al controllo di soggetti che agiscono sui mercati finanziari e che, dunque, partecipano dell'andamento del complessivo sistema economico del Paese»<sup>132</sup>.

Proseguendo, non è da escludere che gli artt. 38, comma 5, e 39, comma 1, Cost., pur richiedendo al legislatore di non circondare l'autonomia collettiva di eccessive restrizioni che ne mortifichino la discrezionalità<sup>133</sup>, possano servire a fondare un intervento di tipo promozionale e di sostegno che – letto congiuntamente con l'art. 47, comma 1, Cost. – indirizzi l'autonomia privata verso un obiettivo commende-

<sup>130</sup> G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, cit., p. 340.

<sup>131</sup> La dottrina, invero, appare divisa sul richiamo all'art. 41, comma 3, Cost. quale disposizione utile a fondare un intervento del legislatore in materia di previdenza privata complementare. Tra quelli che si esprimono a favore, ad esempio, v. M. BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., p. 33 e G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, cit., p. 304. *Contra*, tra gli altri, L. DESIDERIO, *I Fondi Pensione. Profili giuspubblicistici*, cit., p. 10 ss. e A. TURSÌ, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, cit., p. 15.

<sup>132</sup> G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, cit., p. 304. In proposito, v. altresì le considerazioni di M.E. SALERNO, *Fondi pensione "negoziali". Costituzione, gestione e vigilanza*, cit., p. 223 ss.

<sup>133</sup> Cfr. M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit., p. 808 ss.

vole<sup>134</sup>, ovvero «l'agevolazione delle forme pensionistiche complementari allo scopo di consentire livelli aggiuntivi di copertura previdenziale» (art. 1, comma 1, legge 8 agosto 1995, n. 335)<sup>135</sup>. Del resto, il principale obiettivo perseguito dal legislatore del d.lgs. n. 252 del 2005 – come ci ricorda la relativa legge delega – era proprio quello di «sostenere e favorire lo sviluppo di forme pensionistiche complementari» (art. 1, comma 1, lett. c), legge 23 agosto 2004, n. 243). In questo senso, nonostante gli interessi sottesi agli artt. 38, comma 5, e 39, comma 1, Cost. siano indubbiamente di natura privata e la tesi della quale si sta discutendo ponga la previdenza complementare oltre l'adeguatezza, deve ritenersi che ciò non sia di per sè sufficiente ad escludere che la previdenza integrativa sia diretta a soddisfare interessi del singolo – ma anche della collettività – e, pertanto, meritevoli di adeguata protezione, assolvendo di fatto, anche nell'ottica del diritto eurounitario<sup>136</sup>, una spiccata funzione sociale<sup>137</sup>. E sarebbe proprio questa circostanza a giustificare «una regolamentazione per legge che assicuri, anche attraverso la vigilanza e i controlli pubblici, la realizzazione di quei bisogni socialmente rilevanti per cui questa particolare forma di previdenza viene promossa e protetta»<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> Sulla normativa in materia di previdenza complementare quale legislazione promozionale e di sostegno v. G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, cit., p. 300 ss.

<sup>135</sup> Sulla legittimità costituzionale dei vincoli posti all'autonomia privata e, in particolare, all'autonomia collettiva in materia di previdenza complementare v., per un positivo riscontro, Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.

<sup>136</sup> Cfr. M. GAMBACCIANI, *La previdenza complementare nell'evoluzione dei principi costituzionali*, cit., pp. 618-619, secondo il quale «da tempo si registra a livello comunitario la tendenza a riconoscere la dimensione (e la funzione) sociale della previdenza complementare e, in quest'ottica, un ruolo (e un peso, anche finanziario) sempre più rilevante ai regimi previdenziali privati, per ridurre la pressione crescente su quelli pubblici e realizzare così un unico sistema che sia in grado di garantire pensioni sicure, adeguate e sostenibili». Per un riscontro, cfr. i considerando nn. 8, 9 e 10 della Dir. 2016/2341/UE del 14 dicembre 2016, relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali (EPAP).

<sup>137</sup> Cfr. T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, cit., p. 10 ss.

<sup>138</sup> R. PESSI, *La previdenza complementare*, cit., p. 9.



Né andrebbe trascurato come la principale posta di finanziamento dei fondi di previdenza complementare sia costituita – perlomeno per i lavoratori subordinati – dal trattamento di fine rapporto, ovvero da somme di denaro aventi certa natura retributiva<sup>139</sup>, il che giustificherebbe un intervento del legislatore anche ai sensi degli artt. 1, 3, comma 2, 4, 35, comma 1, e 36 Cost. a tutela del lavoro e dei prestatori di lavoro.

Da ultimo, va quantomeno dato conto del fatto che sulla materia *de qua* insistono numerosi atti di fonte comunitaria e, in particolare, la Dir. 2016/2341/UE del 14 dicembre 2016, relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali (EPAP), attuata con d.lgs. 18 dicembre 2018, n. 147<sup>140</sup>. Questa circostanza – alla luce di quanto previsto dall'art. 117, comma 1, Cost. – non solo giustifica, ma ha reso in un certo qual modo persino necessario l'intervento del legislatore, in particolare per quel che attiene il sistema di vigilanza e controlli, nonché il sistema di *governance* interna di cui devono dotarsi i fondi pensione, i tipi di investimenti che possono effettuare e le

<sup>139</sup> Sul rapporto tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto, tra gli innumerevoli, si vedano almeno i seguenti contributi: G. CIOCCA (a cura di), *Il trattamento di fine rapporto e i fondi pensione*. Atti del Seminario. Macerata, 16 maggio 2008, Eum, Macerata, 2009; M. CINELLI, S. GIUBBONI, *La disciplina del finanziamento*, in M. CINELLI (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 251 ss.; M. GAMBACCIANI, *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, cit.; M. SQUEGLIA, A. TURSI, *Il finanziamento alle forme pensionistiche complementari*, in A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSI, *Manuale della previdenza complementare*, cit., p. 167 ss.

