

LA FLESSIBILITÀ PREVIDENZIALE NELL'EVOLUZIONE DEL LAVORO E DELLE PROFESSIONI

di Giuseppe Ferraro

1. Ambito della ricerca. – 2. La rivoluzione tecnologica e produttiva. I riflessi sul mercato del lavoro. – 3. L'integrazione europea. I riflessi sulle libere professioni. – 4. La riforma federalista del Tit. V della Costituzione. I riflessi sulla legislazione previdenziale. – 5. Le principali linee di tendenza della legislazione previdenziale: flessibilità, generalizzazione, armonizzazione. – 6. L'universalizzazione delle tutele previdenziali. Il lavoro autonomo ed il lavoro coordinato e continuativo. – 7. L'armonizzazione della disciplina previdenziale. La previdenza pubblica e quella privata. – 8. Le implicazioni di carattere costituzionale. – 9. Principio di solidarietà e pluralismo delle istituzioni previdenziali. – 10. I più recenti orientamenti della Corte Costituzionale. – 11. L'armonizzazione previdenziale in ambito comunitario. – 12. La flessibilità speculare all'articolazione dei modelli lavorativi. – 13. Le tecniche di flessibilizzazione: la ricomposizione delle posizioni contributive e la totalizzazione. – 14. Il dibattito sulla totalizzazione. – 15. *Segue*, La contribuzione figurativa e quella volontaria. – 16. La personalizzazione dei trattamenti previdenziali. – 17. La flessibilità previdenziale come leva di politica economica congiunturale. – 18. L'articolazione delle tecniche sanzionatorie. – 19. Considerazioni conclusive.

1. L'obiettivo del saggio è ricostruire il significato dell'espressione molto in voga "flessibilità previdenziale" ed il modo in cui si correla ad altri principi guida che contraddistinguono l'attuale fase di evoluzione del sistema previdenziale¹.

L'analisi riguarda la legislazione statale nelle sue più recenti manifestazioni, ma avendo altresì peculiare riguardo alle forme di previdenza privata nelle quali vanno comprese sia la previdenza professionale gestita dalle Casse privatizzate, sia la previdenza complementare.

Per ricostruire le *guidelines* della legislazione previdenziale devono essere preliminarmente segnalati quanto meno tre macro-fenomeni di grande rilevanza che direttamente o indirettamente influenzano l'evoluzione della legislazione previdenziale e che

¹ Sul tema si veda, per tutti, AA.VV., *L'evoluzione del sistema previdenziale in Italia*, Ed. Lavoro, 2000; F. BACCHIEGA, *Previdenza, flessibilità e "nuovi lavori": il part time e le collaborazioni coordinate e continuative*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000, 455; M. CINELLI, *Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, I, 58; ID., *Flessibilità delle forme di impiego e tutela previdenziale*, in G. FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'europa federale*, Giappichelli, Torino, in corso di stampa; S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto della previdenza sociale: spunti ricostruttivi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, 3, 569 ss.; ID., *Flessibilità delle forme di impiego e tutela previdenziale*, in G. FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'europa federale*, Giappichelli, Torino, in corso di stampa; S. PICCININNO, *I presupposti e i riflessi previdenziali della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro nella prospettiva comunitaria*, in *Dir. Lav.*, 2000, 2-3, 141.

sono alla base dell'attuale fase di riassetto del *welfare state*, in Italia come nei principali paesi europei. Ci si riferisce in particolare:

- a) alle radicali trasformazioni del sistema produttivo, del mercato del lavoro e delle libere professioni;
- b) al processo d'integrazione europea;
- c) alle innovazioni federaliste recentemente introdotte anche nel nostro ordinamento.

Si tratta di fenomeni neppure tanto recenti, ampiamente analizzati dalle più diverse prospettive disciplinari, ma che vale la pena di considerare nuovamente nella prospettiva tematica che andiamo ad affrontare almeno negli aspetti più innovativi e per così dire *in progress*.

2. Iniziando dal *primo* fenomeno, con esso si vogliono richiamare le profonde mutazioni del sistema economico-produttivo ed i riflessi sul mercato del lavoro e sullo sviluppo delle libere professioni. È a tutti ampiamente noto che le trasformazioni dei sistemi produttivi, favorite dal superamento della dimensione meramente nazionale, hanno determinato una revisione spesso radicale dei modelli tradizionali di organizzazione della produzione e del lavoro con la conseguente revisione degli schemi giuridici con i quali veniva tradizionalmente organizzata l'attività lavorativa, per lo più concentrata all'interno di grandi opifici industriali. Di qui la proliferazione di nuovi ed alternativi modelli di impiego della manodopera, un'ampia valorizzazione delle diverse espressioni di lavoro autonomo e professionale, più o meno coordinate con l'attività di impresa; l'accentuazione dei processi di decentramento e frazionamento del sistema produttivo ed altri effetti collaterali, puntualmente esplorati da una ampia letteratura sociologica e giuridica, spesso effervescente, a volte sovrabbondante.

Una eco di tali dinamiche è registrabile nel dibattito politico ed anche giuridico sulla *flessibilità del fattore lavoro*, ove si registrano contrapposizioni spesso radicali, persino manichee: considerata *da taluni* una scelta ineluttabile per fare fronte alla competizione internazionale e per favorire una migliore redistribuzione del lavoro, specie in contesti economici con tassi di disoccupazione allarmanti; demonizzata *da altri* quale fattore di sfruttamento e di precarizzazione nel quadro di una operazione di riassetto dei poteri favorevole ad una egemonia dei ceti imprenditoriali più forti².

Superando la cortina fumogena delle polemiche a volte soltanto ideologiche, su un piano di diritto positivo, si deve prendere atto di una profonda e continua metamorfosi della legislazione del lavoro contraddistinta, appunto, dall'introduzione di una pluralità di modelli lavorativi "*flessibili*", per lo più concorrenziali ed alternativi al modello tipico; dall'ampia promozione del lavoro autonomo, associativo, cooperativo, volontaristico e di utilità sociale; dal peso determinante assunto dai processi formativi, divenuti ormai permanenti, e dalla più attenta considerazione delle esigenze di ristrutturazione, articolazione e decentramento dell'organizzazione produttiva e del lavoro.

² Il dibattito economico e giuridico sulla flessibilità del mercato del lavoro è ricostruito diffusamente in G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2002, ove si rinvia per l'ampia nota bibliografica; ma v. pure R. DEL PUNTA, *Economia e diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, 3 ss..

Senza voler indugiare ulteriormente su analisi che potrebbero apparire dispersive, alcuni aspetti di tali fenomeni vanno qui evidenziati in quanto fortemente influenti sulle dinamiche previdenziali:

A) Ci si riferisce anzitutto alla circostanza che l'articolazione e la frammentazione dei lavori mettono sempre più in crisi il sistema previdenziale tradizionale costruito sul prototipo di un'attività lavorativa ininterrotta e progressiva ed aprono scenari inusitati ed impegnativi per la tutela previdenziale delle nuove generazioni.

La frammentazione ed articolazione delle attività lavorative prospettano effetti problematici sul piano previdenziale, in particolare con riferimento ai trattamenti di tutela dei redditi, che diventano decisivi per affrontare le fasi di inattività, nonché con riguardo a quelli di vecchiaia e di anzianità a causa di una frequente frattura tra l'anzianità di vita e quella di lavoro. Percorsi di vita lavorativa sempre più frazionati, con alternanza continua tra attività formative ed attività lavorative, intervallati da periodi non trascurabili di inoccupazione o comunque di occupazione parziale, ovvero contraddistinti da una contestuale pluralità d'impieghi, ripartiti tra lavori dipendenti e lavori autonomi/imprenditoriali, presentano effetti sconvolgenti per il sistema previdenziale come si è venuto tradizionalmente a strutturare attorno a stereotipi lavorativi contraddistinti, invece, dal requisito dell'unitarietà temporale e spaziale – si pensi al lavoratore impegnato per tutta la vita in una sola azienda, pubblica o privata – e possono mettere in crisi gli equilibri economico-attuariali incentrati tuttora sulla tecnica della ripartizione.

Tutto ciò modifica la stessa funzione dell'intervento previdenziale non più subalterna, e per così dire speculare, alle attività lavorative, ma con una missione protettiva autonoma nell'ambito di un sistema produttivo caratterizzato da una maggiore dinamicità, mobilità e flessibilità, oltre che da crescenti istanze di sicurezza sociale.

Ma v'è di più: mentre in passato il *focus* della tutela previdenziale era concentrato all'interno della dinamica contrattuale tra lavoratore e datore di lavoro, per proiettarsi successivamente a livello collettivo, ma con la stessa binarietà di posizioni contrapposte, oggi il fulcro del sistema protettivo va sempre più trasferendosi “*dal rapporto al mercato*”, sicché l'intervento pubblico diventa il baricentro di un diverso assetto garantistico in cui affiorano nuovi diritti sociali di cittadinanza e di partecipazione che prescindono persino dalla sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro.

Come si è in altre occasioni rilevato, i radicali rivolgimenti sociali ed economici di valenza internazionale o globale, innanzi evocati, risultano incidere sul modo di essere del diritto del lavoro, inteso nella sua accezione più ampia, sui suoi contenuti, sui referenti soggettivi, sulle tecniche e strategie di intervento, spostandone progressivamente il centro gravitazionale dall'originaria matrice civilistica, condensata nella disciplina del contratto di lavoro subordinato, verso i complessi processi di gestione del mercato del lavoro e verso le diverse manifestazioni dello stato sociale.

B) L'incessante diffusione delle attività autonome e professionali altera, in senso non solo quantitativo ma anche qualitativo, l'equilibrio tradizionale tra il lavoro subordinato ed il lavoro autonomo-professionale con effetti non trascurabili persino sulle dinamiche del sistema politico-rappresentativo (basterebbe pensare al peso che le *lobbies* professionali esercitano sulle decisioni governative in confronto al ruolo declinante delle principali centrali sindacali). Sicché il lavoro professionale non solo va espandendosi e riformandosi,

ma va sempre più a candidarsi quale modello o prototipo rappresentativo del sistema produttivo delle società future.

Tutto ciò consente facilmente di intendere quanto sia inadeguata la normativa contenuta nel codice civile tuttora affidata alle scarse norme sul contratto d'opera (art. 2222 c.c.) e sul contratto d'opera intellettuale (art. 2229 c.c.) che riflette una società, se non agricola, protoindustriale³.

C) Un'espressione peculiare dei processi innanzi descritti può essere anche considerata la recente legge n. 662/1996, art. 1, co. 56 e 56bis, la quale sancisce che il regime delle incompatibilità previsto dall'art. 58, D.Lgs. n. 29/1993 (ora art. 53, D.Lgs. n. 165/2001), nonché le disposizioni di legge e di regolamento che vietano in alcuni casi l'iscrizione in albi professionali, non trovano applicazione nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno. Il co. 56bis della legge in commento (introdotto dall'art. 6, co. 2, D.L. n. 79/1997, conv. in L. n. 140/1997) dispone inoltre che *“sono abrogate le disposizioni che vietano l'iscrizione ad albi e l'esercizio di attività professionali”* per i dipendenti pubblici in regime *part time*. In ogni caso, a questi dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitano attività professionali non possono essere conferiti incarichi professionali dalle amministrazioni pubbliche, né gli stessi possono assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione (in merito è intervenuto in seguito l'art. 6, co. 2, D.P.C.M. n. 117/1998, secondo cui al personale in regime di *part-time* *“è consentito, previa motivata autorizzazione dell'amministrazione o dell'ente di appartenenza, l'esercizio di altre prestazioni di lavoro che non arrechino pregiudizio alle esigenze di servizio e non siano incompatibili con le attività di istituto della stessa amministrazione o ente”*).

La norma, com'è noto, ha destato ampie diffidenze negli organi rappresentativi della professione forense, i quali hanno evidenziato numerosi profili di illegittimità costituzionale (in riferimento in particolare agli artt. 3, 4, 24, 97 e 98 Cost.), che non sono stati tuttavia accolti dalla recente sentenza dell'11 giugno 2001, n. 189. Può essere interessante qui osservare, perché esprime il segno dei tempi, che la Corte Costituzionale, per respingere un presunto contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost., ha rilevato come la disciplina normativa che regola l'utilizzo del lavoro *part time* nel settore pubblico possa essere valutata in modo opportuno soltanto se considerata in un più generale disegno di riforma della pubblica amministrazione, succedanea ai cambiamenti registrabili nel mercato del lavoro⁴.

3. Il *secondo macro-fenomeno* da considerare è riconducibile all'attuale fase di integrazione europea, eccezionalmente rilevante per le attività professionali.

³ Per tutti M. PEDRAZZOLI, *Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato*, in *Giorn. Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 1998, 509 ss..

