

Tensioni tra tecniche e valori nella disciplina delle tutele sociali dei lavoratori flessibili

Madia D'Onghia

1. Il *welfare* e i lavoratori non standard: una disciplina ancora costruita sull'ideale-tipo di lavoratore subordinato

Il punto di vista previdenziale, e più in generale delle tutele sociali, rappresenta un momento imprescindibile per una compiuta valutazione sia dei valori che entrano in gioco nelle tipologie lavorative flessibili sia dell'adeguatezza delle tecniche regolative.

Le tutele sociali dei lavoratori atipici, nella declinazione di quelle previdenziali e assistenziali, rappresentano, infatti, uno straordinario banco di prova del binomio inscindibile tra valori e tecniche. E, in qualche modo, esprimono quella costante tensione, quale si è venuta a creare specie nel corso degli ultimi trent'anni, tra l'esigenza di mantenere un'organizzazione della sicurezza sociale caratterizzata da una effettività di tutela, con misure e trattamenti che garantiscano prestazioni economicamente adeguate rispetto a questo fine, e la necessità rappresentata dai settori produttivi di diminuire gli oneri economici incidenti sul costo del lavoro per le imprese.

Come noto, proprio nella direzione di 'alleggerimento' del peso economico del rapporto di lavoro, a partire dalla seconda metà degli anni '90, si è agito sul piano della flessibilità nell'impiego, introducendo forme, tipologie e discipline di rapporto elastiche quanto a tempi e contenuti della prestazione, funzionali al soddisfacimento delle esigenze dell'impresa, con conseguente interruzione o diminuzione della continuità retributiva, rendendo così necessario l'intervento sul piano assicurativo-previdenziale o assistenziale nei periodi di transizione.

Madia D'Onghia, University of Foggia, Italy, madia.donghia@unifg.it, 0000-0001-7388-9531

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Madia D'Onghia, *Tensioni tra tecniche e valori nella disciplina delle tutele sociali dei lavoratori flessibili*, pp. 285-304, © 2022 Author(s), CC BY 4.0 International, DOI 10.36253/978-88-5518-484-7.19, in Riccardo Del Punta (edited by), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, © 2022 Author(s), content CC BY 4.0 International, metadata CC0 1.0 Universal, published by Firenze University Press (www.fupress.com), ISSN 2704-5919 (online), ISBN 978-88-5518-484-7 (PDF), DOI 10.36253/978-88-5518-484-7

Questa costante tensione, frutto di una incompatibilità intrinseca tra la dichiarata volontà di alleggerire gli oneri per le imprese (senza nel contempo gravare la fiscalità generale) e la dichiarata volontà di accompagnare la 'flessibilizzazione' del lavoro con un sistema di sicurezza sociale, si è poi ulteriormente accentuata dal 2007 con la crisi economica. A ciò si aggiunga il problema più generale della compatibilità delle tutele tradizionali predisposte dal sistema di protezione sociale ai modelli contrattuali di impiego flessibili (da quelli a termine ai rapporti di collaborazione continuativa e coordinata sino ai lavori di nuova generazione o della cd. *Gig economy*), sempre più frequentemente dibattuto in dottrina (sul tema, Cinelli 2000, 41 ss.; Ferraro 2002, 365 ss.; Giubboni 2003, 115 ss.; Sandulli 2003a, 409 ss.; Bozzao 2003, 535 ss.; Pessi 2006, 39 ss.; Renga 2006; Ravelli 2007; SgROI 2009, 869 ss.; Todaro 2004, 927 ss.; Vallacqua 2006, 779 ss.; D'Onghia 2013, 537 ss.).

È oramai constatazione comune che se il mercato del lavoro ha raggiunto un sufficiente grado di flessibilità ed elasticità, ciò non è altrettanto vero per quel che concerne il regime di protezione sociale dei lavoratori non *standard*. Siffatta criticità rinviene, in buona parte, dalla struttura del vigente sistema previdenziale che, nei suoi tratti generali e nonostante le sensibili trasformazioni intervenute nel tempo, nella sostanza resta strutturato sul modello tradizionale del lavoratore subordinato, a tempo pieno e indeterminato. Continua ad avvalersi di criteri – quali il requisito di anzianità contributiva condizionato sia alla durata e continuità dell'attività lavorativa prestata, sia al livello di retribuzioni assoggettate alla contribuzione – rispondenti per lo più a logiche di stretta corrispettività.

Il tutto è aggravato dal fatto che, oltre alla generalizzazione del metodo di calcolo contributivo, la riforma delle pensioni Monti-Fornero, sia pure attenuata da diverse deroghe successive, ha rimodulato in senso restrittivo le condizioni di accesso richieste per la maturazione del diritto ai trattamenti pensionistici, con un inasprimento di regole particolarmente penalizzante per i lavoratori flessibili. Vi sono, infatti, una serie di nuove condizioni che vanno in questa direzione. Si pensi, in particolare, all'elevazione del requisito contributivo minimo da cinque a venti anni, requisito che potrà essere soddisfatto con maggiore difficoltà da parte di tutti i lavoratori flessibili, proprio in ragione della predetta discontinuità lavorativa che caratterizza il loro percorso occupazionale. Lo stesso dicasi per il rafforzamento del requisito economico di accesso alla pensione, richiedendosi ora che l'importo del trattamento risulti almeno pari a un più elevato importo minimo di pensione (pari ad almeno 1,5 volte l'importo dell'assegno sociale); condizione che penalizza i lavoratori privi di una occupazione continuativa a tempo pieno, se si considera che il sistema contributivo è tutto imperniato sulla costruzione del montante contributivo individuale, riflesso della storia lavorativa del singolo.