<sup>140</sup> Sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e previdenza complementare si vedano, ad esempio, M. CINELLI, *Stato sociale e ordinamento comunitario: principi generali*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 41 ss. e P. LOI, *Fonti e disciplina della previdenza complementare nel diritto comunitario*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa*. Tomo II. *La previdenza complementare in Europa*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 3 ss., nonché M. SQUEGLIA, *Disciplina generale della previdenza complementare*, in A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSI, *Manuale della previdenza complementare*, cit., p. 57 ss.

regole prudenziali di tipo qualitativo e quantitativo alle quali devono attenersi nella gestione delle risorse finanziarie<sup>141</sup>.

Concludendo, benché la previdenza integrativa – secondo la tesi qui sostenuta – non concorra alla garanzia di prestazioni pensionistiche adeguate alle esigenze di vita, alla luce dei referenti costituzionali del d.lgs. n. 252 del 2005, deve ritenersi che «gli interessi tutelati nella previdenza complementare non possono essere meramente ed esclusivamente privati»<sup>142</sup>, circostanza che – a dispetto della libertà della previdenza privata – giustifica e, anzi, rende necessario l'intervento pubblico. Pertanto, in ragione delle summenzionate disposizioni di rango costituzionale e degli interessi che gravitano attorno alla previdenza complementare, deve ritenersi che gli interventi del legislatore in materia, ovvero i vincoli e i controlli posti alla gestione dei fondi negoziali, siano sorretti da adeguate motivazioni che ne giustificano l'*an* e il *quomodo*<sup>143</sup>.

In secondo luogo, come anticipato, è necessario verificare come si comporti la tesi prescelta allorquando i fondi negoziali si rivelino inidonei a garantire agli iscritti un rendimento positivo, dovendosi riflettere sulla necessità o meno che in questa evenienza siano apprestate dall'ordinamento adeguate forme di protezione.

Trattasi di un'ipotesi con la quale deve necessariamente farsi i conti. Infatti, «la tutela complementare è aleatoria, perché la logica “mercantile” che la informa non può dare certezze sulla prestazione finale»<sup>144</sup>. L'ipotesi in cui sia assicurata una qualche forma di garanzia,

<sup>141</sup> Si veda, in particolare, l'art. 19 della Dir. 2016/2341/UE del 14 dicembre 2016, nonché i considerando nn. 17 e 47.

<sup>142</sup> G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, cit., p. 307.

<sup>143</sup> Da questo punto di vista, forse non ha poi così torto chi, come T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, cit., p. 9, in relazione alle due differenti tesi sul rapporto tra previdenza complementare e adeguatezza delle prestazioni previdenziali, osserva che «il dibattito appare enfatizzato quanto meno rispetto alle conseguenze che ne derivano in ordine alla interpretazione del diritto vigente», poiché «nessuna delle parti “contendenti” trae conseguenze innovative dalle proprie posizioni sul piano della disciplina applicabile; né tanto meno giudizi diversi in ordine alla compatibilità del sistema con l'impianto costituzionale».

<sup>144</sup> M. CINELLI, *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in M. CINELLI (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123*, cit., p.

trattasi di un rendimento minimo piuttosto che della restituzione del capitale, costituisce un'eccezione rispetto alla regola del rischio, tanto che i prodotti assicurativi di questo genere – benché presenti – risultano difficilmente accessibili sul mercato<sup>145</sup>. Com'è stato attentamente osservato, «la presenza dei fondi pensione nei mercati finanziari comporta l'intrusione nel vocabolario del lavoratore di termini e concetti quali rischio e rendimento, [...] inconciliabili con il binomio garanzia-adequatezza, tipico della previdenza pubblica»<sup>146</sup>, il che – già di per sé – dovrebbe rappresentare una circostanza sufficiente a fugare ogni dubbio in merito alla capacità della previdenza complementare di concorrere, assieme alla previdenza obbligatoria, alla garanzia di mezzi adeguati alle esigenze di vita.

Dunque, se davvero la previdenza integrativa si colloca oltre il canone dell'adequatezza, canone il cui soddisfacimento grava unicamente sulla previdenza obbligatoria, allora si deve concludere che l'eventuale incapacità del fondo negoziale di garantire ai lavoratori un rendimento positivo non abbia alcun rilievo costituzionale. L'adequatezza, da intendersi come soglia minima di "sufficienza" delle prestazioni previdenziali, sarebbe infatti in ogni caso garantita dalla previdenza obbligatoria. Da questo punto di vista, il fatto che l'attuale sistema a capitalizzazione imposto dalla legge ai fondi pensionistici non sia idoneo ad assicurare un rendimento positivo non assumerebbe un rilievo tale da giustificare un intervento del legislatore che protegga gli investitori dal rischio di rendimenti non remunerativi, costituendo la previdenza complementare espressione della libertà dei singoli di conseguire una tutela "più che adeguata", ovvero uno standard che si pone oltre il livello minimo che deve essere costituzionalmente assicurato. In questo senso, l'eventuale scelta del legislatore di non predisporre alcuna misura di tutela idonea ad attenuare gli effetti avversi di un'eventuale "gestione negativa" andrebbe giudicata compatibile ri-

24. In proposito, nonché in merito agli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, v. anche R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, *ivi*, p. 649 ss.

<sup>145</sup> In proposito, v. F. CARNIOL, *La gestione con garanzia di rendimento minimo nella previdenza complementare*, in *Dir. ec. ass.*, 2006, p. 381 ss.

<sup>146</sup> M. PICCARI, *La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel decreto legislativo n. 252 del 2005*, *cit.*, p. 430.

spetto al dettato costituzionale. Le disposizioni sopra menzionate, infatti, non sembrano imporre la previsione di misure di tutela “a valle”, ma – tutt'al più – l'apprestamento, “a monte”, di vincoli e controlli che indirizzino l'autonomia privata verso una gestione prudente ed accorta dei fondi negoziali.