⁴ *“In tale contesto la ratio implicita di detta disciplina è quella di concorrere al raggiungimento di una maggiore efficienza dell'attività amministrativa, mediante l'introduzione di strumenti organizzativi innovativi volti a realizzare al contempo una gestione più flessibile del personale ed un contenimento della spesa pubblica. Inoltre, e con riferimento all'art. 4 Cost., la Corte ritiene che l'eliminazione di vincoli giuridici di iscrizione agli albi professionali è volta, oltre che a favorire la diffusione del lavoro a tempo parziale nel settore pubblico, anche a liberalizzare il mercato delle professioni che, per sua natura, è di tipo concorrenziale e pertanto non può ammettere l'esclusione di soggetti in possesso dei necessari requisiti solo in ragione del loro status di dipendenti pubblici”* (sent. cit.).

Dopo molti dibattiti, e sotto l'impulso di una incalzante attività promozionale della Corte di Giustizia Europea, può ritenersi che i principi della *libera circolazione dei servizi* e della *libertà di stabilimento* nel mercato unico europeo, solennemente sanciti nel Trattato istitutivo delle Comunità, siano in buona parte penetrati nell'ordinamento italiano, specie a seguito dell'emanazione del D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, di attuazione della direttiva n. 98/5/CE, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale⁵.

Eppure alcune scorie del precedente assetto regolamentare continuano ad inficiare la legislazione in materia, come evidenziato anche di recente dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, con la sentenza 7 marzo 2002, in causa C-145/99, con la quale lo Stato italiano è stato censurato *sia* per avere mantenuto, in violazione dell'art. 59 del Trattato (divenuto art. 49 CE), il divieto imposto agli avvocati stabiliti in altri Stati membri ed esercitanti in Italia in regime di libera prestazione di servizi di disporre sul territorio nazionale dell'infrastruttura necessaria all'effettuazione delle loro prestazioni, *sia* per avere obbligato, in violazione dell'art. 52 del Trattato (divenuto art. 43 CE), gli avvocati a risiedere nella circoscrizione del Tribunale da cui dipende l'albo al quale sono iscritti, *sia* infine per avere recepito in maniera incompleta la direttiva 12 dicembre 1998, n. 89/48/CE, relativa al sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore stante l'assenza di una regolamentazione che stabilisca preventivamente le modalità di una prova attitudinale per gli avvocati provenienti da altri Stati membri⁶.

Analoga importanza ha assunto l'applicazione in Italia delle *regole sulla concorrenza* con riferimento alle quali è individuabile un percorso della Corte di Giustizia in qualche modo inverso rispetto a quello innanzi richiamato. Infatti, dopo alcune pronunzie abbastanza categoriche nell'applicare il principio della libera concorrenza nell'ambito delle professioni (v. in part. sent. Corte di Giustizia 18 giugno 1998, in causa C-35/96), la Corte di Giustizia è intervenuta di recente, in un primo momento, per riconoscere la legittimità delle *tariffe forensi* (sent. Corte Giustizia 19 febbraio 2002, in causa C-35/99) – che pure erano state severamente stigmatizzate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato – in quanto gli artt. 10 ed 81 del Trattato “*non ostano all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense (quale il Consiglio nazionale forense), una tariffa che fissi dei minimi e dei massimi per gli onorari degli appartenenti all'ordine, qualora tale misura sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dal R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, e successive modificazioni*”. In un secondo momento la Corte (sent. Corte di Giustizia 19 febbraio 2002, in causa C-309/99) ha dichiarato la legittimità del divieto di costituzione di *società tra avvocati* ed altri professionisti contenuto nella legislazione di un paese comunitario, in quanto “*il regolamento adottato nel 1993 dall'Ordine*

⁵ Sulla direttiva stabilimento e successivo D.Lgs. 2 febbraio 2001, v. R. DANOVÌ, *Diritto e giustizia*, 2001, 26; E. GRANZIERA, *Il diritto di stabilimento degli avvocati: verso una nuova era?*, in *Giur. It.*, 2002, 39; M. SANTARONI, *L'esercizio delle professioni di avvocato nell'europa comunitaria*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 1072.

⁶ Sulla sentenza richiamata, in un quadro problematico più ampio, v. F. FERRARO, *Avvocati: cronaca di una condanna da tempo annunciata per l'Italia*, in *Dir. Pub. Com. Eur.*, 2002, in corso di stampa; ID., *L'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza alla professione di avvocato*, in corso di stampa; P. POZZAGLIA, *La mobilità dei professionisti nell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, in corso di stampa; M. SANTARONI, *L'esercizio delle professioni di avvocato nell'europa comunitaria*, op. cit..

*olandese degli avvocati avente ad oggetto la collaborazione tra avvocati ed altri professionisti liberali, non viola l'art. 81.1 del Trattato in quanto la normativa nello stesso contenuta, malgrado gli effetti restrittivi della concorrenza ad essa inerenti, è stata introdotta perché ritenuta ragionevolmente necessaria al buon esercizio della professione di avvocato così come organizzata nello Stato membro interessato*⁷.

Al di là delle argomentazioni fornite – più evasive nel caso Arduino, meglio approfondite nel caso Wouters, ma certo non esaustive – emerge la piena consapevolezza dei valori etici, morali e sociali che connotano il ruolo e la funzione dell'avvocato che possono giustificare una disciplina restrittiva finalizzata al perseguimento di un preminente interesse pubblico. Semmai restano da approfondire alcuni profili ulteriori segnatamente in relazione al principio di proporzionalità (artt. 3, lett. g, 10, 81 e 87 CE) quale parametro di ragionevolezza sovente adottato dalla Corte per stabilire i termini e la misura di tollerabilità di eventuali limitazioni alla concorrenza introdotte dalle discipline nazionali sulle libere professioni.

Tralasciando però questi approfondimenti più specialistici, occorre appena rilevare che dall'evoluzione normativa richiamata emergono abbastanza nitidamente i tratti di un modello di avvocato europeo per così dire “*senza frontiere*” che, *da una parte*, incorpora ed amalgama talune specificità nazionali, *da un'altra parte*, disegna o suggerisce un nuovo statuto regolativo. Quest'ultimo deve ormai incorporare come elemento strutturale il riconoscimento della libertà di circolazione e di trasferimento nel mercato comunitario nelle loro plurime manifestazioni. Ma se ciò è vero non sono in alcun modo tollerabili sistemi previdenziali troppo marcatamente differenziati che possono mettere in discussione l'effettiva realizzazione di quei principi fondamentali. In altri termini il nuovo assetto ordinamentale non può ormai prescindere da un obiettivo di armonizzazione “*forte*” delle varie forme di tutela previdenziale, *sia* quelle di carattere obbligatorio *sia* quelle di carattere complementare, divenuta consustanziale ad un mercato professionale allargato e concorrenziale.

4. Il *terzo fenomeno* che si intende richiamare è riconducibile alle spinte federaliste particolarmente pressanti dopo l'intervenuta riforma del Tit. V della Costituzione (legge Cost. n. 3/2001)⁸.

⁷ Sulle due pronunzie a confronto v. S. BASTIANON, *Due pronunzie, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di Giustizia*, in *Foro It.*, 2002, 4; A. BERTOLOTTI, *La Corte di Giustizia si (ri)pronuncia sulle tariffe professionali: nuove riflessioni sul tema*, in *Giur. It.*, 2002, 769; F. FERRARO, *L'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza alla professione di avvocato*, op. cit..

⁸ Sulla *devolution* il dibattito è molto ampio, v. per tutti il numero monografico della rivista *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. V, 2002, su *Il nuovo titolo V della Costituzione Stato-Regione e Diritto del lavoro*, con contributi di M. LUCIANI, G. ROSSI e A. BENEDETTI, A. CORPACI, G. PENNELLA, D. DELLA CANANEA, G. D'AURIA, G. ARRIGO, P. VARESI, R. SALOMONE, L. ZOPPOLI, A. VISCOMI, G. DONDI e G. ZAMPINI; cfr. pure tra gli autori più recenti: F. CARINCI, *Osservazioni sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Labourlaw Journal*, 2001, 7 ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Roma; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo*, Giuffrè, Milano, 2001; M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 19 ss.; G. FERRARO, introduzione alla ricerca su *Sviluppo e occupazione nell'europa federale*, Giappichelli, Torino, 2003, 3 ss.. Con specifico riferimento ai profili previdenziali v. G. BALANDI, *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in *Lav. Dir.*, 2001, 479.

Com'è ampiamente noto, nell'ambito del nuovo articolo 117 Cost. "le professioni" in genere rientrano nella competenza concorrente delle Regioni, mentre la materia previdenziale risulta per così dire ripartita: la "previdenza sociale" rientra nella competenza esclusiva dello Stato, là dove la "previdenza complementare integrativa" è compresa tra le materie di competenza concorrente. Tralasciando le questioni attinenti la competenza regionale in materia di professioni, merita di essere affrontato lo sdoppiamento della materia previdenziale tra la competenza esclusiva dello Stato e quella delle Regioni. Tale ripartizione ha suscitato non pochi interrogativi, non solo per la definizione di un'esatta linea di demarcazione delle aree di competenza tra lo Stato e le Regioni, ma anche perché l'attribuzione della competenza regionale in materia di previdenza complementare ed integrativa è sembrata a molti in controtendenza, se non in contraddizione, con le linee di sviluppo della materia, ove appena si consideri *da una parte* che esiste ormai una legislazione nazionale molto analitica di regolamentazione dello specifico settore – ed anche i progetti di modifica contenuti nella delega previdenziale accentuano oltremodo gli elementi di centralismo statale (v. disegno di legge n. 245) – *da un'altra parte* (ove si consideri) la peculiare connotazione funzionale che è venuta assumendo la previdenza complementare in quanto fortemente interdipendente dalla previdenza pubblica, e quindi contraddistinta da significativi elementi pubblicistici, tant'è che è ormai prevalente l'opinione, autorevolmente condivisa dalla Corte Costituzionale (sent. n. 382/2000), che ritiene debba essere ricondotta nel raggio di incidenza del co. 2 dell'art. 38 Cost., anziché del co. 5⁹.

Queste argomentazioni danno ragione dell'atteggiamento scettico espresso da una parte della dottrina specialistica, sino al punto che *alcuni* rilevano che la riforma federalista del 2001 nella materia specifica "sembra promettere per la previdenza complementare ed integrativa più di quanto possa poi effettivamente mantenere" essendo "difficile immaginare che possa esplicitarsi fuori dalle forme della competenza di tipo integrativo-attuativo, per l'incidenza che su di essa esplica il limite congiunto: a) del nesso funzionale con la previdenza obbligatoria, b) e della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni"¹⁰. Viceversa, *altri*, sono indotti ad interpretare la stessa formula come riferibile prevalentemente ad una previdenza integrativa che dovrebbe andare ad esplicitarsi nell'ambito del terzo o addirittura di un quarto pilastro del sistema previdenziale¹¹.

In realtà, nonostante i rilievi innanzi riportati, le incertezze sembrano eccessive giacché la funzionalizzazione della previdenza complementare rispetto ad obiettivi più generali di interesse pubblico-generale non preclude margini significativi d'intervento da parte della legislazione regionale, come in qualche modo può desumersi già dall'art. 2, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 124/1993, e dall'art. 3, co. 1, lett. b) dello stesso decreto, che, con specifico riferimento alla previdenza complementare dei lavoratori autonomi e di liberi professionisti, valorizza la dimensione territoriale e regionale, sia pure in un quadro di principi fondamentali definiti a livello nazionale.

⁹ Sulla funzionalizzazione della previdenza complementare v. R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Cedam, Padova, 1997; P. SANDULLI, *Riforma pensionistica e previdenza integrativa*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, 201; polemicamente G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1999; ID., *Fondi pensione e lavoro autonomo*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000, 683.

¹⁰ A.M. POGGI, *La previdenza complementare e "integrativa" nel nuovo titolo V della Costituzione tra politiche locali e cittadinanza sociale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, 1 ss.

¹¹ C. LAGALA, *Le ragioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, 55 ss..

5. Nell'ambito dei fenomeni innanzi descritti si situano le più significative linee di riforma del sistema previdenziale (*rectius* di sicurezza sociale) e si chiarisce ampiamente il significato del concetto di flessibilità declinato con riguardo alla legislazione previdenziale.

Le trasformazioni del sistema produttivo e del lavoro, l'europeizzazione della disciplina sulle libere professioni ed il federalismo normativo costituiscono l'*humus* sostanziale su cui si innestano le principali innovazioni della legislazione previdenziale all'insegna della flessibilità. Essi infatti trasmettono esigenze di articolazione e di revisione dei diversi regimi di protezione sociale in quanto raccordate alle varie manifestazioni in cui la flessibilità può esprimersi su un piano sostanziale: la *flessibilità lavorativa*, in primo luogo, con le difficoltà più volte rappresentate di ricostruire un percorso utile ai fini previdenziali; *quella geografica* connessa in particolare al mercato unico europeo ed al radicarsi dei principi di libera circolazione dei servizi e di libera concorrenza; la *flessibilità regolamentare* o delle fonti di organizzazione dei processi sociali a livelli decentrati con riflessi importanti sulla previdenza complementare specie se concepita come parte integrante di quella pubblica.