È inevitabile, allora, che la discontinuità temporale di impiego e il susseguirsi di periodi di inattività con periodi di attività, propri dei lavori atipici, comportino gravi problematiche sul piano retributivo/reddituale e, di conseguenza, in ambito previdenziale, condizionino il raggiungimento del montante individuale o quantomeno la sua congruità e l'adeguatezza della successiva prestazione. La

discontinuità dell'attività lavorativa, che accomuna le varie tipologie di lavori non *standard*, vecchi e nuovi, rende così assai più difficile la maturazione stessa di quei requisiti amministrativi, attraverso i quali la legislazione vigente 'seleziona' i soggetti che giudica meritevoli, ad esempio, del diritto alla pensione.

Le logiche tradizionali finiscono, così, per tenere 'al margine' (sino a escludere) coloro che, per essere rimasti privi, nel corso della propria vita attiva, di un lavoro sufficientemente stabile e redditizio, al momento del compimento dell'età pensionabile rischiano di non trovarsi in possesso di quei requisiti, ai quali la perdurante struttura assicurativa del sistema subordina l'acquisizione del diritto al trattamento pensionistico.

Accade, infatti, che l'immissione, ancorché laboriosa, di un soggetto in un regime di lavoro flessibile determina, in capo allo stesso, un effetto di abbassamento nel tempo delle disponibilità complessive del reddito da retribuzione, avvicinandosi alla soglia di povertà, ed eventualmente superandola. In altri termini, una condizione professionale concretantesi in una serie di rapporti lavorativi 'poveri' è destinata a dare origine a una condizione previdenziale anche essa 'povera'.

E, dunque, la creazione o la promozione di tipologie di lavoro flessibile, se pure ha potuto determinare un incremento dell'occupazione regolare, ha indubbiamente tra le sue 'controindicazioni' più negative un'attenuazione (e non soltanto una mera flessibilizzazione) della tutela previdenziale (Persiani 2004, 995 ss.: 1004).

Ne discende, come diretta conseguenza, un progressivo ampliamento dell'area della 'non protezione' e, dunque, di un intrinseco, progressivo indebolimento, nei fatti, del tradizionale sistema di tutele del corpo sociale nel suo complesso che non riesce a bilanciare, sul piano delle tutele, gli effetti del lavoro discontinuo. Il che evidenzia un autentico conflitto tra le tecniche regolative e l'interesse alla liberazione dal bisogno, e, cioè, quel valore cui è ispirata la nostra Costituzione (art. 38 Cost. in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, co. 2).

2. Le tecniche tradizionali di tutela previdenziale dei lavoratori atipici

Il nostro legislatore non è rimasto inerte rispetto al tema centrale del tipo e del grado di tutela previdenziale da fornire ai lavoratori non *standard*, preoccupandosi, principalmente, di due fondamentali questioni: il frazionamento dei periodi contributivi presso diverse gestioni previdenziali e la tutela della continuità contributiva per i periodi non lavorati.

Sul primo versante, si pone il problema del completamento dei requisiti pensionistici in presenza di un lavoratore atipico avente molteplici posizioni previdenziali, ognuna delle quali rappresenta un frammento della complessiva contribuzione di quest'ultimo al sistema previdenziale. A fronte, cioè, della continua alternanza e diversità dei rapporti di lavoro si può determinare una dispersione di contributi e, quindi, la loro 'sterilizzazione' o la loro utilizzazione soltanto parziale, ai fini del conseguimento e della misura del diritto a pensione. E ciò soprattutto nel nostro ordinamento previdenziale che, nonostante la inarrestabile tendenza alla omogeneizzazione delle tutele, continua a essere

caratterizzato da una molteplicità di regimi diversi per organizzazioni amministrative e discipline¹.

L'interesse a una riunificazione è dato, chiaramente, dalla possibilità di maturare i diritti di anzianità assicurativa e contributiva necessari al conseguimento della prestazione pensionistica. A tal fine sono stati predisposti alcuni strumenti per consentire il sommarsi di vari periodi di contribuzione che possono registrarsi presso gestioni diverse².

Viene in rilievo innanzitutto la ricongiunzione – disciplinata in via generale dalla l. n. 29/1979 e, nel tempo, più volte novellata – che consente al lavoratore dipendente, pubblico e privato, di ricongiungere, su sua domanda, presso l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti gestita dall'Inps, i contributi accreditati presso almeno due diverse forme previdenziali fino al momento della richiesta. La finalità è maturare il diritto e la misura di un'unica pensione.

Caratteristica della ricongiunzione è che i periodi ricongiunti sono utilizzati come se fossero sempre stati versati nel fondo in cui sono stati unificati e danno quindi diritto a pensione in base ai requisiti previsti dal fondo stesso; comporta però degli oneri economici a carico del richiedente, variabili a seconda della sua retribuzione, dell'età anagrafica, dell'anzianità contributiva complessiva e dell'importo del contributo che si intende trasferire da una gestione all'altra.

Per ovviare a questi limiti, è stata la Corte costituzionale³ a sollecitare il legislatore a provvedere affinché l'assicurato, non in grado di sostenere oneri aggiuntivi, possa comunque avvalersi dei vari periodi contributivi ovunque maturati. Da qui l'istituzione del diverso strumento della totalizzazione che ancora meglio sembra rispondere alle esigenze di politica sociale legate alla accresciuta flessibilità dei rapporti di lavoro.