Ebbene, sembrerebbe proprio che il legislatore abbia fatto propria questa opzione, non rinvenendosi all'interno dell'ordinamento alcuna misura di tutela di tipo monetario finanziata con risorse pubbliche che protegga i lavoratori dall'eventuale incapacità del fondo di previdenza complementare<sup>147</sup>, ancorché gestito diligentemente<sup>148</sup>, di garantire un rendimento positivo o, comunque, adeguato alle aspettative, specie se comparato con il tasso di rivalutazione del trattamento di fine rapporto<sup>149</sup>. Allo stato attuale, qualora un lavoratore non ritenga soddisfacente il rendimento del fondo negoziale al quale è iscritto, potrà unicamente esercitare la facoltà riconosciutagli dall'art. 14, comma 6, d.lgs. n. 252 del 2005, ovvero trasferire la propria posizione previdenziale

<sup>147</sup> Cfr. R. BRUNI, F.P. SCHIAVO, *Capire e gestire i fondi pensione*, cit., p. 220, ove si afferma che «non è stato previsto alcun meccanismo di intervento economico diretto, ma in compenso si è puntato su un sistema di controlli incrociati rafforzato da meccanismi di promozione della partecipazione degli iscritti e delle fonti istitutive che nel suo insieme dovrebbe assicurare la tenuta del sistema. In pratica, si è optato per un sistema preventivo di regolazione interna, che di fatto dovrebbe ridurre al minimo il rischio».

<sup>148</sup> Sull'ipotesi - differente - di tutela in caso di *mala gestio* e violazione dei doveri di diligenza da parte degli amministratori del fondo v. R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., p. 762 ss., il quale, in maniera del tutto condivisibile, osserva che «al di fuori delle ipotesi dichiaratamente dolose (in cui la connotazione di irregolarità patologica e di ingiustizia del danno si impongono), in ogni altro caso, e soprattutto allorché si discute delle conseguenze di comportamenti meramente colposi, labile potrebbe essere il confine distintivo tra il risultato gestionale deludente perché frutto di una negligenza, di un'imprudenza o di un'imperizia e il risultato non soddisfacente perché semplicemente condizionato dalla naturale alea che permea pressoché ogni tipo di investimento finanziario».

<sup>149</sup> Tasso che assume particolare rilevanza in virtù di quanto previsto dall'art. 8, comma 9, d.lgs. n. 252 del 2005, norma ai sensi della quale «gli statuti e i regolamenti delle forme pensionistiche complementari prevedono, in caso di conferimento tacito del TFR, l'investimento di tali somme nella linea a contenuto più prudenziale tali da garantire la restituzione del capitale e rendimenti comparabili, nei limiti previsti dalla normativa statale e comunitaria, al tasso di rivalutazione del TFR».

individuale maturata sino a quel momento ad altra forma pensionistica complementare<sup>150</sup>. Non risulta, infatti, che vi sia alcuna forma di garanzia pubblica, né di restituzione del capitale, né di rendimento.

Cionondimeno, occorre domandarsi se il legislatore non abbia alcuna alternativa, ovvero se – pur non obbligato – possa ugualmente implementare dei meccanismi volti a contrastare e contenere gli effetti di eventuali esternalità negative sul rendimento dei fondi di previdenza complementare. La risposta a questa domanda, peraltro, non può essere univoca, dipendendo dal tipo di soluzione adottata, nonché dall'intensità della protezione accordata e – soprattutto – dal costo e dalla fonte di finanziamento della medesima. Tanto chiarito, sembra comunque lecito sostenere che nulla osta, almeno in via ipotetica, a che il legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità – introduca una qualche forma di protezione che tuteli i lavoratori dai rischi che caratterizzano ogni forma di risparmio e di investimento, fondi pensionistici complementari inclusi. In effetti, «potrebbe lo Stato sociale (che voglia continuare ad essere tale) lasciare per strada chi, giunto al termine del percorso, dolorosamente scopra sulla propria pelle di aver sbagliato a scegliere la via del rischio?»<sup>151</sup>. Detto altrimenti, «ci si può legittimamente (cioè, in maniera politicamente e socialmente accettabile) dedicare all'edificazione di un sistema di protezioni individuali, parallelo al sistema di protezione pubblico, e diretto a compensare le conclamate insufficienze di questo, senza provvedere, in contemporanea, alla predisposizione di risorse finanziarie e di mezzi di protezione aggiuntivi a favore di chi non sia in condizione economica di accedere (o di accedere utilmente) al circuito dei fondi pensione, o, all'esito del percorso di vita lavorativa, di ricavare da esso il beneficio atteso?»<sup>152</sup>.

Si tratta di domande la cui risposta è tutto fuorché scontata, ponendo infatti al legislatore un interrogativo morale piuttosto che un vincolo giuridico. Tuttavia, una cosa è certa. Qualora il legislatore de-

<sup>150</sup> Cfr. R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., p. 742 ss. Sulla portabilità della posizione previdenziale individuale quale forma di tutela degli iscritti alle forme di previdenza complementare v. altresì M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, cit., 2010, p. 52 ss.

<sup>151</sup> M. CINELLI, "Operazione verità" sui fondi pensione, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 475.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

cidesse di intervenire, qualunque sia lo strumento eventualmente pre-scetto, la soluzione adottata, il livello di protezione accordato, il costo e la fonte di finanziamento della medesima non dovranno essere di intensità tale da pregiudicare la capacità della previdenza pubblica di garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita. Sembra essere questo, in altre parole, l'unico vincolo ad un possibile intervento pubblico nella materia *de qua*, dovendosi infatti garantire ai lavoratori che – in ogni caso – «siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» (art. 38, comma 2, Cost.).

*5.2. Le implicazioni della tesi secondo cui la previdenza integrativa concorre alla garanzia di mezzi adeguati*

Esiste, tuttavia, una possibile configurazione alternativa del rapporto tra la previdenza complementare e l'art. 38, comma 2, Cost.

Se, infatti, si assume la posizione di chi ritiene che la previdenza complementare concorra alla garanzia dei “mezzi adeguati alle esigenze di vita”<sup>153</sup>, ne deriva che la prestazione pensionistica che integra tali “mezzi adeguati” potrà provenire indifferentemente dalla previdenza pubblica e obbligatoria o dalla previdenza privata e facoltativa.