La portata di tali cambiamenti comporta una revisione profonda del sistema previdenziale. Anzi da questo punto di vista deve essere ancora una volta evidenziato il ruolo del tutto innovativo che assume la legislazione previdenziale quale momento di razionalizzazione e di riequilibrio di processi sociali che altrimenti potrebbero determinare gravi disuguaglianze e vere e proprie forme di emarginazione sociale. Ciò equivale a riconoscere che, mentre in passato la legislazione previdenziale si poneva in posizione sostanzialmente ancillare rispetto ai processi di regolazione della società civile, oggi assume sovente un ruolo propulsivo ed incentivante, o come si dice "*gioca in proprio*", sviluppa una sua dinamica endogena, forgia categorie giuridiche, che spesso condizionano la disciplina di diritto sostanziale, e per di più adempie ad una funzione decisiva nel compensare gli squilibri determinati dal sistema produttivo e dalle nuove forme di utilizzazione del lavoro.

Al centro di questo sistema un peso preminente assume l'esigenza di arricchimento delle tecniche protettive e di integrazione delle prestazioni previdenziali in guisa tale da assecondare la nuova dimensione in cui si collocano le attività lavorative e quelle professioni.

Ma prima di approfondire le tecniche e le procedure attraverso le quali la flessibilità previdenziale si estrinseca, occorre soffermarsi su altre due linee di tendenza in qualche modo integrative e contestuali che *da una parte* completano il disegno complessivo e *da un'altra parte* consentono di considerare la tematica della flessibilità anche nei suoi aspetti di ambiguità e persino di contraddizione con altre "*spinte*" provenienti dalla società. Ci si riferisce in modo particolare: *a)* alla *generalizzazione/universalizzazione* delle tutele previdenziali; e *b)* alla *armonizzazione/razionalizzazione* delle fonti di finanziamento e delle prestazioni.

6. Per quanto concerne il *primo profilo*, costituisce una rilevazione ormai di senso comune la proiezione del legislatore ad estendere le tutele a tutte le attività lavorative travalicando differenziazioni inveterate, tra cui quelle che hanno tradizionalmente mantenuto in categorie totalmente separate il lavoro subordinato *da una parte* ed il lavoro

autonomo e professionale *dall'altra*¹². Tale evoluzione si iscrive nell'ambito di una prospettiva più avanzata di protezione del lavoro in tutte le sue forme e manifestazioni, che trova fondamento nel testo costituzionale, segnatamente nel coordinato disposto degli artt. 3, 35 e 38 Cost..

Particolarmente esemplificativa di tale processo può essere considerata la legislazione, relativamente recente, che ha esteso una serie di tutele previdenziali *sia* al lavoro autonomo (non assistito da albi professionali e casse di previdenza di tipo categoriale), *sia* al lavoro coordinato e continuativo.

Le tappe di un simile processo meritano di essere ricostruite per la forte valenza illustrativa.

Il processo prende l'avvio dall'art. 2, co. 26, legge n. 335/1995¹³, che, com'è risaputo, ha provveduto ad iscrivere presso una gestione speciale istituita presso l'INPS *sia* i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo di cui all'art. 49 TUIR, *sia* i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui al co. 2, lett. a), art. 49 del medesimo TU, *sia* gli incaricati alla vendita a domicilio.

Per quanto specificamente concerne i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, il co. 26, art. 2, attraverso il rinvio al co. 2, lett. a), art. 49, TUIR, comprendeva *“i redditi derivanti dagli uffici di amministratori, sindaco o revisore di società, assicurazioni ed altri enti, con o senza personalità giuridica, dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili, dalla partecipazione a collegi e commissioni”*, nonché altri rapporti di collaborazione coordinata e continuativa tali considerandosi *“i rapporti aventi per oggetto prestazioni di attività, non rientranti nell'oggetto dell'arte o professione esercitata dal contribuente ai sensi del comma 1, che pur avendo contenuto intrinsecamente artistico-professionale sono svolti senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita”*.

L'innovazione innanzi riportata perseguiva un'evidente finalità di carattere impositivo avendo l'obiettivo di assoggettare a contribuzione previdenziale redditi residuali prodotti da categorie peculiari di lavoro autonomo nell'ambito delle quali si annidavano con frequenza forme di evasione contributiva ed aree di lavoro sommerso. Tuttavia per una serie di circostanze, che potrebbe essere dispersivo qui ricostruire, le categorie così identificate hanno registrato un'improvvisa ed imprevedibile lievitazione, divenuta visibile attraverso una massiccia iscrizione all'INPS. Ciò perché si consentiva di legalizzare situazioni anomale

¹² Per una ricostruzione del dibattito v. per tutti S. HERNANDEZ, *Il disegno di legge sui lavori “atipici”: verso una nuova rigidità*, in *Dir. Lav.*, 1999, 385, ed ivi successivi interventi di numerosi autori.

¹³ Ma per una prima anticipazione della tutela pensionistica ai lavoratori parasubordinati in genere, rimasta tuttavia inattuata, v. art. 11, legge n. 537/1993, ed in precedenza art. 2, co. 1, D.L. n. 155, dello stesso anno caduto in sede di conversione. Su tali profili v. per tutti P. SANDULLI, *Il lavoro coordinato fra disciplina civilistica e regime fiscale e previdenziale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 2, 426; G. FERRARO, *Collaborazioni non subordinate e riflessi previdenziali*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2001, 103 ss.; R. PESSI, *Profili previdenziali del c.d. lavoro parasubordinato*, in *Man. Giur. Lav.*, 1999, 526; R. VIANELLO, *La nuova tutela per le attività di lavoro autonomo, libero-professionali e di collaborazione coordinata e continuativa*, in C. CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, 1996, 270; G. CARDONI, *La parabola della tutela previdenziale del lavoro c.d. “parasubordinato” tra incertezze normative, conflitti amministrativi e proposte di revisione*, in *Dir. Lav.*, 2001, I, 617; L. CARBONE, *La previdenza (e disciplina) delle “nuove” collaborazioni coordinate e continuative dei liberi professionisti*, commento a Cass. 14 febbraio 2001, n. 2120; S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto della previdenza sociale*, op. cit..

ed eterogenee, formalmente sottratte ai vincoli dei rapporti di lavoro dipendente, con l'attribuzione contestuale di un minimo di protezione sociale. Parallelamente, *da una parte* si è messa in moto una forte mobilitazione sul piano associativo e sindacale, *da un'altra parte* si è venuto a costruire attorno alle categorie ivi indicate un vero e proprio *sistema di protezione previdenziale*, o, come da qualcuno definito, uno "*statuto protettivo*" di figure professionali atipiche tra loro alquanto eterogenee. Sicché, dopo una prima differenziazione nell'ambito della categoria tra i cd. "*parasubordinati puri*", vale a dire quei soggetti privi di altre forme di tutela previdenziale, dai cd. "*parasubordinati spuri*", già muniti di una cassa di previdenza (v. art. 59, co. 16, L. n. 449/1997), si è progressivamente estesa una serie di trattamenti previdenziali che nella loro interazione hanno assunto una valenza sistemica¹⁴. Ci si riferisce in particolare alla tutela di maternità riconosciuta alle lavoratrici coordinate, alla tutela economica di malattia e degli assegni familiari (art. 80, co. 12, L. n. 388/2000; v. da ultimo D.M. 4 aprile 2002), alla possibilità di riscattare periodi contributivi pendenti all'inizio dell'obbligo assicurativo (art. 51, co. 2, L. 23 dicembre 1999, n. 488), a talune forme embrionali di tutela del reddito ed ancora all'estensione dell'assicurazione sugli infortuni sul lavoro (art. 5, D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38).

Il processo descritto si è completato con l'art. 34 della L. n. 342/2000 che *da una parte* ha assimilato i redditi prodotti dalle categorie indicate a quelli di lavoro dipendente, *da un'altra parte* ha fornito una definizione più puntuale della categoria dei lavoratori coordinati e continuativi, agganciandosi in qualche modo all'ampio dibattito parlamentare che ha attraversato la precedente legislatura attorno ai vari disegni di legge sul lavoro atipico che tuttavia non hanno prodotto alcun provvedimento normativo.

Dalla lettura del materiale disponibile è a tutti ormai chiaro che la *nuova categoria*, inventata dalla legislazione fiscale, è *sostanzialmente complementare e residuale* rispetto alle attività professionali in senso proprio in quanto ha ragione di operare *là dove non esiste una categoria professionale adeguatamente strutturata ed organizzata, anche sul piano previdenziale*¹⁵.

Per quanto più direttamente concerne la presente trattazione, può rilevarsi che il sistema previdenziale si presenta per così dire "*a tutto tondo*" non lasciando più margini di esclusione ad alcuna delle fattispecie comprese nell'ambito delle attività lavorative in senso lato. Così come al contempo deve riscontrarsi l'emersione di una vera e propria categoria sociale, quella dei lavoratori coordinati e continuativi, affine o limitrofa a quella dei

¹⁴ Sullo statuto protettivo dei collaboratori coordinati, v. S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto della previdenza sociale. Spunti ricostruttivi*, op. cit.; M. CINELLI, *Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale*, op. cit..

¹⁵ In questi termini già L. CARBONE, *La previdenza (e disciplina) delle "nuove" collaborazioni coordinate e continuative dei liberi professionisti*, op. cit., 522, il quale rileva che "*quando vi sono l'elemento soggettivo dell'iscrizione (del prestatore) nell'albo professionale e quello oggettivo della natura tecnica dell'attività prestata, detta attività ha natura professionale. Devono, quindi, considerarsi redditi professionali tutti quelli derivanti da attività nelle quali il professionista mette comunque a frutto la propria "cultura" professionale, applicando a campi contigui a quello tipico le conoscenze che fanno parte di tale cultura*". L'Autore osserva altresì che "*sulla "scia" di tale interpretazione, il ministero del lavoro, con nota prot. n. 80761 del 19 luglio 2001, "chiarisce" il trattamento previdenziale dei compensi percepiti dal professionista nello svolgimento di attività di collaborazione, affermando che i professionisti che svolgono l'attività professionale sotto forma di collaborazioni coordinate e continuative possono legittimamente versare i contributi sulle stesse all'ente previdenziale categoriale, e non alla gestione separata Inps, trattandosi di esercizio di attività professionale svolta da soggetti iscritti all'albo. I professionisti iscritti in albi professionali, quindi, potranno contribuire a versare i contributi previdenziali alla propria cassa di previdenza categoriale, anche quando svolgono l'attività professionale sotto forma di collaborazione coordinata e continuativa*".

professionisti, ma con requisiti del tutto peculiari, che si candida ad assumere una valenza anche sul piano giuridico–sostanziale se dovessero trovare ulteriori svolgimenti i progetti governativi sulla regolamentazione del cd. lavoro atipico¹⁶.

Alla luce di un tale processo di universalizzazione del sistema previdenziale si può ritenere che esso rappresenti indubbiamente un “*fondamentale fattore di progresso della tutela del lavoro in genere (artt. 4 e 35 Cost.) ed insieme di stabilizzazione delle regole della concorrenza*”¹⁷.

7. La *seconda linea* di tendenza si esprime nella direzione della *armonizzazione delle discipline previdenziali*.

L’armonizzazione è un obiettivo primario che il legislatore italiano si è prefissato a partire dagli anni 1990 ed ha trovato una chiara esplicitazione *sia* nella cd. riforma Amato *sia* nella riforma Dini. L’obiettivo dell’armonizzazione nasce da esigenze poliedriche, spesso imprescindibili, tra le quali, *in primis*, quella di garantire ai destinatari della tutela sociale, qualunque sia il regime previdenziale di riferimento, il pieno rispetto dei principi costituzionali contenuti nell’art. 38 Cost., e cioè di assicurare a tutti i lavoratori mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in presenza di eventi e situazioni di rischio specificamente protette, ma anche di contenere l’aumento della spesa previdenziale eliminando trattamenti troppo elevati ed antichi privilegi. Tutto ciò comporta il superamento della dimensione settoriale e categoriale che ha contraddistinto la nascita e l’evoluzione dei vari regimi previdenziali in un’ottica perequativa e solidaristica estesa all’intera collettività (art. 3).

La tendenza all’armonizzazione si esplica in svariate direzioni:

- a) all’interno del sistema di previdenza obbligatoria gestito dall’INPS investendo in particolare i vari fondi speciali nonché i regimi sostitutivi, esclusivi ed esonerativi;
- b) nel rapporto tra la previdenza obbligatoria dei lavoratori subordinati, quella degli autonomi facente capo all’INPS, e quella professionale o di categoria di pertinenza delle varie casse di previdenza;
- c) nel rapporto tra la previdenza obbligatoria e la previdenza complementare e/o integrativa;
- d) nel rapporto tra le varie forme di previdenza operanti all’interno della Comunità economica europea.

In questa sede ci è consentito soffermarci soltanto su alcuni aspetti che tuttavia paiono più eloquenti: vale a dire *da un lato* sul rapporto tra la previdenza obbligatoria e quella professionale, ivi compresa la previdenza complementare, *da un altro lato* sulla armonizzazione a livello europeo.