La disciplina, oggi contenuta nel d.lgs. n. 42/2006, come successivamente modificato, consente ai lavoratori, senza alcun onere economico, di unificare periodi assicurativi non coincidenti (non si considera, quindi, una contribuzione maturata nel medesimo periodo di tempo) e ottenere l'erogazione di una pensione che rappresenta la somma dei trattamenti di competenza di ciascun ente previdenziale. È possibile totalizzare qualsiasi periodo contributivo presente nelle gestioni interessate, senza alcun vincolo temporale. La pensione in regime di totalizzazione viene determinata interamente con il metodo contributivo, salvo il caso – difficilmente realizzabile per un lavoratore atipico – che al momento del pensionamento il lavoratore abbia già maturato un diritto autonomo a pensione in una delle gestioni interessate.

La totalizzazione è, dunque, un'operazione gratuita, ma indirettamente onerosa, perché, essendo effettuata in base al metodo contributivo, va a incidere sull'importo

¹ Sulle ragioni storiche e politiche della complessa articolazione e diversificazione delle forme di tutela previdenziale obbligatoria, vedi Ghera 1988, 115 ss.

² Per una puntuale ricostruzione della disciplina dei vari istituti si rinvia alla principale manualistica Cinelli 2019; Persiani e D'Onghia 2019; Pessi 2016a e Tranquillo e Ferrante 2019. Si veda anche Bozzao 2017, 2592 ss.

³ Corte cost. 5 marzo 1999, n. 61, in *FI*, 1999, I, p. 1097; in proposito v. Bozzao 1999, 2233 ss.

del trattamento pensionistico liquidato; la ricongiunzione è, invece, immediatamente onerosa, ma indirettamente più favorevole, in quanto ricomponne la posizione assicurativa mediante il trasferimento della contribuzione da una gestione a un'altra.

Per sterilizzare, in qualche modo, entrambi gli effetti negativi, sia quelli relativi al *quantum* della prestazione nella totalizzazione sia gli oneri conseguenti alla ricongiunzione, solo più di recente, è stato introdotto l'istituto del cumulo, un'ulteriore alternativa per consolidare gli spezzoni di anzianità contributiva accreditati presso varie gestioni. Esso consente, gratuitamente, di conservare le regole di calcolo di ciascuna gestione senza la necessità di applicare sempre e comunque il calcolo contributivo. E, così, senza trasferire (o meglio: ricongiungere) onerosamente i contributi da una gestione previdenziale all'altra, il cumulo contributivo permette di sommare gli anni (non coincidenti) accreditati presso gestioni differenti, così da raggiungere più agevolmente i requisiti che danno diritto alla pensione (da liquidarsi con il principio *pro quota*, per cui ogni ente provvederà a sostenere gli oneri conseguenti al periodo accreditato, regolando poi i conti con l'Inps, cui spetta di procedere al pagamento anche per conto degli altri enti previdenziali).

La seconda questione, riguardante la tutela previdenziale di periodi di non lavoro, evidenzia ancor di più la debolezza dello statuto protettivo dei lavoratori flessibili. Qui, su un piano strettamente giuridico, oltre al riscatto e alla contribuzione figurativa, viene in rilievo soprattutto la contribuzione volontaria⁴ che consente al soggetto interessato, su sua specifica domanda, di proseguire, interamente a sue spese, il rapporto previdenziale. E ciò mediante versamenti contributivi volontari che gli consentono di conservare l'iscrizione previdenziale anche quando sono venuti meno i presupposti per la continuazione del rapporto contributivo obbligatorio.

Per ottenere l'autorizzazione alla prosecuzione volontaria, l'assicurato deve poter far valere o almeno cinque anni di contributi (indipendentemente dalla collocazione temporale dei contributi versati) o almeno tre anni di contribuzione nei cinque anni che precedono la data di presentazione della domanda. I requisiti richiesti devono essere perfezionati con la contribuzione effettiva (obbligatoria, volontaria e da riscatto), escludendo la contribuzione figurativa a qualsiasi titolo accreditata. Oltre a questi requisiti l'interessato deve aver cessato o interrotto il rapporto di lavoro.

La contribuzione volontaria è stata estesa anche ai periodi non lavorati fra successivi impieghi in attività stagionali temporanee e discontinue, così come ai lavoratori con *part time*, dando luogo a quello che efficacemente è stato definito una sorta di «fai da te previdenziale» (Cinelli 2000, 62), in quanto, di fatto, si trasferisce a carico personale degli interessati parte (o, addirittura, l'intero) della relativa tutela previdenziale. La tutela diviene quindi 'facoltativa' e condizionata ora dalle politiche occupazionali e del mercato ora da esigenze di contenimento e riduzione della spesa sociale. Non a caso si ritiene, su un piano più generale, che vi sia «una eterogenesi dei fini rispetto all'istituto della con-

⁴ Per la disciplina si rinvia alla manualistica richiamata nella nota 2.

tribuzione volontaria» (Perulli 2002, 23), utilizzata come strumento non tanto di incremento della posizione assicurativa, quanto di integrazione (a fini di incremento pensionistico) della contribuzione versata in periodi di attività assicurativa, ma di trattamento retributivo ridotto.

Tutto questo, per dire, in estrema sintesi, come la strumentazione previdenziale che accompagna la flessibilità occupazionale non sia in grado efficacemente di fornire equanimi garanzie di protezione sociale.

3. Il ruolo creativo della giurisprudenza. Alcuni orientamenti di estensione delle tutele ai lavoratori atipici

A fronte di un legislatore ancora troppo timido nel modificare lo statuto protettivo sociale tradizionale, segnali importanti di estensione delle tutele (anche in termine di effettività) rinvengono dalla giurisprudenza.