È vero che, accedendo a tale teoria, solo i livelli essenziali della prestazione (“LEP”) sarebbero irrinunciabili e oggetto di una tutela assolutamente necessaria, ma è pur vero che i livelli non essenziali, fino al limite dei “mezzi adeguati” da individuare secondo il dettato dell'art. 38, comma 2, Cost., sarebbero oggetto di tutela costituzionale.

In altri termini, cioè, il lavoratore potrebbe ben decidere di non accedere mai ad alcuna forma di previdenza complementare e lo Stato avrebbe, in sostanza, il solo obbligo di predisporre un sistema in cui a ciascun lavoratore sia data la possibilità di accedere ad almeno un fondo pensione. Quando però si fosse perfezionata l'iscrizione volontaria, e il lavoratore avesse maturato il diritto al trattamento pensionistico, non si vede come sarebbe possibile negare l'esistenza in capo allo Stato di un vero e proprio obbligo costituzionale di tutela della prestazione

<sup>153</sup> Cfr. M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, cit.

previdenziale, con la quale soltanto, si è detto, sarebbe possibile integrare i mezzi adeguati alle esigenze di vita.

Da questa semplice osservazione derivano implicazioni estremamente rilevanti con riguardo alle regole di gestione del fondo e al sistema di garanzie pubbliche della prestazione per i casi in cui il rendimento non sia sufficiente a integrare tali mezzi adeguati.

In primo luogo, è opportuno valutare se l'impianto normativo che regola la gestione dei fondi pensione complementari sia adeguato alla luce della lettura qui esaminata.

L'attuale regolazione dei fondi pensione è rimessa al d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, recentemente rivisto a seguito dell'entrata in vigore della direttiva 2016/2341 del 14 dicembre 2016 (cd. "direttiva IORP II").

L'approccio che ispira la normativa applicabile, spiccatamente preventivo, è volto a costruire adeguate garanzie di corretta gestione del fondo pensione, di trasparenza e informazione degli iscritti e di sicurezza e sostenibilità economica delle pensioni<sup>154</sup>.

In particolare, il legislatore ha previsto un apparato regolatorio piuttosto stringente in materia di gestione finanziaria del capitale raccolto attraverso contributi e contribuzioni volontarie, volto a prevenire i rischi di una possibile gestione insufficiente.

L'art. 6 del d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, in particolare, prevede che la modalità principale di gestione sia attraverso la convenzione con un soggetto terzo dotato di particolari requisiti di capitalizzazione e di professionalità: banche, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio e assicurazioni<sup>155</sup>. La gestione diretta degli investimenti da parte del fondo pensione, per quanto teoricamente possibile, è fortemente disincentivata dalla normativa di settore e, nei fatti, ricopre un ruolo del tutto marginale: è sufficiente notare che, dei quasi 66 miliardi di euro gestiti da fondi pensione negoziali italiani nel 2021, solo 299 milioni sono riferibili a gestioni dirette<sup>156</sup>.

Per i fondi a gestione indiretta, il mandato di gestione delle risorse

<sup>154</sup> V. S. LANDINI, *Riforma della previdenza complementare*, cit., p. 741.

<sup>155</sup> D. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, art. 6, comma 1, lett. a), b), c) e c-bis).

<sup>156</sup> Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione, *Relazione per il 2021*, p. 145, in particolare tav. 4.9.

dei fondi pensione è affidato al termine di una procedura di selezione che prevede un invito ad offrire diffuso con la forma della pubblicità-notizia e il raffronto delle condizioni contrattuali<sup>157</sup>.

I gestori così individuati, i quali devono comunque rispettare dei requisiti patrimoniali e di affidabilità minimi stabiliti dalle autorità di sorveglianza<sup>158</sup>, sono vincolati da un'apposita convenzione alla politica di investimento fissata dall'organo di amministrazione del fondo pensione e rivista periodicamente<sup>159</sup>.

Le modalità di investimento sono comunque ulteriormente disciplinate dalla normativa di attuazione, emanata con un decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze che prevede criteri specifici per le varie attività<sup>160</sup>: vengono così conseguiti obiettivi di diversificazione, bilanciamento di redditività e rischio e gestione prudente degli investimenti attraverso la limitazione *a priori* delle possibilità di investimento del capitale raccolto dal fondo.

La stessa erogazione delle rendite pensionistiche complementari è, per ragioni prudenziali, affidata in via pressoché esclusiva alle imprese assicurative<sup>161</sup>.

Il più rilevante limite alla libertà dell'assistenza privata, proclamata dal comma 5, art. 38 Cost., riguarda tuttavia una scelta sistematica che precede e si pone al di fuori del complesso di regole, più o meno stringenti, sulla gestione dei fondi negoziali.

Con l'art. 2, comma 2 lett. a), del d. lgs. 21 aprile 1993, n. 124, infatti, il legislatore ha deciso che, per il futuro, per i lavoratori dipendenti si sarebbero potuto costituire esclusivamente forme pensionistiche complementari in regime di contribuzione definita (e conseguente divieto di prestazioni definite).

Le conseguenze di una tale opzione sulla gestione del fondo e sul rapporto con l'art. 38, comma 2, Cost. non possono essere sottaciute.

L'opzione in favore del modello a contribuzione definita, per

<sup>157</sup> Art. 6, comma 6.

<sup>158</sup> Art. 6, comma 7.

<sup>159</sup> Art. 6, comma 5-ter.

<sup>160</sup> Art. 6, comma 5-bis. È attualmente in vigore il D.M. 2 settembre 2014, n. 166, che all'art. 5 prevede, per esempio, una quota massima del 5% di disponibilità investite in un unico soggetto.

<sup>161</sup> Art. 6, comma 3.



quanto drastica, realizza indubbiamente l'obiettivo di garantire la sostenibilità finanziaria del fondo pensione. Sono ben note, a titolo d'esempio, le complesse vicende di uno dei primi e più grandi fondi aziendali d'Italia, il Fondo Pensioni per il Personale della Banca Commerciale Italiana: sorto con un modello a capitalizzazione collettiva e premio medio generale, a seguito del prevedibile squilibrio economico realizzatosi, per gli iscritti a *prestazioni* definite, sul finire degli anni '90, esso ha dovuto dapprima decretare una riduzione del 25% delle prestazioni già in via di erogazione e in seguito è stato liquidato, con la sostanziale restituzione del capitale investito agli iscritti – a *contribuzione* definita – ancora in attesa del pensionamento<sup>162</sup>.