Relativamente al *primo aspetto*, è ormai acquisito che la risistemazione concettuale della previdenza di categoria, avvenuta a seguito della privatizzazione delle casse di previdenza (D.Lgs. nn. 509/1994 e 103/1996), benché abbia sancito principi solenni di autonomia gestionale, contabile e normativa nell’ambito di una solidarietà che si esprime prevalentemente all’interno delle singole categorie, abbia tuttavia introdotto una serie di principi e criteri alquanto condizionanti e vincolistici. Infatti la legislazione richiamata, pur

¹⁶ Ma v. l’opinione critica di S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto della previdenza sociale. Spunti ricostruttivi*, op. cit., 573, secondo il quale “*ciò che si sta realizzando nella sfera del lavoro autonomo riproduce quella forma ibrida – vizziata appunto dal forte categorialismo tipico dell’esperienza istituzionale – di universalismo per sommatoria, indebolito da rilevanti ed iniqui vuoti di tutela, che ha storicamente improntato la stessa successione di tutele avutasi sul terreno del lavoro subordinato e che tuttora costituisce uno dei tratti caratterizzanti del relativo sistema di protezione*”.

¹⁷ M. CINELLI, *Politiche dell’occupazione e flessibilità previdenziale*, op. cit..

riaffermando la pluralità degli organismi assicurativi (art. 1), ha in realtà imposto requisiti uniformi alle varie tipologie di previdenza nella prospettiva della realizzazione di un obiettivo sostanzialmente perequativo¹⁸. Basterebbe qui richiamare quanto previsto con l'art. 3, co. 12, L. n. 335/1995, che ha esteso anche ai professionisti e lavoratori autonomi l'obbligo del requisito congiunto, assicurativo ed anagrafico, per ottenere la pensione di anzianità, ovvero, sotto altro profilo, i criteri imposti per garantire l'equilibrio finanziario di gestione (secondo cui la stabilità delle gestione degli enti privatizzati è da determinarsi in un arco temporale non inferiore a quindici anni). Inoltre il processo di armonizzazione ha coinvolto la determinazione della base pensionabile previsto negli enti privatizzati, ampliandone il periodo di riferimento, anche se con differenti previsioni per i fondi sostitutivi (INPGI ed INPDAI) e per tutti gli altri enti privatizzati¹⁹. Parimenti il legislatore è intervenuto sul sistema di calcolo delle pensioni che, su opzione, può essere modificato da retributivo in contributivo secondo la regola prevista per il regime generale, prima con la tecnica del *pro-rata*, poi obbligatoria per i neo assunti dopo il 1° gennaio 1996.

Pertanto può dirsi che lo scenario della previdenza obbligatoria dei liberi professionisti e dei lavoratori autonomi è stato sottoposto ad un progressivo stravolgimento: *sia* nei profili strutturali richiamati, *sia* in quelli funzionali considerato che questo tipo di previdenza ha subito e sta subendo continuamente interventi da parte del legislatore anche su questioni ed istituti tipici (tra l'altro con riguardo ai requisiti anagrafici e contributivi per il pensionamento, ovvero alle regole per il cumulo tra pensione e reddito da lavoro²⁰).

In questo contesto, nel quale i livelli di tutela per i liberi professionisti e lavoratori autonomi sono stati interessati dal medesimo processo restrittivo previsto per i lavoratori subordinati, con inasprimento dei requisiti e diminuzione delle prestazioni, si colloca l'altro tipo di *previdenza*, quella *complementare*.

Anche la previdenza complementare dei lavoratori autonomi è disciplinata secondo regole uniformi a quelle vigenti per i lavoratori in genere benché presenti delle peculiarità, specie per quanto concerne la possibilità di istituire forme pensionistiche complementari in regime di prestazioni definite "*volte ad assicurare una prestazione determinata con riferimento al livello del reddito ovvero a quello del trattamento pensionistico obbligatorio*" (art. 2, co. 2, lett. b, D.Lgs. n. 124/1993).

Senza volere entrare nel merito della disciplina specifica, costituisce un dato ormai ampiamente accreditato che tale forma di previdenza si collega intimamente a quella pubblica ed anzi ne rappresenta un elemento di integrazione e di completamento al fine della predisposizione di quei mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio,

¹⁸ Così G. CIOCCA, *Fondi pensione e lavoro autonomo*, op. cit., 679. Criticamente M. DE TILLA, *La previdenza forense in Europa*, in *Prev. forense*, 1997, II, 21; ID., *Egoismi e solidarietà*, ivi, 2002, II, 98 ss..

¹⁹ Ma v. il parere del Consiglio di Stato, sez. II, 9 luglio 1997, n. 1530, secondo il quale "*gli enti previdenziali privatizzati dei liberi professionisti in base all'art. 3, 12° comma, legge 8 agosto 1995, n. 335, stante il valore meramente programmatico della norma, sono facoltizzati e non vincolati, ad aumentare con apposita delibera, il periodo di riferimento della base pensionistica ai fini del calcolo delle pensioni*", in *Foro It.*, 1998, III, 503, con nota di L. CARBONE, *Il futuro della previdenza forense*, in *Prev. forense*, 1998, n. 4, 27, nonché M. CINELLI, *Le sfide della previdenza forense*, in *Giust. Civ.*, 2000, 27 ss..

²⁰ G. CIOCCA, *Fondi pensione e lavoro autonomo*, op. cit..

malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria prescritti dall'art. 38, co. 2, Cost.²¹.

Un'analoga impostazione ricostruttiva potrebbe essere revocata in dubbio con riferimento alla previdenza dei liberi professionisti considerato che *sia* quella obbligatoria *sia* quella complementare rientrano in un'area sostanzialmente privatistica.

D'altronde un sintomo di tale diversità può ravvisarsi nel dato normativo innanzi riportato, che consente l'istituzione di forme complementari in regime di prestazioni definite: il che lascia trasparire la volontà di riservare alla previdenza complementare delle categorie professionali una maggiore autonomia nella determinazione della contribuzione e delle prestazioni e quindi una certa indipendenza dai processi evolutivi (*rectius* restrittivi) che investono la previdenza obbligatoria. Tutto ciò indurrebbe a ritenere che la previdenza complementare delle categorie considerate non sia affatto concepita in un'ottica funzionalizzata ed unitaria rispetto alla previdenza obbligatoria.

Senonché una tale conclusione non può essere prospettata giacché la verifica di diritto positivo quale innanzi tratteggiata non consente allo stato della legislazione vigente di effettuare ricostruzioni differenziate e piuttosto lascia trasparire un marcato *trend* al livellamento da parte del legislatore che costituisce uno degli aspetti più problematici dell'attuale fase legislativa²².

²¹ P. SANDULLI, *Riforma pensionistica e previdenza integrativa*, op. cit.; R. PESSI, *La riforma delle pensioni*, op. cit.; ID., *Una lezione di etica della politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 965; F. MAZZIOTTI, *Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive*, in *Dir. Lav.*, 1997, I, 240. Contesta l'inserimento della previdenza complementare nell'ambito pubblicistico della tutela di cui all'art. 38, co. 2, in nome della salvaguardia dell'ultimo comma, G. COCCIA, *La libertà della previdenza privata*, op. cit., 101 ss.; v. altresì M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, Rel. XIII Convegno AIDLASS, Ferrara 11/13 maggio 2000, ora in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000, 222, il quale, dopo aver rilevato che "la previdenza privata, nonostante la Costituzione ne garantisca la libertà allo stesso modo in cui la garantisce all'autonomia collettiva che la gestisce, sia stata avvicinata dal legislatore ordinario alla previdenza pubblica", precisa che tuttavia "quella legislazione non è sufficiente da sola a far ritenere che la previdenza privata sia costantemente finalizzata alla realizzazione del programma di cui al 2° co., art. 38". Sulle misure "di rigore" dettate per la generalità delle pensioni dalla manovra finanziaria per il 1998 v. pure F. MIANI CANEVARI, *Svolgimenti recenti della giurisprudenza costituzionale e contributo all'evoluzione del sistema previdenziale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2001, sp. 195 ss., con particolare riferimento alla liquidazione dei trattamenti in forma capitale, ai divieti di cumulo, alla perequazione automatica, all'obbligo di erogare le forme integrative che garantiscono prestazioni definite esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina dell'assicurazione obbligatoria di appartenenza. L'Autore rileva in particolare che "nel corso della legislatura si conferma, pertanto, il penetrante intervento del legislatore sulla materia (cfr. anche quanto previsto dalla legge n. 144 del 1999 e dal d.lgs. n. 47 del 2000, di cui appresso, a quelle in materia di anticipazioni, riscatti e devoluzione dei trattamenti in caso di morte dell'iscritto), che sembra svalutare la portata del 5° comma dell'art. 38 Cost., e che, nel contempo, trova la propria giustificazione nella funzione di completamento delle tutele, che viene attribuita alla previdenza complementare, ormai considerata il "secondo pilastro" per l'attuazione del comma 2 del medesimo art. 38".

²² Forme accentuate di condizionamento nei confronti delle Casse private che travolgono il principio di separatezza, sono da tempo presenti nell'ordinamento in forma esplicita o implicita (v. legge n. 544 del 1988, legge n. 45 del 1990, D.Lgs. n. 103 del 1996), tant'è che molti rilevano che l'autonomia dei regimi previdenziali dei liberi professionisti è caratterizzata da un'autonomia ridotta perché arriva soltanto fin dove ciascuna categoria è in grado di autogestirsi. Per ulteriori approfondimenti v. L. CARBONE, *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, Utet, Torino, 1998, 182; ID., *Il futuro della previdenza forense*, in *Prev. forense*, 1998, n. 4, 27; D. DONELLA, *La riforma generale delle pensioni e la previdenza forense*, ivi, 1995 4, 21;

8. Le implicazioni delle tendenze rilevate si riflettono anzitutto sul tema della verifica di costituzionalità di quelle norme eccessivamente dirigistiche che finiscono sostanzialmente per omologare i principi ed i criteri vigenti a quelli operanti per la previdenza pubblica, specie sul versante delle prestazioni (secondo un disegno ampiamente delineato a seguito dell'art. 59, L. n. 448/1997, in materia di divieto di capitalizzazione dei trattamenti di pensione, di uniformizzazione dei requisiti per l'erogazione, di cumulo redditi/pensioni, di compressione dei meccanismi di perequazione atipici, etc.).

In linea di principio la loro legittimazione si può giustificare soltanto su una lettura aggiornata del testo costituzionale nelle sue complesse articolazioni da rapportare ad una società dinamica, mobile ed anche instabile, nell'ambito della quale occorrerebbe tuttora delimitare chiaramente le funzioni indispensabili ed indisponibili assegnate allo Stato sociale in un'ottica di solidarietà generale, quelle che possono essere delegate o riservate a forme di solidarietà settoriale, mutualistiche o collettive, e quelle che vanno lasciate all'iniziativa dei privati, *sia* sul piano delle forme organizzative *sia* delle prestazioni erogabili. In questa operazione la definizione delle modalità di attuazione delle garanzie previdenziali deve tenere conto non solo dei precetti dell'art. 38 Cost. ma anche delle più complessive trasformazioni istituzionali registrate in specie sul versante sindacale, anche dei lavoratori autonomi, dove si è andato stabilizzando un sistema di relazioni industriali difforme da quello prefigurato dall'art. 39 Cost., eppure considerato compatibile o quanto meno tollerabile in relazione ai principi provenienti da tale norma. Soltanto alla luce di tale ricostruzione è possibile comporre l'apparente contraddizione tra il ruolo assegnato all'autonomia collettiva nel concorrere a realizzare esigenze primarie di tutela previdenziale e la libertà o autonomia dei soggetti privati di partecipare a forme di previdenza complementare. Si tratta a ben vedere della stessa ambiguità sottesa ai processi di espansione naturale della normativa collettiva, nonostante la natura privatistica, processi che si muovono su un crinale delicato ed incerto perennemente in bilico tra le censure di incostituzionalità e l'ineludibile necessità dei sistemi postcapitalistici di realizzare processi regolatori uniformi con la più ampia partecipazione sociale.

9. Definito il quadro generale di riferimento, limiti particolarmente problematici all'intervento regolativo del legislatore ordinario emergono segnatamente in relazione alla previdenza complementare *sia* per la matrice privatistica che tradizionalmente ne contraddistingue l'istituzione, in gran parte ancora preservata, *sia* per i criteri tecnici ed attuariali che sono sottesi alla definizione dei trattamenti garantiti, che riflettono una logica più vicina ai sistemi "a capitalizzazione" che a quelli "a ripartizione" (v. Cons. Stato n. 531/1988 e n. 91/1991, in C.S., 1988, II, 972 e 1991, II, 473), *sia* per l'origine contrattuale e collettiva della fase costitutiva che si avvale delle garanzie riservate alle istituzioni intermedie e in specie a quelle sindacali. Da ciò discende che non può essere sufficiente per legittimare qualunque forma di intervento ablatorio o modificativo invocare genericamente i principi solidaristici ed egualitaristici, opportunamente perseguiti nella trasformazione del sistema

S. CENTONFANTI, *La privatizzazione "debole" degli enti previdenziali non usufruenti di finanziamenti pubblici*, in *Giust. Civ.*, 1994, II, 615; F. DONELLA, *La difficile strada degli enti privatizzati*, in *Prev. forense*, 1997, 3, 54; P. PONTRANDOLFI, *La privatizzazione degli enti di previdenza dei liberi professionisti*, in *Giust. Civ.*, 1997, II, 373; M. LUCIANI, *L'autonomia normativa degli enti previdenziali*, in *Prev. forense*, 1998, 4, 37.

previdenziale, e neppure far valere istanze finanziarie o di bilancio di importanza preminente, giacché sia gli uni che gli altri, se hanno un peso decisivo nel giustificare la riforma del sistema previdenziale pubblico sino a consentire modifiche anche molto incisive dei trattamenti precedenti – nei limiti tuttavia segnati dalla L. n. 421/1992, che *da una parte* salvaguarda espressamente i diritti quesiti, *da un'altra parte* tutela le posizioni giuridiche maturate sino all'entrata in vigore della riforma – non possono assumere la stessa valenza con riguardo alle forme previdenziali integrative e complementari costituite su base volontaria e con l'apporto finanziario esclusivo delle parti private²³. Sicché nella materia specifica occorre integrare una lettura storicistica (o gradualistica) di tali principi con un'attenta considerazione della disciplina regolativa delle diverse forme di previdenza complementare, preesistenti o di nuova costituzione, e con un'attenta ricostruzione dell'evoluzione della normativa di diritto positivo che è tradizionalmente ispirata a principi di affidabilità e di prevedibilità dei trattamenti pensionistici programmati e costruiti nel tempo²⁴.