Da tempo, infatti, si è avviato un processo interpretativo di adeguamento delle norme – anche molto risalenti e pensate proprio quando il modello di lavoro prevalente era quello subordinato, maschio e a tempo pieno – al mutato contesto, sulla base di una interpretazione sistematica ed evolutiva delle norme, andando oltre il mero significato letterale delle parole utilizzate dal legislatore. In tale prospettiva, istituti e regole tradizionali hanno così finito per acquisire, nelle parole dei giudici, una nuova fisionomia e rinnovata efficacia e valenza, in funzione proprio della tutela dei lavoratori flessibili.

Appare utile qui richiamare alcuni orientamenti giurisprudenziali, taluni anche piuttosto recenti, ai quali va sicuramente riconosciuto il merito di aver stimolato un rinnovato dibattito sulla parità di trattamento previdenziale per tutti i lavoratori, quale che sia la tipologia contrattuale.

Il primo attiene all'estensione del principio di automaticità delle prestazioni, di cui all'art. 2116 c.c., oltre la subordinazione. I giudici, preferendo un'interpretazione sostanziale e costituzionalmente orientata della norma codicistica, che, cioè, guarda alle specifiche ed effettive esigenze di tutela scaturenti dalla struttura dell'obbligazione contributiva, estendono il principio di automaticità delle prestazioni anche ai lavoratori parasubordinati. E ciò anche grazie al riconoscimento da parte della Corte costituzionale della portata generale di detto principio nell'intero sistema di previdenza sociale⁵.

In particolare, per la giurisprudenza di merito⁶, nel caso dei lavoratori parasubordinati «si discute di rapporti di lavoro contrassegnati da una condizione di

⁵ Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 374, in *RGL*, 1998, II, p. 395, nt. Boer. A tre anni da questa fondamentale pronuncia, il Giudice delle leggi ha ribadito la rilevanza costituzionale del principio di cui all'art. 2116 c.c. in modo ancora più esplicito, seppur con riguardo circoscritto alla tutela infortunistica (Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 36, in *GCiv*, 2000, I, p. 1623).

⁶ In giurisprudenza a muovere le acque è stato il Tribunale di Bergamo (Trib. Bergamo, 12 dicembre 2013, in *RIDL*, 2014, II, p. 436). Per una compiuta ricostruzione della questione si rinvia, per tutti, a Casale 2017, 246 ss. Per gli sviluppi giurisprudenziali conformi v. anche App. Milano, 19 ottobre 2015, in *RDSS*, 2015, p. 835 e, da ultimo, Trib. Rovereto, 20 settembre 2018

sottoprotezione *analoga* a quella dei lavoratori subordinati» (corsivo aggiunto); anche per costoro (come per i lavoratori subordinati) i contributi vengono versati dal committente, e dunque anche qui il ritardo o il mancato versamento da parte del terzo rischierebbe di compromettere «diritti coperti da sicuro fondamento costituzionale». L'art. 2116 c.c. è una norma posta a garanzia dell'*an* della tutela previdenziale, destinata a rafforzare il grado di effettività della tutela stessa. Per effetto di tale principio, infatti, si sterilizza il nesso di corrispettività tra prestazione contributiva e prestazione previdenziale, in quanto le prestazioni previdenziali sono dovute al prestatore di lavoro anche nelle ipotesi in cui il datore di lavoro non abbia regolarmente versato i contributi. Si vuole, cioè, evitare di far ricadere sul lavoratore il rischio di eventuali inadempimenti del datore di lavoro in ordine agli obblighi contributivi, coerentemente con la finalità di protezione sociale inerente ai sistemi di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti.

Il legislatore ha recepito questo orientamento limitatamente all'indennità di maternità, anche per le forti pressioni sindacali ricevute⁷. La riforma del lavoro del 2015 ha, così, inserito nel TU a sostegno della genitorialità (d.lgs. n. 151/2001) l'art. 64-ter, rubricato *Automaticità delle prestazioni*, in base al quale le lavoratrici e i lavoratori della gestione separata, se non iscritti ad altre forme obbligatorie, «hanno diritto all'indennità di maternità anche in caso di mancato versamento alla gestione dei relativi contributi previdenziali da parte del committente»⁸. Pur nel silenzio rispetto ad altri tipi di prestazioni previdenziali, tale previsione rappresenta indubbiamente un primo riconoscimento dell'esigenza di una estensione sul piano soggettivo dell'automaticità delle tutele.

Un secondo orientamento estensivo si rinviene in tema di lavoro a tempo parziale, dove i giudici hanno fornito una risposta circa le modalità di calcolo dell'anzianità contributiva nel *part time* verticale ai fini della pensione. Si è posto, qui, il problema del computo, ai fini del calcolo dell'anzianità contributiva, dei soli periodi in cui vi è stato effettivo svolgimento della prestazione oppure dell'intero anno durante il quale la prestazione a tempo parziale verticale è stata svolta. La

e Trib. Roma, 30 ottobre 2019, n. 9438, inedite a quanto consta. Una posizione critica rispetto a questo orientamento della giurisprudenza di merito è espressa da Cinelli 2014, 308.

⁷ Cfr. la proposta Nidil, *Automaticità delle prestazioni*, 2012, <www.nidil.cgil.it/files/automatismismo-1.pdf> (2021-10-01).