Tuttavia, se pure una gestione a capitalizzazione e a contribuzione definita, di per sé estranea alla logica solidaristica che caratterizza invece la previdenza obbligatoria, si dimostra strutturalmente più sostenibile e sicura da un punto di vista finanziario e attuariale, questo significa che, giocoforza, il lavoratore non potrà avere alcuna certezza con riguardo all'entità della prestazione che riceverà al momento del pensionamento.

In altri termini, cioè, il sistema a prestazioni definite previene sì il rischio che il fondo divenga finanziariamente insostenibile a causa di uno squilibrio tra uscite e le entrate, ma, configurandosi in ultima analisi come un investimento finanziario, non dà alcuna garanzia rispetto all'entità della pensione, né tantomeno alla sua *adeguatezza* alle esigenze di vita. Il rischio della gestione, in questo caso, riposa interamente sull'iscritto, poiché la logica "mercantile" che caratterizza la previdenza complementare non permette altre soluzioni<sup>163</sup>.

Le garanzie di sostenibilità della previdenza complementare hanno, come già affermato poc'anzi, quasi sempre una natura preventiva e *a monte*: l'art. 6 del d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, per esempio, impone ai fondi complementari la formazione e il mantenimento di riserve tecniche adeguate e di un ulteriore margine di sicurezza, costituito

<sup>162</sup> F. OLIVELLI, *Fondo pensioni preesistente alla riforma del 1993, misure di riequilibrio finanziario, limiti delle aspettative degli iscritti non pensionati (nota a App. Milano, 18 marzo 2008)*, *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 923.

<sup>163</sup> M. CINELLI, *Alcune riflessioni sulla previdenza complementare riformata*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 406.

dai “fondi propri obbligatori”, oltre a una gestione globalmente improntata alla gestione integrata dei rischi<sup>164</sup>.

È pur vero che la legge prevede espressamente la possibilità che i fondi pensione complementari stipulino con i gestori degli accordi con cui viene garantita la restituzione del capitale versato<sup>165</sup>. Tuttavia, è appena il caso di registrare che, ad oggi, solamente il 12,4 % del capitale investito dai fondi pensione italiani appartiene al cd. *comparto garantito*: si tratta dunque di un’opzione relativamente poco diffusa, principalmente a causa del peso notevole sui costi di gestione<sup>166</sup>.

L’art. 8, comma 9, d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 prevede inoltre che i fondi debbano provvedere obbligatoriamente, per i casi di conferimento tacito del TFR, a una garanzia di restituzione del capitale e dei rendimenti comparabili al tasso di rivalutazione del TFR. Affinché tale garanzia possa avere un contenuto di effettività, è inevitabile che essa si risolva nel ricorso allo strumento assicurativo, che tuttavia comporta da un lato un costo ulteriore, e quindi una minore redditività, e dall’altro un ostacolo implicito alla portabilità della posizione previdenziale<sup>167</sup>.

Tali disposizioni, tuttavia, costituiscono delle garanzie “a valle” solo parziali ed estese solo ad alcuni lavoratori, e non sono in grado, in sé considerate, di assicurare a tutti gli aderenti a fondi complementari nemmeno la restituzione integrale del capitale investito. D’altronde, è il legislatore stesso a individuare le conseguenze di uno squilibrio tecnico-attuariale del fondo: e, nel caso particolare dei fondi che procedono all’erogazione diretta della prestazione, è prevista la facoltà delle fonti istitutive di rideterminare la disciplina non solo del finanziamento, ma anche delle prestazioni in corso di pagamento o future<sup>168</sup>.

Nella prospettiva per cui la previdenza complementare concorre al conseguimento dei mezzi adeguati alle esigenze di vita garantiti dall’art. 38, comma 2, Cost., tuttavia, non è sufficiente che il capitale

<sup>164</sup> A. CANDIAN, *Gestione delle risorse e sistema delle garanzie*, in A. CANDIAN, M. SQUEGLIA, A. TURSI, “*Manuale della previdenza complementare*”, cit., p. 195.

<sup>165</sup> D. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, art. 6, comma 9.

<sup>166</sup> Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione, *Relazione per il 2021*, cit., p. 145, tav. 4.10.

<sup>167</sup> M. CINELLI, *Alcune riflessioni*, cit., p. 421, in particolare nota 15.

<sup>168</sup> D. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, art. 7-bis, comma 2-bis.

versato dal lavoratore venga restituito: in effetti, il fondo pensione potrebbe essere in equilibrio tecnico e finanziario, ma al contempo aver conseguito nel tempo dei risultati troppo esigui per poter garantire agli iscritti una somma sufficiente a titolo di prestazione pensionistica.

Si pensi, per esempio, al caso in cui un'alta inflazione riduca il valore in termini reali delle somme accantonate e quindi dell'ammontare mensile della prestazione previdenziale. Se le prestazioni della previdenza pubblica, sottoposte a un regime a ripartizione, possono essere facilmente ricalcolate a cadenza regolare e indicizzate al costo della vita, risulta più problematico ottenere lo stesso effetto per le pensioni complementari, gestite necessariamente secondo il sistema a capitalizzazione.

In altri termini, soprattutto in contesti economici avversi, esiste per gli iscritti ai fondi complementari il rischio che si realizzi una gestione sostenibile e virtuosa per il fondo considerato nel suo complesso, che non metta cioè a repentaglio il capitale versato dai lavoratori, ma che sia, alla prova dei fatti, insufficiente con riguardo alla consistenza delle rendite mensili garantite ai pensionati.