D'altro canto i principi di solidarietà e di eguaglianza innanzi evocati devono tenere conto della dimensione temporale che intrinsecamente contraddistingue i sistemi di finanziamento e di erogazione dei trattamenti pensionistici, la quale almeno in parte impedisce di realizzare degli obiettivi perequativi tra situazioni sostanzialmente differenziate in quanto appunto sfalsate nel tempo, di guisa che una certa semplificazione del dibattito in materia finisce per mascherare il conflitto generazionale, che è strutturale e compresente in questa materia, tra gli interessi dei soggetti pensionati *da un lato*, e gli interessi dei lavoratori attivi *dall'altro* (ovvero di quelli che vorrebbero entrare nel sistema produttivo), nella distribuzione delle limitate risorse da destinare a finalità assistenziali e di previdenza.

10. La Corte Costituzionale è intervenuta anche di recente sulle problematiche richiamate salvaguardando le norme incriminate, come nel caso in cui ha dichiarato infondata, in riferimento agli artt. 3, 39 e 41 Cost., la questione di legittimità dell'art. 59, co. 3, legge 27 dicembre 1997, n. 449, nella parte in cui stabilisce che, con decorrenza dal 1° gennaio 1998, per tutti i soggetti nei cui confronti trovino applicazione le forme pensionistiche che garantiscono prestazioni definite in aggiunta o integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio, ivi comprese quelle di cui al D.Lgs. 20 dicembre 1990, n. 357, il trattamento si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina generale obbligatoria di appartenenza (sent. 28 luglio 2000, n. 393).

Le argomentazioni contenute nella sentenza richiamata ripropongono le tesi già sviluppate da quella dottrina²⁵ favorevole ad una ricostruzione unitaria e coerente di tutte le forme di previdenza da collocare nel cono d'ombra disegnato dal legislatore costituzionale con un'impronta marcatamente statalistica. Quelle stesse argomentazioni, generiche ed a

²³ Sui diritti quesiti su posizioni difformi v. M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, 311; G. FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legificazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, I, 277.

²⁴ Su cui v. Corte Cost. 26 febbraio 1994, n. 264, ma v. pure Corte Cost. 14 luglio 1988, n. 882; Corte Cost. 26 maggio 1989, n. 307; Corte Cost. 10 novembre 1992, n. 428; Corte Cost. 21 aprile 1981, n. 501.

²⁵ P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, op. cit.; R. PESSI, *Una lezione di etica*, op. cit..

volte elusive, benché relative ad una fattispecie specifica, possono essere estese a numerose ipotesi in cui il legislatore ha inteso stabilire una regolamentazione omogenea e vincolistica in materia previdenziale a prescindere dai diversi regimi e dalle forme di protezione. Infatti la Corte più volte insiste sul “*collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest’ultima nel sistema dell’art. 38, co. 2, Cost.*” e sulla “*tendenza ormai radicata nell’ordinamento ad assegnare alla previdenza integrativa il compito di concorrere, in collegamento con quello obbligatorio, alla realizzazione degli scopi enunciati dall’art. 38, co. 2, Cost.*”, nell’ambito della quale trovano giustificazione i limiti ed i vincoli introdotti sia nei confronti dell’autonomia collettiva, sia nei confronti (art. 39 Cost.) della libera iniziativa economico-privata.

Senonché la Corte sembra non accorgersi del valore apodittico e meramente contemplativo di tali affermazioni che tutt’al più lasciano affiorare una scelta di natura politico-istituzionale di non intervento in una delicata fase di transizione normativa. Il punto che rimane inesplorato nell’ambito di questa elaborazione è stabilire i limiti entro cui questo processo di funzionalizzazione della previdenza privata rispetto a quella pubblica è consentito nel più ampio dettato costituzionale e se non risponda piuttosto ad esigenze economiche e politiche contingenti che dovranno prima o poi essere superate in una prospettiva di più lungo respiro²⁶.

11. Altrettanto interessante è il *processo di armonizzazione* che affiora in *ambito comunitario* nonostante gli accentuati caratteri differenziali degli schemi pensionistici vigenti nei singoli paesi.

Anche in materia non mancano elementi di problematicità. Intanto perché la materia della sicurezza sociale è riservata alla sovranità legislativa dei singoli Stati, ma anche perché i processi di livellamento fino ad ora realizzati sono stati concepiti in una prospettiva condizionata dall’obiettivo di garantire l’effettività della libera circolazione dei servizi nell’ambito comunitario sicché esauriscono la loro portata in relazione alla soddisfazione di siffatto obiettivo.

Com’è noto, una tappa fondamentale di tale processo è rappresentata dai regolamenti nn. 1408/1971 e 574/1972 del Consiglio, i quali hanno segnato un primo passo verso il coordinamento dei regimi pensionistici dei lavoratori dipendenti, di quelli autonomi e dei rispettivi familiari²⁷. Essi però coordinano efficacemente solo quelli compresi nel “*primo*

²⁶ *Amplius* sul tema M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, op. cit., 201.

²⁷ I suddetti regolamenti hanno subito nel tempo ripetute e significative modifiche, anche al fine di adeguamento della disciplina alla giurisprudenza della Corte di Giustizia: dopo un primo aggiornamento organico, ad opera del regolamento n. 2001 del 1983, l’intera materia è stata rielaborata in un *testo unico del regolamento n. 118 del 1997*; l’estensione di detta disciplina ai regimi speciali dei dipendenti pubblici è stata disposta, da ultimo, dal *regolamento n. 1608 del 1998*: si veda, sul punto, L. FOGLIA, *Previdenza sociale dei lavoratori emigranti e totalizzazione dei periodi contributivi*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, 1, 226; P. BOZZAO, *Le prestazioni non contributive nel regolamento n. 1408/71*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, 184; G. CARDONI, *Libera circolazione dei lavoratori e sicurezza sociale nella Comunità europea*, in R. PESSI (a cura di), *Il sistema previdenziale europeo*, Padova, 1993, 225 ss.; M. CINELLI, *Mobilità professionale, ricongiunzione, totalizzazione dei periodi assicurativi dopo la sentenza n. 61/1999 della Corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 199, III, 191; M. DE LUCA, *Totalizzazione di posizioni contributive: garanzia di adeguatezza delle pensioni in favore dei lavoratori mobili*, in *Foro It.*, 2000, I, 2412; R. FOGLIA, *L’applicazione giurisprudenziale del regolamento CEE n. 1408/71*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, 198 ss.; S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale*, in *Arg. Di Lav.*, 1997, 67; S.

pilastro” relativamente ai lavoratori emigranti, ma non considerano le pensioni integrative. Sulla base di queste considerazioni, nella raccomandazione n. 92/442/CE del 27 luglio 1992, relativa alla convergenza degli obiettivi e delle politiche sociali, il Consiglio ha invitato gli Stati membri “*a favorire, qualora necessario, la messa a punto delle condizioni di acquisizione dei diritti alla pensione di quiescenza, in particolare alla pensione complementare, al fine di eliminare gli ostacoli alla mobilità per i lavoratori dipendenti*”²⁸.

La progressiva eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione in relazione anche alla pensione integrativa è stata possibile grazie alla direttiva n. 98/49/CE adottata il 29 giugno 1998. L’obiettivo della direttiva in questione è tutelare i diritti degli iscritti a regimi pensionistici complementari che si spostano da uno Stato membro all’altro, contribuendo così alla rimozione degli ostacoli che si frappongono alla libera circolazione dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi all’interno della comunità. Tale tutela riguarda i diritti a pensione dei regimi pensionistici complementari, *sia volontari sia obbligatori*, ad eccezione dei regimi disciplinati dal regolamento n. 1408/1971.

Gli Stati membri sono invitati ad adottare le misure necessarie per assicurare il mantenimento dei diritti a pensione acquisiti dagli iscritti ad un regime pensionistico complementare nei confronti dei quali non vengono più versati contributi per il fatto di spostarsi da uno Stato membro ad un altro, nella stessa misura riservata agli iscritti nei confronti dei quali i contributi non vengono più versati, ma che restano nel primo Stato membro (art. 4).

Con riferimento ai pagamenti transfrontalieri, i singoli paesi “*sono chiamati a che negli altri Stati membri i regimi pensionistici complementari erogino agli iscritti, nonché agli altri aventi diritto a titolo di tali regimi, tutte le prestazioni dovute in base a detti regimi, al netto delle imposte e delle spese di transazione eventualmente applicabili*” (art. 5). Disposizioni particolari sono previste per i contributi a regimi pensionistici complementari versati da e per conto di lavoratori distaccati. In particolare, a norma dell’art. 6, gli Stati membri devono adottare le misure necessarie per consentire che i contributi ad un regime pensionistico complementare con sede in uno Stato membro continuino ad essere versati da o per conto del lavoratore distaccato che è iscritto a detto regime, durante il periodo del suo distacco in un altro paese membro. Qualora i contributi continuino ad essere versati ad un regime pensionistico complementare in uno Stato membro, il lavoratore distaccato e – se applicabile – il suo datore di lavoro sono esenti da qualsiasi obbligo di versare contributi ad un regime pensionistico complementare in un altro Stato membro.

La direttiva, infine, non manca di disciplinare l’informazione degli iscritti ad un regime pensionistico complementare; questi ultimi devono essere adeguatamente informati dai datori di lavoro, dagli amministratori o da altri responsabili della gestione di un regime pensionistico complementare, circa i loro diritti a pensione e delle altre possibilità offerte loro dal regime complementare, quando si spostano in un altro Stato membro. Tali informazioni devono corrispondere almeno a quelle fornite agli iscritti al regime nei

PICCININNO, *I presupposti e i riflessi previdenziali della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro nella prospettiva comunitaria*, in *Dir Lav.*, 2000, 2.3, 141; G. PROIA, *La tutela previdenziale del lavoro all’estero*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, 1035 ss..

²⁸ J. BATTISTA, M. COLUCCI, *Verso un mercato unico per i regimi pensionistici integrativi*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., 897 ss..

confronti dei quali i contributi non vengono più versati, ma che restano nello stesso Stato membro (art. 9).

In virtù di questa normativa i lavoratori distaccati, ma solo essi, hanno ora la possibilità di continuare a versare i contributi al regime pensionistico del proprio Stato membro d'origine, là dove tutti gli altri lavoratori che si trasferiscono temporaneamente in un altro paese dell'Unione Europea non hanno la stessa possibilità.

Le direttive richiamate esprimono indicazioni ancora parziali e si pongono in un'ottica in parte superata²⁹. I principali problemi riguardano le condizioni da soddisfare per acquisire i diritti pensionistici (sempre assai complesse), in particolare, con riferimento ai periodi contributivi necessari in certi Stati membri, le difficoltà connesse alla trasferibilità da uno Stato membro all'altro dei diritti pensionistici acquisiti, le imposizioni fiscali connesse all'acquisizione di diritti pensionistici in più di uno Stato membro. L'affiliazione transfrontaliera richiede altresì il mutuo riconoscimento dei regimi di vigilanza ed un miglior coordinamento dei regimi fiscali.

La normativa allo stato esistente si rivela dunque insoddisfacente essendo condizionata dalle marcate differenze esistenti nei diversi ordinamenti nazionali. È comunque incontestabile che anche negli istituti del *welfare* si vada registrando una spinta progressiva verso maggiori forme di integrazione³⁰. Il “*Libro verde*” promulgato il 10 giugno 1997 ha costituito la prima riflessione organica sul punto, seguita da una comunicazione dell'11 maggio 1999, con la quale si prefigurava in modo esplicito il “*mercato unico del sistema pensionistico*” funzionalizzato alla libera circolazione dei lavoratori, oltre che alla coesione in ambito europeo.