⁸ La Cassazione è nel frattempo giunta a conclusioni analoghe per i periodi precedenti (Cass. 20 marzo 2017, n. 7120, in *LG*, 7, 2017, p. 703). Anche in questo caso, per i giudici, la soluzione favorevole al lavoratore appare la più coerente sul piano logico e di giustizia, ove si consideri che si discute di rapporti di lavoro contrassegnati da una condizione di sottoprotezione analoga a quella dei lavoratori subordinati; non giustificandosi di conseguenza alcuna disparità di trattamento, tanto più che gli interessi costituzionali sottesi all'indennità di maternità (artt. 3, 31, 37 Cost.) rischierebbero di essere pregiudicati ove il calcolo della relativa indennità fosse condizionato dal ritardato o mancato adempimento del versamento contributivo da parte del dipendente. Da ultimo, va segnalato un grave arresto da parte della Cassazione che ha escluso a chiari lettere, con argomentazioni non condivisibili, l'applicazione dell'art. 2116 c.c. «i collaboratori coordinati e conti-nuativi in regime di monocommittenza iscritti alla suddetta gestione, in quanto essi, al pari dei lavoratori autonomi, sono gli unici titolari dal lato passivo dell'obbligo contributivo [...]» (Cass. n. 11430/2021).

soluzione, oramai pacifica, è stata fornita dalla Corte di Cassazione, fortemente influenzata anche da una sentenza della Corte di Giustizia del 10 giugno 2010 avente a oggetto proprio la normativa previdenziale del nostro ordinamento⁹. Con ripetute pronunce¹⁰, i giudici di legittimità hanno chiarito che tale questione deve essere risolta alla luce dei principi del nostro ordinamento in materia di rapporti di lavoro a tempo parziale, secondo i quali durante i periodi non lavorati il rapporto rimane perfettamente vigente. Ai fini del diritto alla pensione i periodi non lavorati in caso di *part time* verticale (ciclico) sono validi, poiché, ad avviso dei giudici, la contribuzione ridotta, propria dei *part timers*, incide esclusivamente sulla misura della pensione e non anche sulla durata del rapporto di lavoro. In sostanza, i periodi non lavorati nell'ambito di un *part time* verticale sono utili ai fini del diritto alla pensione al pari di quelli prestati in regime di *part time* orizzontale. E ciò, riprendendo le parole della Cassazione, «costituisce una logica conseguenza del principio per cui, nel contratto a tempo parziale verticale, il rapporto di lavoro perdura anche nei periodi di sosta». Diversamente, il lavoratore impiegato in regime di *part time* verticale si troverebbe a fruire di un trattamento peggiore rispetto al suo omologo a tempo pieno, dal momento che i periodi di interruzione della prestazione lavorativa, che pure non gli danno diritto ad alcuna prestazione previdenziale, non gli gioverebbero nemmeno ai fini dell'anzianità contributiva. Si verificherebbe, così, una disparità di trattamento che non potrebbe trovare alcuna giustificazione nella volontarietà della scelta del rapporto a tempo parziale.

Ebbene entrambe le soluzioni accolte dalla giurisprudenza dovrebbero essere ratificate dal legislatore, dato che l'Inps, fino a quando non ci saranno degli adeguamenti normativi, rimane ancorato al criterio della natura subordinata del rapporto lavorativo, quanto al principio di automaticità della prestazione e, con riferimento al *part time* verticale, continua a far rientrare nel calcolo dei contributi solo i periodi di effettivo lavoro. Invero, su almeno uno di questi profili, il legislatore è intervenuto. Con la legge di Bilancio 2021, infatti, ha pienamente riconosciuto l'anzianità lavorativa ai fini della pensione per i lavoratori in *part time* verticale ciclico del settore privato (art. 1, co. 250, l. n. 178/2020).

4. *Segue*. Il riconoscimento degli assegni per il nucleo familiare al lavoratore somministrato nella fase di disponibilità

L'ultimo esempio che appare utile richiamare in questa sede è una recente pronuncia sull'estensione del diritto agli assegni per il nucleo familiare ai la-

⁹ Si tratta delle cause C-395/08 e C-396/08, Bruno e Pettini c. Inps, in *RGL*, II, 2011, Ip. 263, nt. Altimari; si veda anche Alessi 2010, 975.

¹⁰ Fra le più recenti Cass. 23 ottobre 2018, n. 26824, in *Banca dati De Jure*; Cass. 6 luglio 2017, n. 16677, in *LG*, 12, 2017, p. 1132; Cass. 24 novembre 2015, n. 23948, in *RGL*, II, 2016, p. 262, nt. Bozza; Cass. 2 dicembre 2015, n. 24532, in *RDSS*, 2016, p. 419, nt. Mastrangeli; Cass. 10 novembre 2016, n. 22936, in *ADL*, 2, 2017, p. 429, nt. Altimari. Per la giurisprudenza di merito, più recente, si veda Trib. Venezia, 27 novembre 2019, n. 728 e App. Roma, 11 gennaio 2019, n. 37, entrambe in *Banca dati De Jure*.

voratori somministrati a tempo indeterminato nelle fasi di disponibilità¹¹. Le argomentazioni, fornite con pregevole tecnica interpretativa dalla Cassazione, meritano di essere riprese in quanto foriere di spunti utili sui caratteri del sistema normativo di previdenza sociale (con particolare riferimento alle necessità familiari), in favore della generalità dei lavoratori atipici.