Nell'ottica secondo la quale la previdenza complementare è una forma particolare di investimento privato, tale situazione, se non è desiderabile, rientra quantomeno nell'alea accettabile e accettata dai risparmiatori: in questo senso sembrerebbero muoversi le tutele predisposte dal legislatore, che trae ispirazione dall'impianto regolatorio del risparmio privato.

Se, tuttavia, si ammette che la previdenza complementare concorre alla formazione di quei mezzi adeguati alle esigenze di vita tutelati dalla Costituzione, un tale esito non appare accettabile.

È vero che, allo stato attuale, l'impianto normativo volto alla gestione prudente del capitale del fondo pensione è teso a scongiurare il rischio di una gestione negativa e che, al contempo, una quota molto rilevante di fonti di finanziamento deriva dal conferimento del trattamento di fine rapporto<sup>169</sup>, a sua volta adeguato annualmente al tasso di

<sup>169</sup> M. SQUEGLIA, *Il regime finanziario della capitalizzazione nella previdenza complementare: un sistema "perfetto" per le generazioni future?*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 81 ss.

inflazione<sup>170</sup>. Tuttavia, ancora una volta, si tratta di tutele preventive e “a monte”, piuttosto che di una vera e propria garanzia “a valle”, come invece il testo costituzionale sembrerebbe suggerire.

Infine, una considerazione potrebbe riguardare il Fondo di garanzia per omesso o insufficiente versamento dei contributi dovuti alle forme di previdenza complementare da parte dei datori di lavoro insolventi, previsto dall’art. 5, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80. Si tratta, in questo caso, di un efficace rimedio successivo, in grado di garantire in maniera effettiva il lavoratore contro il rischio di una prestazione previdenziale complementare insufficiente a soddisfare il requisito dell’adeguatezza<sup>171</sup>. Tuttavia, va notato che il Fondo riguarda esclusivamente il caso dell’omesso versamento contributivo imputabile al datore di lavoro, e non certo l’insufficiente prestazione previdenziale imputabile alla gestione negativa del fondo pensione.

In assenza di una norma di chiusura paragonabile al Fondo di garanzia, che estenda l’intervento successivo e “riparatore” dello Stato a tutti i casi in cui la gestione del fondo a capitalizzazione e a contribuzione definita non sia riuscita a integrare autonomamente la soglia dell’adeguatezza di volta in volta stabilita dall’art. 38, comma 2, della Costituzione, non pare dunque che l’attuale sistema della previdenza complementare sia in grado di garantire con certezza che siano assicurati mezzi adeguati alle esigenze di vita.

## 6. Considerazioni finali

Collocare la previdenza complementare, ora nell’art. 38, comma 2, Cost., ora nell’art. 38, comma 5, Cost.), rappresenta una questione dai risvolti non solo teorici ma anche pratici. Il tema dell’inquadramento costituzionale si riflette, infatti, nel dilemma tra obbligatorietà e volontarietà della previdenza complementare.

Coloro che individuano il fondamento costituzionale della previdenza complementare anche nell’art. 38, comma 2, Cost., accentuan-

<sup>170</sup> Art. 2120, comma 4, c.c.

<sup>171</sup> R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela della posizione assicurativa individuale*, Riv. dir. sic. soc., 2009, p. 659 e ss.

done la finalizzazione alla realizzazione della garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, tendono a ricavarne il corollario dell'obbligatorietà. Poiché il fine imposto dalla norma costituzionale ha per oggetto la garanzia di una tutela obbligatoria e necessaria, in quanto attinente a bisogni fondamentali della persona, non sarebbe possibile rimettere la realizzazione di questo fine ad una forma di previdenza facoltativa ed eventuale.

Il problema della compatibilità tra il carattere libero e volontario della previdenza complementare e la realizzazione dell'obiettivo costituzionale dell'adeguatezza non si pone per quella dottrina che individua nella prestazione adeguata due livelli, uno essenziale e uno non essenziale. Mentre il primo può essere infatti soddisfatto solo mediante regimi previdenziali obbligatori assolutamente necessari e indisponibili, il secondo può essere invece soddisfatto anche ricorrendo a regimi previdenziali facoltativi ed eventuali, come quello della previdenza complementare.

Così ragionando, la previdenza complementare non risulterebbe incompatibile con la realizzazione della garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, proprio perché essa non ha per oggetto il soddisfacimento dei livelli essenziali o primari del diritto alla tutela previdenziale.

Anche con riferimento ai meccanismi di finanziamento dei fondi, in via generale, l'assetto normativo attuale, che valorizza ampiamente l'autonomia statutaria dei fondi nella fissazione dei contributi, si concilia maggiormente con una teoria per cui la previdenza complementare non concorre all'adeguatezza, ma va oltre tale concetto, permettendo ai lavoratori di raggiungere una tutela "più che adeguata". Aderendo infatti all'opposta teoria del concorso all'adeguatezza, si aprirebbe la questione se sia o meno necessario un intervento del legislatore, che vincoli maggiormente le parti nella fase istitutiva e costitutiva dei fondi, al fine di garantire, con livelli sufficienti di contribuzione, standard minimi delle prestazioni per raggiungere livelli di tutela adeguati (seppur non essenziali).

Diverso è però il discorso se si guarda alle regole su una specifica voce di finanziamento della previdenza complementare, ossia il TFR, con particolare riferimento alla regola del conferimento tacito. In tal caso, infatti, un meccanismo come questo, che si fonda su una mancata

espressione di volontà del lavoratore, si coordina in maniera più efficace con la teoria del concorso del secondo pilastro previdenziale ai mezzi adeguati, dato che rappresenta, come è stato sottolineato da autorevole dottrina, «la via italiana all'obbligatorietà»<sup>172</sup> della previdenza complementare. Le considerazioni della giurisprudenza e più generalmente il *favor* del legislatore sugli aspetti fiscali del problema, tuttavia, denotano un contenuto pubblicistico e di rilievo costituzionale degli interessi coinvolti dal sistema di previdenza complementare. Questa considerazione sembrerebbe così, al contrario di altri aspetti, accreditare maggiormente la tesi secondo cui la previdenza complementare concorra al perseguimento dell'obiettivo dell'adeguatezza. La deducibilità di un importo rilevante per la devoluzione a fondi di previdenza complementare e il regime fiscale agevolato con aliquota al 20% riservata ai fondi pensione di questo genere induce a ritenere, infatti, fondata la considerazione già spiegata dalla Corte costituzionale, secondo cui «la "funzione di concorso della previdenza privata alla realizzazione del principio di adeguatezza della prestazione ed il principio solidaristico che ad essa inerisce", hanno mutato il "modello organizzativo della sicurezza sociale", laddove il potenziamento e l'incentivazione della previdenza complementare, "anche con vantaggi fiscali e contributivi, vengono visti come misure necessarie per far fronte alla crisi del welfare state"».