Nella stessa linea si colloca la recente *proposta di direttiva europea sulle attività di enti pensionistici aziendali o professionali* che si propone di sottoporre gli enti pensionistici per lavoratori autonomi e subordinati ad una disciplina previdenziale uniforme, specie per quanto concerne gli investimenti, finalizzata a realizzare il mercato interno della previdenza integrativa e nel contempo a dettare una tutela adeguata degli aventi diritto ed un'effettiva parità concorrenziale tra gli operatori³¹.

Come si legge in premessa, l'obiettivo principale è la creazione di un quadro giuridico comunitario prudenziale degli enti pensionistici aziendali e professionali che sia coerente con la vigente normativa in materia di mercato unico nel pieno rispetto della grande varietà di regimi tra Stati membri, in particolare per quanto riguarda la vigilanza, nonché delle caratteristiche specifiche degli enti pensionistici aziendali e professionali.

Nonostante la complessa articolazione, il piano sembra esprimere una posizione alquanto cauta nella direzione dell'armonizzazione ed è piuttosto concentrato ad introdurre garanzie di sana ed equilibrata gestione degli investimenti finanziari (calcolo prudente delle riserve tecniche, scelta prudente del tasso di interessi e di altri fattori economico-demografici). Più analitica è invece la regolamentazione per quanto concerne gli enti che

²⁹ E. GHERA, *Sicurezza sociale e libera circolazione dei lavoratori: principi fondamentali*, in *Dir. Lav.*, 1999, 121 ss..

³⁰ A. POGGI, *La previdenza complementare*, op. cit..

³¹ Si tratta della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'attività di *enti pensionistici aziendali e professionali* (Bruxelles 30 maggio 2002), presentata dalla Commissione in data 13 novembre 2000. Il Comitato economico e sociale ha reso il suo parere il 28 marzo 2001 mentre il Parlamento ha adottato il proprio in data 4 luglio 2001.

intendono gestire regimi pensionistici su base transfrontaliera, trattandosi del resto di materia congeniale agli interventi degli organi comunitari.

12. A questo punto il quadro di contesto è sufficientemente definito per approfondire i diversi significati che la “*flessibilità previdenziale*” può assumere al di là del valore metaforico evocativo di una nuova stagione riformistica proiettata prevalentemente sul versante della sicurezza sociale.

Tradizionalmente la legislazione previdenziale è connotata da un requisito di rigidità *sia* perché è una normativa obbligatoria ed indisponibile dalle parti private in quanto soddisfa un interesse pubblico generale (v. art. 2117 c.c.), *sia* perché irrigidisce sensibilmente il costo del lavoro condizionando le scelte degli operatori economici fino a determinare ampie aree di evasione. Non a caso il terreno previdenziale è quello più propizio per il radicarsi di “*diritti quesiti*”, veri o presunti, che costituiscono un fattore frenante rispetto alla necessaria evoluzione normativa ed all’esigenza di adeguamento della legislazione a contesti sociali modificati³².

Ma allora, se ciò è vero, che cosa si vuol dire quando si parla di flessibilità previdenziale ed in che modo tale flessibilità si collega alle tematiche più generali che investono la flessibilità del mercato del lavoro?

Come dovrebbe essere chiaro dall’indagine sin qui condotta, il termine presenta numerosi significati non riconducibili ad una matrice comune e può ingenerare anche notevoli equivoci³³.

In termini molto generali, e sostanzialmente allusivi, va inteso come un *fenomeno collegato ed interdipendente dalla flessibilità del fattore lavoro* ed dai mutamenti del processo produttivo. In questo senso la flessibilità previdenziale è già stata in precedenza considerata allorché si è fatto riferimento alla crescente esigenza di agevolare ed assecondare i processi di trasformazione del lavoro attraverso la ricostituzione di un sistema garantistico esterno a quello incardinato nella struttura binaria dei contratti di lavoro. In questi termini il concetto è anche evocativo del processo di traslazione delle tutele dal “*rapporto di lavoro*” al “*mercato del lavoro*” con le conseguenti garanzie tipiche di un rinnovato stato sociale.

Così inteso il concetto di flessibilità previdenziale indica una tendenza di politica del diritto in materia di interventismo pubblico nelle relazioni di lavoro che può assumere dimensioni e formulazioni molto complesse ed impegnative, come segnalano alcune proposte provenienti dalla lettura sociologica d’oltralpe (si pensi alle soluzioni ventilate nel famoso rapporto Supiot del 1999, ovvero alla recente proposta di un autore fantasioso³⁴ di un “*contratto sociale delle attività*”) sulla cui seria praticabilità c’è ancora molto da discutere.

³² M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, op. cit..

³³ S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto*, op. cit..

³⁴ U. BECK, *Europa felix*, Carrocci, Roma, 2000; più in generale cfr. COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, *Le travail dans vingt ans. Rapport par la Commission présidée par Jean Boissonnat*, Editions Odile Jacob, Paris, 1995, COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, *Emploi, négociations collectives, protection sociale: vers quelle Europe sociale? Rapport du group présidé par Joël Maurice*, La Documentation Française, Paris, 1999. DEL PUNTA R., *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in DLRI, 2001, 3 ss.; A. SUPIOT (sotto la direzione di), *Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*, Flammarion, Paris, 1999; M.G. GAROFALO, *Riflessioni su: Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, in www.unicz.it/lavoro.htm, 2000; F. LISO, *Riflessioni su: Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, in [www.unicz.it/lavoro/LISO\(2\).htm](http://www.unicz.it/lavoro/LISO(2).htm), 2000.

In una dimensione più rigorosa di diritto positivo, è molto più pertinente andare a ricostruire le procedure e le tecniche attraverso le quali la flessibilità previdenziale concretamente esprime.

13. Come più volte segnalato, l'esigenza di una tutela sociale dei prestatori di lavoro coinvolti in processi di segmentazione dei percorsi professionali, nella loro veste di creditori di accantonamenti contributivi, rappresenta un argomento decisivo in un contesto caratterizzato da una sempre più spiccata mobilità e da ricorrenti vicende circolatorie fra lavoro dipendente, lavoro autonomo e libero-professionale, che rendono indispensabile la predisposizione di idonei *sistemi di ricomposizione delle posizioni contributive* accreditate presso differenti regimi assicurativi (privatizzati e non) di per sé non sufficienti alla maturazione di alcun trattamento pensionistico minimo unitario.

L'importanza sistematica e giuridica del fenomeno è alquanto significativa in quanto offre una conferma della rilevanza attribuita a “*frammenti*” di fattispecie contributive, configurabili – mutuando dalla teorica dei diritti quesiti – come situazioni giuridiche autonome e intangibili (cioè, almeno in via di formazione, se non già perfette) indipendentemente dalla loro sufficienza o meno a produrre il diritto alla prestazione pensionistica.

Proprio questa frammentazione può generare ingiustificate disparità di trattamento rispetto alla situazione di chi, vantando accrediti contributivi presso un unico regime, può non solo raggiungere la soglia minima per l'accesso alle prestazioni pensionistiche, ma anche massimizzare il *quantum* delle stesse.

Una simile esigenza, quasi per così dire negletta nel passato, si è affermata con sempre maggiore enfasi nei tempi più recenti attirando l'attenzione dapprima della giurisprudenza (cfr. Corte Cost. n. 61/1999), poi della dottrina ed infine dello stesso legislatore³⁵.

Sicché, quest'ultimo, dopo la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 61 del 1999 (che ha dichiarato incostituzionale l'assenza di un generale sistema di cumulo per i liberi

³⁵ Sul principio della totalizzazione, v. A. ANDREONI, *Sistemi nazionali e armonizzazione*, in AA.VV. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, 527 ss.; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2001; ID., *Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, I, 58; L. FOGLIA, *Il principio comunitario della totalizzazione dei periodi contributivi nella legge n. 388 del 2000: verso una maggiore flessibilità previdenziale*, in *Dir. Lav.*, 2001, 3; ID., *Previdenza sociale dei lavoratori emigranti e totalizzazione dei periodi contributivi*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, 1, 223 (con riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia CE 15 gennaio 2002, in causa C-55/00, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, 259); E. GHERA, *Sicurezza sociale e libertà di circolazione dei lavoratori: principi fondamentali e soggettivi*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, 121; S. GIUBBONI, *Libertà di circolazione e sicurezza sociale nell'Unione europea*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, I, 81; ID., *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale*, in *Ag. Dir. Lav.*, 1997, 67; G. e A. LYON CAEN, *Droit social international ed européen*, Paris, 1993, 237; P. MAGNO, *La tutela del lavoro nel diritto comunitario*, Padova, 2000, 156 ss.; P. SANDULLI, *Tecnica della totalizzazione e prestazioni di sicurezza sociale nelle prospettive di revisione del regolamento n. 14071*, in *Dir. Lav.*, 1999, 2-3, 131. In giurisprudenza cfr. Corte di Giustizia 24 settembre 1998, in causa C-132/96, in *Dir. Lav.*, 1999, 2-3, 205; Corte di Giustizia 8 marzo 2001, in causa C-0215/99, in *Labourlaw Journal*, 2001, vol. 3, www.labourlawjournal.it, ISSN 1561-8048. Sulla sentenza della Corte Costituzionale 5 marzo 1999, n. 61, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 540, nota C. A. NICOLINI, *Tra cumulo e ricongiunzione: la Corte Costituzionale cita la via della “flessibilità previdenziale”*; v. pure in *Giust. Civ.*, 1999, I, 1953, nota A. TALIA, *Totalizzazione e ricongiunzione di posizioni contributive e prospettive dopo l'intervento della Corte Costituzionale*”.

professionisti e della quale sono state avanzate diverse opzioni interpretative e letture valutative), nel tentativo di razionalizzare l'intera problematica così permeabile al dato socio-economico di riferimento, ha ricondotto l'attuazione delle aspettative previdenziali, in specie pensionistiche, degli assicurati all'interno del meccanismo operativo della *totalizzazione* (cfr. art. 71, L. n. 388/2000): dando, in tal modo, la possibilità di conseguire tramite l'unificazione un trattamento pensionistico, seppur per frazioni o quote di ciascun rapporto maturato nel corso di una vita lavorativa movimentata, con lo svantaggio eventuale di non poter realizzare la massimizzazione dei rendimenti, ma con il vantaggio di non dover sopportare spese che, specie per i liberi professionisti, possono essere particolarmente onerose (*ex lege* n. 45/1990, in tema di ricongiunzione).

Il che in una prospettiva essenzialmente rinnovata rispetto ai termini secondo i quali è andata tradizionalmente svolgendosi la dialettica in tema di conservazione ed utilizzo delle posizioni assicurative frammentate, impostata esclusivamente (e senza il riconoscimento di alcuna facoltà di scelta per gli interessati) sul *meccanismo dell'attrazione o ricongiunzione* che consente, al contrario, la concentrazione di tutte le contribuzioni maturate presso un'unica gestione (ad. esempio dall'INPS alla Cassa forense o viceversa), con la liquidazione del trattamento pensionistico esclusivamente in base alle norme della gestione medesima.

Si tratta dunque, nella specie, di un trasferimento effettivo dei contributi da una gestione all'altra, che non rilevano in via frazionata, ma unitariamente presso il regime di destinazione, con effetti *da un lato* di massimizzazione delle utilità, poiché di solito la ricongiunzione viene operata verso il regime più favorevole, *dall'altro* di onerosità per gli assicurati, giacché i periodi contributivi oggetto di trasferimento vanno attualizzati e fatti fruttare secondo la disciplina del regime che liquida la pensione in una misura pari alla differenza fra la riserva matematica necessaria alla copertura assicurativa del periodo utile e l'importo dei contributi trasferiti dalle gestioni cedenti. Ne consegue che il lavoratore, pur avendo la possibilità di ottimizzare i benefici assicurativi, resta esposto, se non disposto, ad accollarsi i costi di simile operazione, al rischio di una grave decurtazione del trattamento pensionistico, o addirittura, nel caso in cui non abbia raggiunto il requisito minimo in nessuno dei regimi assicurativi, al rischio del disconoscimento dello stesso diritto a pensione.

Viceversa il *meccanismo del cumulo*, accolto sin dall'origine nell'ordinamento comunitario e non del tutto sconosciuto in quello nazionale, giacché in passato già ne era stato operato qualche timido inserimento (cfr. legge n. 233/1990; D.Lgs. n. 184/1997), riconosce ai lavoratori che siano stati iscritti in diversi regimi previdenziali, la possibilità di sommare virtualmente (si tratta, invero, di una *fictione iuris*) i relativi periodi di contribuzione, nella misura necessaria all'acquisizione del diritto alla prestazione pensionistica, allorquando non sussista un diritto autonomo in base alla sola anzianità contributiva presente in un singolo ente assicurativo. Sicché non sempre una pluralità di posizioni contributive per così dire "*sparsè*" comportano l'applicazione del cd. cumulo, ma solo quando ciò sia indispensabile all'*an* del diritto a pensione. Da ciò ne deriva che nell'ipotesi in cui l'assicurato, con la sola contribuzione maturata in un singolo regime attraversato, riesca a raggiungere il diritto alla prestazione pensionistica, seppur minima, potrà chiedere la liquidazione della pensione sulla base della sola contribuzione versata in tale gestione senza potersi avvalere della tecnica della totalizzazione quand'anche facoltativa. Questo aspetto, al di là dei profili positivi intrinseci al meccanismo del cumulo, induce ad esprimere qualche dubbio sulla reale valenza e funzionalità del principio in questione in relazione alla mobilità

fra i lavori, costituendo talvolta una remora non trascurabile alla circolazione da un posto all'altro.