La sentenza si confronta con la tesi sostenuta dall'Inps dell'insussistenza del diritto alla corresponsione dell'assegno al nucleo familiare rispetto al rapporto di lavoro somministrato a tempo indeterminato per il periodo in cui il lavoratore rimane in disponibilità, senza invio in missione per l'esecuzione di mansioni assegnate da e a favore di un utilizzatore. La tesi viene fondata sulla formulazione letterale degli artt. 1, 12 e 59, dPR n. 797/1955, che per l'esistenza del diritto e la sua misura si riferiscono alla «prestazione di lavoro retribuito» e sull'art. 22, co. 3, d.lgs. n. 276/2003 il cui disposto, «l'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge e di contratto collettivo», sarebbe da riferire anche all'assegno al nucleo familiare.

A fronte di tale opzione ermeneutica, che finiva per penalizzare ulteriormente questa particolare tipologia di lavoratori atipici, ci si è chiesti, se nel periodo di non lavoro, il rapporto funzionale tra agenzia e lavoratore resti o meno in vita, potendosi ancora rinvenire un nesso di subordinazione seppure in assenza della materiale prestazione di lavoro. A questo interrogativo, la Cassazione risponde affermando, condivisibilmente, che la messa a disposizione delle energie psico-fisiche contraddistingue anche la fase di attesa, sicché vi è continuità giuridica del rapporto di lavoro, pur in presenza di una discontinuità della prestazione¹². Partendo dal rilievo che il rapporto di lavoro subordinato si caratterizza per la messa a disposizione del datore di lavoro delle energie lavorative, da impiegare secondo le direttive che vengono di volta in volta impartite – che possono essere revocate e mutate, che comprendono quindi anche il potere di mantenere il dipendente in posizione di semplice attesa – si giunge (necessariamente) alla conseguenza che appartiene al sinallagma contrattuale anche la sola disponibilità all'adempimento, che vincola il prestatore d'opera senza soluzione di continuità nel tempo. Egli, infatti, deve rispondere immediatamente alla destinazione in missione a uno o all'altro utilizzatore e rimanere soggetto, ancorché eventualmente inattivo, a tutti gli obblighi che derivano dal contratto a iniziare da quelli di cui agli artt. 2105 e 2106 c.c. È un vincolo questo che comporta, unitamente all'obbligo di non accedere ad altri contratti di lavoro, anche quello di non impegnare il proprio tempo in attività che possano ritardare l'immediata presa di servizio presso l'utilizzatore indicato dall'agenzia datrice di lavoro. E proprio la continuità di tali obblighi anche nei periodi di assenza di missione contrapposta all'insussistenza degli stessi in ipotesi di cessazione per scadenza del termine o

¹¹ Cass. 8 marzo 2019, n. 6870. Per una più compiuta disamina della pronuncia si rinvia a Terzi 2019 e de Martino 2020, 1.

¹² La dottrina aveva già affermato che il legame funzionale non viene meno nella fase di reperibilità: Ciucciavino 2004, 82. In proposito cfr. anche Zappalà 2007, 343 ss. e Alessi 2011.

interruzione o sospensione del rapporto di lavoro, viene evidenziata dalla Corte per statuire che «nella somministrazione a tempo indeterminato la persistenza del sinallagma funzionale nella fase di disponibilità» costituisce «l'elemento causale qualificante e distintivo della tipologia contrattuale».

Agli stessi obblighi corrispondono, pertanto, nella visione della Corte, le stesse garanzie e le stesse tutele riconosciute agli altri lavoratori a tempo indeterminato, salvo le deroghe espressamente previste dalla legge. Tale principio di parità di trattamento con i lavoratori a tempo indeterminato vale anche per l'indennità di disponibilità, la quale, in quanto avente natura retributiva, dev'essere necessariamente conforme ai criteri di proporzionalità e sufficienza di cui all'art. 36 Cost., «anche in relazione alla dimensione familiare del lavoratore». Da qui il riconoscimento degli assegni per il carico familiare.

Ora, il medesimo ragionamento potrebbe riproporsi anche per altre tipologie flessibili, caratterizzate dall'alternanza di periodi di lavoro e non lavoro, come, ad esempio, per il *part time* di tipo verticale, dove pure esiste un legame funzionale conseguente alla messa a disposizione delle energie lavorative. Peraltro, per questi lavoratori, nei periodi in cui non viene effettivamente prestata l'attività lavorativa, la situazione è ancora più paradossale, rimanendo sguarniti sia della retribuzione (non essendo prevista la fruizione di un'indennità di disponibilità di natura retributiva) che delle tutele previdenziali. Se, difatti, la giurisprudenza ha oramai pacificamente riconosciuto – come già prima segnalato – il diritto all'accredito contributivo nei periodi di non lavoro (sia pure attraverso il principio del riproporzionamento dei contributi versati ai fini pensionistici), al contrario, per gli stessi periodi, continua a non riconoscere alcuna prestazione previdenziale¹³.

5. La necessità di individuare le tutele oltre il contratto e oltre la qualificazione della fattispecie

L'analisi sin qui condotta, sia quella legislativa sia quella giurisprudenziale, è sempre rimasta nella cornice del contratto, mostrando tutta la sua inadeguatezza rispetto all'obiettivo di garantire la più ampia protezione sociale ai lavoratori flessibili.

Occorre dunque modificare l'approccio; anzi, è lo stesso sistema contributivo, se riferito ai rapporti di lavoro flessibili, a rendere evidente la necessità di proiettarsi 'oltre il contratto' e guardare a una prospettiva di più lungo periodo, segnata dall'ingresso e dalla definitiva uscita dal mercato del lavoro. Chi entra nel mercato del lavoro come 'atipico' si trova di fronte alla prospettiva di costruire la propria carriera lavorativa attraverso una molteplicità di contratti, sia in senso diacronico (una serie di rapporti temporanei), sia in senso sincronico (sommare più rapporti di lavoro a tempo ridotto e/o di pluricommitenza), intervallati da periodi di discontinuità lavorativa.