La suddetta crisi, tuttavia, non potrebbe certamente sgravare la previdenza obbligatoria della responsabilità di garantire standard minimi di adeguatezza (per lo meno per quanto concerne livelli di tutela essenziali), senza i quali l'estremo sforzo contributivo richiesto alla Nazione non troverebbe alcuna spiegazione plausibile.

Non si potrebbe spiegare altrettanto il fenomeno nel contesto della teoria secondo cui la previdenza complementare rivestirebbe uno spazio che va "oltre" l'adeguatezza. Se infatti si optasse per una lettura costituzionale che non impone un profilo di adeguatezza alla previdenza complementare non si spiegherebbe quali ragioni pubblicistiche potrebbero legittimare il legislatore ad impegnare risorse pubbliche per favorire una forma di previdenza "meno che adeguata" e che

<sup>172</sup> P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, p. 57.

nemmeno concorra al raggiungimento di tale obiettivo programmatico enumerato dalla Carta. Per quanto riguarda il profilo relativo alla gestione dei profili negoziali, a ben guardare, deve dirsi come nessuna delle due tesi sull'apporto fornito dalla previdenza complementare alla garanzia di mezzi adeguati alle esigenze di vita si sposi perfettamente con l'attuale quadro normativo. Ciascuna di esse, infatti, presenta degli attriti più o meno evidenti con l'impianto del d.lgs. n. 252 del 2005, circostanza che conferma una volta di più quanto sia difficile attribuire una precisa collocazione costituzionale alla previdenza complementare.

Tanto chiarito, provando a prendere posizione, non può nascondersi come una delle due tesi risulti in effetti maggiormente coerente rispetto al dato normativo. Ci si riferisce alla tesi secondo la quale la previdenza complementare si collocherebbe oltre l'adeguatezza e non concorrerebbe, quindi, alla garanzia di prestazioni adeguate alle esigenze di vita. Infatti, ancorché la tenuta di questa tesi risulti in qualche modo in difficoltà allorquando se ne valuti la compatibilità rispetto alle rigidità normative del d.lgs. n. 252 del 2005, s'è visto come i vincoli e i controlli approntati dal legislatore trovino la loro ragion d'essere in molteplici disposizioni di rango costituzionale, disposizioni che sembrerebbero giustificare le limitazioni imposte alla libertà della previdenza complementare privata. Questa tesi, inoltre, riesce a spiegare il fatto che non sia apprestata dall'ordinamento alcuna forma di protezione finanziata da risorse pubbliche nell'evenienza in cui il fondo negoziale non riesca ad assicurare ai suoi investitori un rendimento positivo o, comunque, soddisfacente.

Al contrario, la tesi in base alla quale la previdenza complementare concorre, assieme alla previdenza obbligatoria, alla garanzia di mezzi adeguati alle esigenze di vita, pur spiegando i vincoli, le limitazioni e i controlli relativi alla gestione dei fondi negoziali, mal si concilia con l'assenza di una vera e propria garanzia pubblica – tanto di restituzione del capitale quanto, soprattutto, di rendimento – nell'ipotesi in cui il fondo pensionistico offra rendimenti negativi o, comunque, per qualsiasi ragione non rispondenti al canone dell'adeguatezza. Proprio quest'ultima circostanza rivela un'insanabile contraddizione tra il collocamento costituzionale della previdenza complementare avanzato da questa tesi e l'attuale quadro normativo, il quale – oltretutto – sancisce

la volontarietà della previdenza integrativa. Queste circostanze indurrebbero a scartare la tesi in questione in favore di quella secondo cui la previdenza complementare si colloca oltre l'adeguatezza.





## *Abbreviazioni riviste*

<i>ADiM Blog, Oss. giur.</i>	ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza
<i>Arg. dir. lav.</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>Ass. soc.</i>	L'assistenza sociale
<i>Citt. europea</i>	Cittadinanza europea (La)
<i>Cons. Stato</i>	Il Consiglio di Stato
<i>Danno resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>Dig.IV,disc.priv.,sez. comm.</i>	Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale
<i>Dir. ec. ass.</i>	Diritto ed economia dell'assicurazione
<i>Dir. lav.</i>	Il diritto del lavoro
<i>Dir. lav. merc.</i>	Diritti lavori mercati
<i>Dir. merc. lav.</i>	Diritto del mercato del lavoro (II)
<i>Dir. rel. ind.</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>Dir. soc.</i>	Diritto e società
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur. it.</i>	Enciclopedia giuridica italiana
<i>Fisco</i>	Fisco (II)
<i>Foro it.</i>	Foro italiano (II)
<i>Giorn. dir. lav. rel. ind.</i>	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Giorn. dir. amm.</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Inf. prev.</i>	Informazione previdenziale
<i>Jus</i>	Jus - Rivista di scienze giuridiche
<i>Labor</i>	Labor - Il lavoro nel diritto