Sul piano soggettivo, infatti, l'espresso riferimento della legge (cfr. art. 71, L. n. 388/2000) ai soli soggetti che non abbiano contribuzione sufficiente alla maturazione del diritto alla pensione in nessun ente assicurativo determina l'esclusione dall'ambito di operatività della tecnica del cumulo di quei soggetti che, invece, abbiano raggiunto i requisiti minimi per il trattamento pensionistico anche se in uno solo dei regimi o casse previdenziali in cui siano stati accreditati i contributi. Questi ultimi ne risulterebbero gravemente discriminati sul piano della libera circolazione fra i lavori rispetto a coloro che non abbiano maturato alcun trattamento pensionistico. Solo questi, infatti, potrebbero accedere – mediante la *totalizzazione* – ad una prestazione pensionistica proporzionata al lavoro complessivamente reso. Mentre i primi dovrebbero invece accontentarsi del trattamento anche minimo maturato presso uno degli enti erogatori e, dunque, vedere sterilizzati o, nel caso della previdenza forense, restituiti i contributi versati in altre gestioni insufficienti a produrre qualsiasi effetto ai fini della copertura previdenziale con conseguente sua privazione.

Una volta applicata la regola della *totalizzazione* dei periodi contributivi per l'*an* del diritto a pensione, il lavoratore nel *quantum* non riceverà l'intera prestazione pensionistica dall'istituzione al momento competente, come se avesse maturato tutti i requisiti all'interno di un unico regime, ma ciascun ente previdenziale erogherà una quota di pensione in proporzione ai contributi versati e secondo il proprio regolamento. Quindi ai fini dell'erogazione del relativo trattamento l'ente gestore dovrà sopportare il costo relativo all'incremento dell'anzianità previdenziale del soggetto, teoricamente improduttiva al reale conseguimento della specifica prestazione pensionistica, oltretutto da rivalutare e integrare al minimo da parte della gestione erogante la quota di importo maggiore.

14. A parte le perplessità più volte manifestate dagli enti erogatori per il pericolo consistente che vengano intaccati equilibri finanziari e compromesse delicate prerogative di organizzazione e di gestione di bilancio – poiché indotti, mediante le richieste di cumulo, a rendere produttivi contributi che si consideravano insufficienti alla maturazione del trattamento pensionistico – non è discutibile in punto di principio che il legislatore abbia fornito un cospicuo contributo tecnico alternativo e non oneroso alla ricongiunzione ed al tempo stesso connotato da una spiccata celerità e flessibilità sotto il profilo operativo, muovendosi lungo un percorso che rende concretamente attuabile il diritto all'adeguatezza della tutela previdenziale di cui all'art. 38 Cost. in rapporto all'intero periodo lavorativo seppur movimentato³⁶.

Tuttavia, l'introduzione di un generale *principio di totalizzazione*, poggiante, si badi bene, sulla facoltà di scelta del soggetto interessato non in grado di affrontare gli oneri derivanti dalla diversa operazione di trasferimento contributivo (cd. ricongiunzione), pur realizzando indubitabili progressi, potrebbe profilare taluni squilibri tra gli interessi implicati

³⁶ L. FOGLIA, *Il principio comunitario della totalizzazione dei periodi contributivi nella legge n. 388 del 2000*, op. cit., 221; ID., *Previdenza sociale dei lavoratori emigranti*, op. cit.; M. DE LUCA, *Totalizzazione, cumulo e ricongiunzione. L'odissea dei trasferimenti contributivi*, in *Sistema previdenza*, 2000, 46; L. CARBONE, *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, op. cit.; P. SANDULLI, *Tecnica della totalizzazione e prestazioni di sicurezza sociale nelle prospettive di revisione del regolamento n. 1408/71*, in *Dir. Lav.*, 1999, 131.

degli assicurati e degli enti erogatori, potenzialmente tali da compromettere la stessa effettività della tutela.

La convinzione diffusa che tale procedura si ponga come fattore di instabilità di bilancio, stante il dichiarato autofinanziamento del sistema previdenziale delle categorie professionali (Corte Cost. n. 248/1998), suggerisce in ogni caso l'opportunità di riaprire a livello normativo una discussione sulla necessità di omogeneizzare e livellare i criteri di accertamento delle provvidenze sociali presenti nei differenti regimi previdenziali, atteso che con la totalizzazione ciascun segmento di anzianità previdenziale, rimanendo fermo presso i diversi enti, costituisce la base per calcolare la quota del trattamento pensionistico secondo le proprie regole e sulla base di valutazioni delle compatibilità finanziarie interne alle diverse gestioni.

Appare, dunque, evidente che una corretta impostazione della problematica evocata non può esprimersi in una pregiudiziale valutazione negativa della specifica misura di garanzia adoperata dal legislatore, piuttosto assai più produttiva è ricercare un possibile filo di coordinamento e di razionalizzazione che consenta un corretto bilanciamento tra le opposte esigenze di protezione sociale degli assicurati e quelle di stabilità finanziaria degli enti erogatori.

In particolare, l'armonizzazione dei differenti regimi previdenziali, specie degli ordinamenti autonomi professionali, unitamente alla generalizzazione della pensione contributiva con il riequilibrio delle relative aliquote, nonché il superamento delle diversificazioni e settorializzazioni delle tutele tutt'oggi esistenti, potrebbero rappresentare di fatto una misura di ridimensionamento dei notevoli squilibri finanziari gestionali.

Su questa linea si muove la proposta legislativa sulla "*totalizzazione contributiva*" in preparazione presso il Ministero del *Welfare*. Il testo dovrebbe superare l'articolo 71 della legge n. 388/2000, al quale non è seguito fino ad oggi il relativo decreto di attuazione, tenendo conto di alcune istanze presentate in particolare dall'Adep, associazione che riunisce gli enti previdenziali, e da un comitato dei liberi professionisti, dirette ad eliminare i descritti inconvenienti che presenterebbe la norma, secondo alcuni da abrogare, soprattutto sotto l'aspetto dei criteri di liquidazione delle quote a carico delle singole gestioni.

Non può, tuttavia, non rimarcarsi come l'adozione di una politica di coordinamento dei diversi enti gestori delle forme di previdenza, tale da rendere meno sperequativo l'impatto dell'operatività di taluni istituti previdenziali sugli equilibri di bilancio, risponde, d'altra parte, ad una tendenza verso l'attenuazione degli eccessivi divari persistenti tra le gestioni previdenziali di categoria – così come messa in luce dalla Relazione della Commissione Brambilla del settembre 2001 sulla verifica del sistema previdenziale – nonché alla separazione tra funzioni di gestione e di vigilanza degli enti previdenziali (cfr. art. 3 del disegno di legge delega, n. 2145, in materia previdenziale).

15. Nella stessa logica fin qui richiamata, vanno inquadrare ulteriori significative innovazioni tecniche egualmente tese a favorire la costruzione di un percorso previdenziale unitario nonostante la frammentazione e l'instabilità delle esperienze lavorative. Vengono in rilievo le possibilità di ricorso alla *contribuzione figurativa* per malattia, per maternità e per paternità, sensibilmente ampliate negli ultimi tempi (D.Lgs. n. 564/1996; D.Lgs. n. 278/1998; L. n. 53/2000), mentre, in un'ottica di moralizzazione, vengono imposte limitazioni agli accrediti per cariche elettive e cariche sindacali nella duplice finalità di reprimere gli abusi e di limitare le ipotesi di gratuità dell'accredito (D.Lgs. n. 278/1998; art.

58, L. n. 144/1999; art. 38, L. n. 438/1999). L'ordinamento estende poi in maniera sistematica le possibilità di ricorso al *riscatto* ed alla *contribuzione volontaria*. Detti istituti vengono utilizzati ormai quali strumenti, tra loro alternativi, sia ai fini del riconoscimento dei periodi di studio e di preparazione professionale, sia per garantire la continuità dell'iscrizione ai soggetti che svolgono lavori atipici, temporanei, discontinui, *part-time* (D.Lgs. n. 564/1996; D.Lgs. n. 184/1997; L. n. 196/1997; D.Lgs. n. 278/1998; art. 23, L. n. 488/1999; L. n. 53/2000; art. 79, L. n. 388/2000). Per talune ipotesi si prevedono anche forme di partecipazione ai relativi oneri economici, da realizzarsi mediante un fondo alimentato in parte dallo Stato ed in parte dal contributo di solidarietà imposto, *ex art.* 37, L. n. 448/1999, sulle pensioni di importo medio-alto (art. 69, co. 9 ss., L. n. 388/2000; DM 7 agosto 2000).

In tal modo si consente al soggetto protetto di ammortizzare gli effetti previdenziali di situazioni di notevole rilevanza sociale riconducibili, *da un lato*, al richiamato fenomeno della frammentazione delle tipologie lavorative e della discontinuità professionale e, *dall'altro lato*, all'esigenza di armonizzare i tempi di lavoro con quelli dedicati all'accrescimento culturale e professionale, ovvero ad attività di cura o di altro³⁷.

16. La flessibilità previdenziale può essere considerata da un'altra angolazione: vale a dire come facoltà del singolo lavoratore di effettuare delle scelte incidenti sul proprio regime previdenziale ed in qualche modo di personalizzare e plasmare il proprio bagaglio assicurativo³⁸.

Sotto questo profilo può ritenersi che anche la disciplina antecedente alle riforme degli anni 1990 riconoscesse molte opportunità ai singoli lavoratori specie di anticipare la data di pensionamento dopo un numero limitato di anni di servizio. Senonché oggi le possibilità di scelta sono ben più ampie e si esprimono in varie direzioni al punto da fare parlare qualcuno di un vero e proprio "supermarket" previdenziale³⁹.

³⁷ C.A. NICOLINI, *Le politiche previdenziali della XIII legislatura: un tentativo di bilancio*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2001 162.

³⁸ Molto analitico sul punto M. CINELLI, *Politiche dell'occupazione*, op. cit., sp. 48; ma v. pure S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto della previdenza sociale*, op. cit..

³⁹ V. in particolare art. 1, lett. b) e c), ove si prevede di "b) consentire al lavoratore di cui alla lettera a) l'esercizio del diritto di proseguire l'attività lavorativa con le ordinarie regole previdenziali ovvero di optare per l'applicazione di incentivi consistenti in un regime fiscale e contributivo speciale; prevedere in particolare che il regime contributivo, fatti salvi gli adeguamenti del trattamento pensionistico spettanti per effetto della rivalutazione automatica al costo della vita, consista nell'esenzione totale dal versamento dei contributi sia a carico del lavoratore che del datore di lavoro; prevedere che tali contributi siano destinati al lavoratore in misura non inferiore al 50 per cento e che la parte rimanente sia destinata alla riduzione del costo del lavoro; prevedere che l'opzione sia esercitabile a condizione che il lavoratore si impegni, al momento dell'esercizio dell'opzione medesima, a posticipare l'accesso al pensionamento per un periodo di almeno due anni rispetto alla prima scadenza utile prevista dalla normativa vigente e successiva alla data dell'esercizio della predetta opzione a condizione che il lavoratore e il datore di lavoro stipolino un contratto a tempo determinato di durata non inferiore al medesimo periodo, a condizioni economiche almeno equivalenti e con retribuzione soggetta a tassazione sperata; prevedere che l'opzione sia esercitabile più volte e che dopo il primo periodo possa essere esercitata, previo accordo tra le parti, anche per periodi di durata inferiore"; "c) liberalizzare l'età pensionabile, prevedendo il preventivo accordo del datore di lavoro per il proseguimento dell'attività lavorativa qualora il lavoratore abbia conseguito i requisiti per la pensione di vecchiaia, con l'applicazione degli incentivi di cui alla lettera b) e fatte salve le disposizioni di legge vigenti in materia di pensionamento di vecchiaia per le lavoratrici". Per un esame critico del disegno di legge v. M. CINELLI e P.

Anche a questo riguardo l'esemplificazione può essere quanto mai estesa, in quanto la tecnica relativa affiora frequentemente nelle più recenti riforme. Si pensi alla possibilità di scegliere l'*età di pensionamento* in un arco temporale ormai abbastanza ampio, che va dal 57esimo al 65esimo anno di età. Termine che potrebbe ulteriormente dilatarsi tanto più se dovesse trovare attuazione la delega in materia previdenziale n. 2145/2001, che contempla, sia per la pensione di anzianità, sia per quella di vecchiaia, la possibilità di dilazionare la data del pensionamento in esonero contributivo, persino con l'attribuzione di un corrispondente beneficio economico sia per il lavoratore che per il datore di lavoro⁴⁰. Del resto già l'art. 75, L. n. 388/2000, concede a chi si impegna a posticipare il pensionamento di anzianità la facoltà di "rinunciare all'accredito contributivo I.V.S."