¹³ Sul diniego dell'indennità di disoccupazione, v. Cass. 6 febbraio 2003, n. 1732, in *MGL*, 2003, p. 271, nt. Nicolai; sull'indennità di malattia, v. Cass. 18 agosto 2003, n. 12087, in *Banca dati De Jure*.

È necessario, pertanto, riconfigurare lo statuto protettivo in modo da garantire non tanto (e non solo) la stabilità degli impieghi quanto la continuità di una traiettoria, e in questo contesto, il profilo previdenziale rappresenta un tassello di primaria importanza nell'ambito delle tutele che assicurano una mobilità professionale sostenibile, direi, meglio, socialmente sostenibile.

Tale condizione determina una revisione dell'assetto tradizionale degli interessi del lavoratore, atteso che, in questa prospettiva, il contratto non esaurisce più l'orizzonte delle garanzie e dei diritti previdenziali, proprio perché il rapporto contrattuale ha durata limitata e/o orario ridotto e la maturazione dei diritti previdenziali avviene durante un arco temporale molto più lungo di quello coperto dal singolo contratto; bisogna, cioè, cercare un assetto sociale cui concorre il sistema previdenziale in termini estrinseci rispetto al rapporto di lavoro. L'interesse del lavoratore atipico a una tutela sul piano previdenziale non può limitarsi alla cornice giuridica offerta dal contratto, ma deve necessariamente guardare oltre l'orizzonte temporale in cui quest'ultimo spiega i propri effetti. E ciò ha senza dubbio un forte impatto sul piano sistematico, in quanto evidenzia una marcata divaricazione fra interessi aggregabili attorno al contratto di lavoro e interessi connessi al regime previdenziale, in particolare quello pensionistico.

Appare allora evidente che l'intreccio tra flessibilità e tutele e, di conseguenza, tra tecniche regolative e valori, sia che si guardi al diritto positivo che a una prospettiva *de iure condendo* – si prefigura molto più complesso, venendo in gioco interessi di più lungo respiro rispetto a quelli conchiusi entro lo spazio del singolo contratto. Si pensi, ad esempio, ai vincoli rinvenienti dalla scarsità delle risorse economiche, come pure dalle capacità istituzionali (nel senso di assetto organizzativo). Indubbiamente, la fissazione di un livello minimo di tutele implica, quale conseguenza diretta, la previsione dei costi necessari del sistema e, dunque, il principio di adeguatezza entra subito in tensione con l'esigenza di risparmio delle risorse e di razionalizzazione della spesa sociale (Franzini 2019, 675). Ma le due sfere non operano sullo stesso piano: da un lato, si colloca il connotato 'necessario' della prestazione che forma oggetto del diritto alla tutela previdenziale, dall'altro, c'è l'interesse al bilancio che non attiene al contenuto del diritto della tutela previdenziale, bensì alla 'regolazione dei mezzi'.

Il piano del ragionamento va, quindi, spostato da quello delle tutele nel contratto di lavoro a quello di diverse e/o nuove forme di tutele nel mercato. Un approccio, questo, invero presente da tempo nel dibattito giuslavoristico e, in particolare, in tutte le proposte in tema di lavoro flessibile. Basti pensare alle politiche di *flexicurity* imposte dall'Europa e che si ritrovano nelle riforme degli ultimi decenni ma che si sono rivelate fallaci, prevalentemente per una costante incapacità istituzionale e scarsità di risorse finanziarie¹⁴. Il che ha contribuito all'attuale situazione di scopertura dei rapporti flessibili e al conseguente squi-

¹⁴ Il dibattito dottrinale è molto ampio in proposito; *ex pluris*, v. Barbera 2018, 557 ss. e Gottardi 2015, 239 ss.

librio nella distribuzione delle prestazioni di *welfare* che aggrava, anziché alleviare, le condizioni dei lavoratori atipici.

Andare 'oltre il contratto' significa anche assecondare quella propensione, sempre più forte, del sistema di sicurezza sociale a tutelare il soggetto ponendo in secondo piano le dispute sulla qualificazione tipologica del rapporto (tema, peraltro, ripresentatosi in tutta la sua urgenza e complessità con riferimento ai nuovi lavori legati alle piattaforme digitali: D'Onghia 2017, 83 ss.; Loi 2017, 270 ss.; Voza 2018, 657 ss; Tullini 2017, 680 ss.). Il pregio di adottare come punto di partenza la sicurezza sociale è proprio quello di poter spostare la riflessione dalle questioni attinenti alla qualificazione della fattispecie a quelle della regolazione dei rapporti di lavoro, nella logica di garantire una protezione sociale più ampia possibile (mantenendo comunque sempre un atteggiamento prudente verso l'abbandono dello schema contrattuale *tout court*). E, dunque, seguendo questa impostazione, piuttosto che riformulare gli strumenti strutturali della subordinazione o alimentare l'area grigia della parasubordinazione, si tratta di ricollegare i diritti e le tutele direttamente alla persona che entra nel mercato del lavoro, svincolandoli dallo *status* occupazionale.

Del resto, la meritevolezza delle tutele, alla luce del fondamento costituzionale (artt. 2, 3, secondo comma e 38 Cost.) parte dalla 'condizione di bisogno' del soggetto lavoratore, prescindendo, in qualche misura, dal suo *status* occupazionale.