<i>Lav. dir.</i>	Lavoro e diritto
<i>Lav. dir. eu.</i>	Lavoro Diritti Europa
<i>Lav. giur.</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>Lav. prev. oggi</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>Lav. pubbl. amm.</i>	Lavoro nelle pubbliche amministrazioni (II)
<i>Le Regioni</i>	Le Regioni
<i>Mass. giur. lav.</i>	Massimario di giurisprudenza del lavoro
<i>Not. giur. lav.</i>	Notiziario di giurisprudenza del lavoro
<i>Nuove leggi civ. comm.</i>	Nuove leggi civili commentate
<i>Orient. giur. lav.</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>Oss. Aic</i>	Osservatorio Associazione italiana dei costituzionalisti
<i>Prev. forense</i>	La previdenza forense
<i>Prev. ass. pub. priv.</i>	Previdenza e Assistenza pubblica e privata
<i>Quad. dir. lav. rel. ind.</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Rass. cons. Stato</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>Resp. civ. prev.</i>	Responsabilità civile e previdenza
<i>Riv. Aic</i>	Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti
<i>Riv. Corte conti</i>	Rivista della Corte dei Conti
<i>Riv. crit. dir. lav.</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>Riv. dir. pubbl. comp. eur.,</i>	Rivista Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>Riv. dir. sic. soc.</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>Riv. giur. lav.</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>Riv. inf. mal. prof.</i>	Rivista degli infortuni e delle malattie professionali

<i>Riv. int. scienze soc.,</i>	Rivista internazionale di scienze sociali
<i>Riv. it. med. leg.</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>Riv. it. scienze giur.</i>	Rivista italiana per le scienze giuridiche
<i>Riv. it. dir. lav.</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>Riv. it. prev. soc.</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>Riv. prev. pub. priv.</i>	Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>Pol. dir.</i>	Politica del diritto
<i>Var. temi dir. lav.</i>	Variazioni sui temi di diritto del lavoro
<i>WP CSDLE “Massimo D’Antona”</i>	Working Papers del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”



## *Autori*

ALES EDOARDO, *Professore Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Parthenope.*

ALLOCCA VALERIA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II.*

BERNARDO PAOLO, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Roma Tre.*

BORDONI FILIPPO, *Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Milano-Bicocca.*

BRESCIANI ILARIA, *Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Sassari.*

CANAVESI GUIDO, *Professore Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Macerata.*

CIAVARELLA ROSSELLA, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Foggia.*

COLOMBO GIULIA, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Udine.*

CRISCI IRENE, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Milano-Bicocca.*

DALLA SEGA MICHELE, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Udine.*

DE ANGELIS NICOLETTA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Salerno.*

DE PETRIS PIA, *Dottoressa di ricerca in Diritto delle persone delle imprese e dei mercati, Università di Napoli Federico II.*

DEL DUCA DANIELA, *Dottoressa di ricerca in Formazione della Persona e Mercato del Lavoro, Università di Bergamo.*

DELEONARDIS NICOLA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro.*

DETOMI ROSSANA, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia.*

FOGLIA LAURA, *Professoressa Associata di Diritto del lavoro, Università della Campania, Luigi Vanvitelli.*

FRATINI RICCARDO, *Dottore di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Roma Tor Vergata.*

GAGLIONE CHIARA, *Dottoressa di ricerca in Lavoro, Sviluppo, Innovazione, Università di Modena e Reggio Emilia.*

GARBUIO CHIARA, *Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università Ca' Foscari di Venezia.*

GARILLI ALESSANDRO, *Emerito di Diritto del lavoro, Università di Palermo, Presidente AIDLAS.S.*

IACOBUCCI STEFANO, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Ferrara.*

LUDOVICO GIUSEPPE, *Professore Associato di Diritto del lavoro, Università di Milano.*

MASERATI TOMMASO, *Dottore di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Milano.*

PICCO GIANLUCA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Udine.*

PICUNIO MARIA LAURA, *Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Milano.*

PIGLIALARMI GIOVANNI, *Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia.*

PIRONE MARZIA, *Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro, Università del Sannio.*

PISTORE GIOVANNA, *Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Padova e di Siviglia.*

STAMERRA FEDERICA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro.*

TUROLDO MICHELA, *Dottoranda di ricerca in Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo, Università di Udine.*

TURRIN MATTEO, *Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Bologna.*

VENTURA ALESSANDRO, *Dottore di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro.*

VIANELLO RICCARDO, *Professore Associato di Diritto del lavoro, Università di Padova*

VOLPES MARGHERITA, *Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa, Università Luiss Guido Carli.*





Collana

*Temi di sicurezza sociale*

1. G. Canavesi (a cura di) *Frammentazione contributiva e diritto a pensione unica per il liberi professionisti*, 2020
2. E. Ales, G. Canavesi (a cura di), *La tutela antiinfortunistica oggi*, 2020
3. S. Renga, *La tutela del reddito*, 2022
4. G. Canavesi, E. Ales (a cura di), *Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione ed emergenza*, 2022
5. G. Canavesi, E. Ales (a cura di), *Mezzi adeguati alle esigenze di vita: un concetto inneffabile?* 2023

Finito di stampare nel mese di ottobre 2023  
Presso la *Grafica Elettronica* Napoli

Nonostante l'importanza, l'attenzione dedicata alla garanzia dei "mezzi adeguati alle esigenze di vita", prima della "riforma" pensionistica del 1995, è stata contenuta, anche per l'ambiguità della formula, e comunque concentrata sui trattamenti di pensione. Il volume si propone come un tentativo di riflessione sistematica sul tema dell'adeguatezza, considerato secondo differenti prospettive tra cui l'elaborazione dottrinale e l'evoluzione legislativa, la giurisprudenza costituzionale, le prestazioni in caso di infortuni sul lavoro, i trattamenti di disoccupazione, il lavoro autonomo.

**Guido Canavesi** è Professore ordinario di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, ove dirige la Scuola di specializzazione in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza. Dal 2016 promuove gli annuali Seminari Previdenziali Maceratesi. È condirettore della rivista *Variazioni* su temi di Diritto del lavoro e autore di numerose pubblicazioni in diritto del lavoro e diritto della previdenza sociale.

**Edoardo Ales** è Professore ordinario di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli "Parthenope". È componente del comitato di direzione della Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale e del Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali. È tra i Coordinatori della rivista *Diritti Lavori Mercati*. È componente del comitato scientifico ed Esperto nazionale per l'Italia dello European Centre of Expertise. È Esperto nazionale per l'Italia in materia di libera circolazione dei lavoratori nel Network MoveS.

euro 24,00

ISBN 979-12-5976-781-3