Nella stessa ottica è possibile anche richiamare il meccanismo dell'*opzione* per l'integrale applicazione del *calcolo contributivo* esercitabile, ex art. 1, co. 24, L. n. 335/1995, e D.Lgs. n. 180/1997, dagli iscritti con anzianità contributiva pari ad almeno quindici anni di cui cinque maturati dopo il 31 dicembre 1995 (meccanismo bloccato dall'art. 69, L. n. 388/2000, che differisce il termine all'1 gennaio 2003; successivamente il D.L. n. 158/2001, conv. in L. 248/2001, ha revocato il blocco ma nel contempo ha modificato *in pejus* il suddetto meccanismo).

Ed ancora sempre nella stessa logica vanno ricondotte le altre ricorrenti situazioni in cui la legge attribuisce all'assicurato il diritto di scegliere tra più prestazioni previdenziali possibili (art. 3, L. n. 407/1990; art. 2, L. n. 451/1994), o addirittura di scegliere il regime previdenziale cui assoggettarsi (L. n. 274/1991), o il regime di calcolo della pensione (art. 3, co. 13, L. n. 335/1995), di massimizzare i benefici assicurativi, attraverso forme varie di opzione per la permanenza in servizio oltre l'età pensionabile (art. 6, L. n. 54/1982; art. 6, L. n. 407/1990; art. 1, co. 3, 4 e 5, D.Lgs. n. 503/1992), o, attraverso l'istituto della ricongiunzione (L. n. 29/1979; L. n. 45/1990), di scegliere la data di pensionamento per vecchiaia⁴¹.

Sotto altro profilo, la disciplina sulla *previdenza complementare* è il terreno di coltura più fertile per la sperimentazione di un'ampia autonomia individuale, che si esprime anzitutto nell'esaltare le scelte e valutazioni personali, ad iniziare dalla volontarietà dell'iscrizione ai Fondi, alla possibilità di scegliere tra più fondi diversamente strutturati, alla facoltà di recedere dai fondi medesimi o di trasferire le quote presso altri fondi. Anzi, da questo punto di vista, il recente D.Lgs. n. 47/2000 di riforma della disciplina fiscale della previdenza complementare, sembra avere accentuato il tasso di competitività tra i fondi "chiusi" e quelli "aperti" ed ha comunque offerto delle ulteriori opzioni per ricorrere a forme pensionistiche individuali da attuarsi sia mediante i fondi pensione "aperti" (art. 9bis), sia mediante contratti di assicurazione sulla vita (art. 9ter).

17. Vero è che la flessibilità previdenziale può esprimersi anche su un piano più strettamente economico, diventando così *una leva fondamentale per politiche macro-economiche di incentivazione dello sviluppo e dell'occupazione*.

SANDULLI, *Riflessioni sul disegno di legge delega n. 2145 in materia previdenziale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, n. 2, 263.

⁴⁰ M. CINELLI, *Politiche dell'occupazione*, op. cit.

⁴¹ M. CINELLI, *Politiche dell'occupazione*, op. cit.; S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto*, op. cit..

In tale ordine di idee occorre appena richiamare le diverse forme di lavoro atipico, che sono state promosse ed incentivate attraverso dosi massicce di esoneri contributivi, fino a configurare dei rapporti del tutto anomali, quali ad esempio quelli dei lavoratori socialmente utili, che si collocano in un limbo indistinto tra il lavoro dipendente e l'assistenza sociale.

Del resto la leva contributiva è frequentemente determinante per realizzare procedure di riduzione del costo del lavoro in aree più degradate attraverso il sistema della *fiscalizzazione degli oneri sociali* e degli *sgravi contributivi*, ovvero attraverso il ricorso a politiche più organiche realizzate tramite i cd. *contratti di area* o i *piani di emersione del lavoro sommerso*.

Su un piano più complesso, ma non estraneo, si collocano i numerosi interventi a sostegno dei redditi, tra i quali in primo luogo quelli della *Cassa integrazione guadagni* che ha rappresentato, e tuttora rappresenta, il principale strumento di flessibilità nelle fasi congiunturali dei processi produttivi⁴².

Tuttavia nei termini così considerati il concetto di flessibilità previdenziale assume una latitudine indefinita e finisce per coinvolgere istituti, non solo molto eterogenei, ma che sono sorti e si sono sviluppati prevalentemente nelle passate legislature, di guisa che identifica una realtà sostanziale alquanto diversa da quella sottesa alle più recenti riforme del sistema previdenziale⁴³.

18. Un capitolo originale, infine, nell'ambito del discorso sulla flessibilità previdenziale è rappresentato dalle *tecniche di carattere sanzionatorio*. Come si è giustamente osservato⁴⁴, nei più recenti provvedimenti in materia contributiva si riscontrano due diverse "anime" a volte divergenti. *Da un lato* il legislatore adotta una linea severa, che si esprime in particolare nel progressivo aggravamento dei carichi contributivi, realizzato con le misure di allargamento degli ambiti soggettivi delle assicurazioni sociali, e reso efficace dal contestuale potenziamento degli apparati di controllo e dalla riforma dei meccanismi di esazione, *dall'altro* si registrano interventi ispirati ad una logica di *favor* nei confronti del contribuente nella prospettiva, già segnata dalla L. n. 335/1995, di introdurre importanti garanzie contro taluni eccessi sanzionatori (significativo in proposito è il principio della irretroattività degli inquadramenti, la riduzione dei termini di prescrizione e l'obbligo di notifica dei verbali di accertamento che contestano la regolarità degli adempimenti).

⁴² E. BALLETTI, *Il riordino delle misure di sostegno al reddito e degli ammortizzatori sociali*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, n. 2, in corso di stampa.

⁴³ Come si rileva nelle indagini sul tema (S. GIUBBONI, op. cit.; M. CINELLI, op. cit.) il legislatore è di recente intervenuto finanche sulla definizione della cd. *retribuzione imponibile*. Accanto alle disposizioni volte a generalizzare, nell'ottica dell'armonizzazione, le regole vigenti per il fondo lavoratori dipendenti, ne vengono introdotte altre finalizzate a ridimensionare, almeno parzialmente, la rigidità dei criteri imposti dalla L. n. 389/1989 ed a valorizzare il ruolo attivo della contrattazione collettiva con particolare attenzione a quella di secondo livello. In tale prospettiva, ad esempio, l'art. 3 del D.Lgs. n. 318/1996, conv. in L. n. 402/1996, vincola i criteri di determinazione dell'imponibile alle clausole collettive che dispongono la non computabilità nella base di calcolo di istituti contrattuali e di emolumenti erogati a titolo incentivante; l'art. 2, D.Lgs. n. 67/1997, conv. in L. n. 135/1997, dispone la decontribuzione delle quote di retribuzione variabile previste dai contratti di secondo livello (v. pure art. 58, co. 1, L. n. 144/1999). Per ulteriori approfondimenti v. C.A. NICOLINI, *Le politiche previdenziali*, op. cit..

⁴⁴ C.A. NICOLINI, *Le politiche previdenziali*, op. cit..

In questa prospettiva il legislatore non solo attenua il rigore delle sanzioni eliminando quelle amministrative conseguenti agli inadempimenti contributivi, ma gradua sensibilmente l'ammontare delle stesse *sanzioni civili* sia in base alla distinzione tradizionale tra “*omissioni*” ed “*evasioni*” contributive, sia in ragione della causale delle omissioni, che possono essere determinate da incertezze interpretative, ovvero da difformi orientamenti della giurisprudenza giustificativi come tali di una maggiore tolleranza (art. 116, L. n. 388/2000).

19. A questo punto l'elencazione può arrestarsi essendo divenuta sufficientemente esplicativa delle molte espressioni in cui il termine flessibilità previdenziale concretamente si traduce sul piano del diritto positivo⁴⁵. Più produttivo può essere allora cercare di cogliere qualche dato di sintesi dal vasto materiale messo in evidenza.

Dal quadro descritto, riferito alla legislazione dell'ultimo decennio, affiorano i tratti di una vera e propria rivoluzione del sistema di sicurezza sociale, connessa al ruolo del tutto innovativo conferito alla legislazione specifica, sul piano soggettivo, su quello contenutistico e persino delle tecniche e dei meccanismi di tutela.

Attorno ai due motivi ispiratori innanzi individuati, della armonizzazione/generalizzazione e della flessibilizzazione, che rappresentano le stelle polari dell'attuale e futuro ordinamento previdenziale, si va realizzando una progressiva revisione dell'assetto normativo preesistente nella prospettiva di un sistema unitario e coerente di sicurezza sociale inquadrato nella dimensione europea.

Indubbiamente, come si è puntualmente rilevato, la più recente legislazione, razionalizzando il sistema previdenziale pubblico, ha finito anche per determinare il definitivo superamento delle concezioni corporative o categoriali delle assicurazioni sociali e la definizione di un sistema organico di *welfare state*. La tutela pubblica infatti, per effetto di quelle razionalizzazioni, non realizza più solidarietà particolari caratterizzate dalla corrispettività, ma una solidarietà generale che utilizza le risorse disponibili per garantire a tutti i cittadini i mezzi di sussistenza ed i servizi indispensabili così come specificabili in una determinata fase storico-normativa. In questo senso è pertinente ritenere che si stia realizzando il programma costituzionale disegnato dai commi 1 e 2 dell'art. 38 Cost. nella direzione di un modello di *welfare state* egualitario ed universalistico⁴⁶.

Tuttavia il percorso è ancora accidentato ed in buona parte in salita.

In primo luogo per le ovvie difficoltà derivanti dalla dissestata finanza pubblica. Sia il processo di armonizzazione sia quello di flessibilizzazione lasciano emergere infatti dei costi progressivamente crescenti, al momento neppure puntualmente quantificabili, che potrebbero seriamente compromettere le possibilità di protezione delle generazioni future. Nessuno è allo stato in grado di dire quale sarà il futuro previdenziale delle generazioni entrate negli ultimi tempi sul mercato del lavoro e se riusciranno a maturare una contribuzione sufficiente ad assicurare condizioni accettabili di vita nell'età del pensionamento. Da questo punto di vista una maggiore attenzione del legislatore sui costi sociali della flessibilità e sulla necessità di definire adeguate garanzie contro i rischi della

⁴⁵ Per ulteriori approfondimenti degli interventi legislativi riconducibili al principio di flessibilità previdenziale v. S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto*, op. cit., 568 ss..

⁴⁶ M. PERSIANI, *Previdenza pubblica*, op. cit..

instabilità e della precarietà non può andare disgiunta dalla definizione dei livelli minimali di tutela ritenuti indisponibili e dei corrispondenti oneri finanziari⁴⁷.

Sotto altro profilo deve essere anche osservato che le due linee di tendenza indicate, dell'armonizzazione e della flessibilità, se possono contemperarsi possono anche entrare in rotta di collisione quando esigenze di uniformizzazione progressivamente crescenti stentano a riconoscere le peculiarità e le specialità di alcuni settori e di alcune realtà produttive. In questa ottica è indiscutibile che esigenze di ordine economico hanno negli ultimi tempi fortemente conformato e condizionato il sistema di relazioni previdenziali imponendo regole uniformi di carattere generale, non sempre indispensabili e neppure equanimi. Tuttavia i limiti entro i quali questo processo può essere consentito e la necessaria temporaneità della sua durata richiedono ancora un serio approfondimento⁴⁸.

Tutto ciò vale in modo particolare per la previdenza cosiddetta privata e per quella complementare che possono essere, in un certo senso, concettualmente accomunate.

Infatti, la visione unitaria della previdenza pubblica e privata, decisamente perseguita nella più recente legislazione, non può rappresentare una formula di salvaguardia per qualunque operazione vincolistica nei confronti delle forme di previdenza privata, quando anzi occorrerebbe mantenere nettamente distinta la previdenza pubblica ed i suoi principi di finanziamento e di erogazione delle prestazioni da quella privata che deve necessariamente avere un maggiore margine di elasticità e di articolazione.

Da questo punto di vista si può ritenere che un'accentuata tendenza alla funzionalizzazione della previdenza privata rispetto a quella pubblica non abbia un sicuro fondamento nel testo costituzionale e sia addirittura controproducente sul piano pratico, come la verifica empirica fa chiaramente emergere, visto che gli scarsi risultati della previdenza complementare non hanno affatto avallato l'ipotesi teorica di una previdenza protesa ad integrare i margini di protezione sociale progressivamente sottratti a quella pubblica.

D'altro canto una eccessiva funzionalizzazione, che può avere anche giustificazione in una fase transitoria di trasformazione radicale del sistema previdenziale, non può diventare una regola permanente giacché non solo corrode la libertà ed il pluralismo previdenziale, pure ampiamente garantiti, ma contraddice finanche quelle stesse esigenze di flessibilizzazione del sistema che si vorrebbero perseguire⁴⁹.

⁴⁷ Riflessioni molto preoccupate si leggono nella relazione finale della Commissione ministeriale per la valutazione degli effetti della legge n. 335/1995 e successivi provvedimenti del settembre 2001.

⁴⁸ Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale, v. F. MIANI CANEVARI, *Svolgimenti recenti*, op. cit., sp. 195 ss..

⁴⁹ *Amplius* sul punto in M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, op. cit.; ma v. pure G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1999.