6. Le indicazioni 'soft' rinvenienti dall'Europa

Su questo piano, anche dall'Europa cominciano ad arrivare alcuni segnali di un cambio di prospettiva (e di regolazione), senza dimenticare, tuttavia, che la materia della previdenza sociale non è di stretta competenza del legislatore eurounitario, o meglio che, pur essendo la sicurezza sociale inclusa tra gli ambiti di azione dell'art. 153 TFUE, essa comunque si muove nei limiti – tipici della sussidiarietà – della facoltà degli Stati membri di definire i principi fondamentali dei rispettivi sistemi di sicurezza sociale e senza comunque incidere sugli equilibri finanziari di ciascuna gestione (e tanto, come è noto, ha reso di fatto impossibile qualunque convergenza verso un modello unico di protezione sociale).

Indicazioni di sicuro interesse ma, allo stesso tempo, di scarsa efficacia, rinvenengono da alcuni recenti documenti.

Il primo è il Pilastro europeo dei diritti sociali (D'Onghia 2019, 57 ss.; Vesan e Corti 2018, 125 ss.; più di recente, Bronzini 2019, 97 ss.), presentato con la Raccomandazione della Commissione del 27 aprile 2017, e siglato il 27 novembre dello stesso anno dai tre Presidenti del Consiglio, del Parlamento europeo e della stessa Commissione. Il documento, composto da venti principi, in alcuni casi individuati come veri e propri diritti, si articola su tre assi tematici – «egualianza di opportunità e di accesso al mercato del lavoro», «equie condizioni di lavoro», «protezione ed inclusione sociale» – e certamente sembra riannodare le fila con l'avanzamento realizzato sul piano sociale a partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 e interrotto non solo dalla crisi economica iniziata nel 2008 ma anche già con l'emergere

del principio della *flexicurity* e il prevalere della sua matrice neoliberale, in netto contrasto con il modello sociale europeo sino ad allora prospettato (Corti 2018; Gottardi 2018, 621 ss.).

Nel Pilastro Sociale vi è un richiamo all'occupazione flessibile e sicura, che sembra prescindere dalla tipologia contrattuale utilizzata, e, per quel che più interessa, punta a definire un sistema nuovo di *welfare*, esplicitato nel principio n. 12 sulla protezione sociale e in quello n. 15 sul reddito e sulle pensioni di vecchiaia. In particolare, è il principio 12 del Pilastro a stabilire che «indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori e, a condizioni comparabili, i lavoratori autonomi hanno diritto a un'adeguata protezione sociale», con una formulazione che appare speculare proprio al riconoscimento di un livello adeguato di protezione sociale prescindendo dal tipo contrattuale.

Pur senza sottovalutare l'importanza di tali principi e il fatto di aver riportato al centro dell'agenda politica dell'UE il tema sociale, su di esso si allunga più di un'ombra (in senso critico Giubboni 2018, 557 ss.; Borelli e Orlandini 2019, 54 ss.). La prima, rilevata prima ancora che il testo del Pilastro europeo assumesse la sua forma definitiva, riguarda la natura giuridica del documento, e dunque sulla stessa opzione di politica del diritto che vi è sottesa: se alla Carta di Nizza era stato attribuito il medesimo valore giuridico dei Trattati, e dunque si poneva come pienamente vincolante le istituzioni europee quanto gli Stati Membri, il documento del 2017 resta strumento di *soft law*¹⁵, le cui concrete opportunità di cambiamento restano affidate alla capacità delle istituzioni europee, degli Stati Membri, e forse anche delle Corti, di rimanerne influenzati e in qualche misura condizionati.

Sotto altro profilo, il portato di novità del principio in parola sembra essere ridimensionato già nello stesso Pilastro, laddove tanto il principio n. 13 sulle prestazioni di disoccupazione quanto il n. 15 sulle pensioni tradiscono un'impostazione ancorata alla corrispettività. La pensione sarà dunque riconosciuta sia ai lavoratori subordinati che a quelli autonomi in misura sì adeguata, ma «commisurata ai [...] contributi» versati; analogamente, anche le prestazioni di disoccupazione dovranno essere adeguate e di durata ragionevole (e indipendentemente dall'essere *ex* lavoratori subordinati o autonomi), purché «in linea con i [...] contributi e le norme nazionali in materia di ammissibilità». In altre parole, viene affermato l'*an*, ma fortemente sminuito il *quantum*.

Più di tutto, il Pilastro non sembra intaccare il consolidato meccanismo di *governance* economica della protezione sociale: come ricordato esplicitamente nel Preambolo, non soltanto esso «non comporta un ampliamento delle competenze e dei compiti dell'Unione conferiti dai trattati e dovrebbe essere attuato entro i limiti di tali poteri» (§ 18), ma il suo sviluppo «non compromette la

¹⁵ Come evidenziato dal Comitato economico e sociale europeo (Cese), il «Pilastro europeo dei diritti sociali» è «una dichiarazione politica di intenti e che, di per sé, non crea nuovi diritti giuridici applicabili» (v. *Impatto della dimensione sociale e del pilastro europeo dei diritti sociali sul futuro dell'Unione europea*, SOC/564, 19 ottobre 2017, par. 1.3).

facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e di gestire le proprie finanze pubbliche, e non deve incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso» (§ 19). Il che equivale a dire che nulla potrebbe sostanzialmente cambiare: ogni sistema nazionale di protezione sociale non dovrà, anche alla luce dei pur importanti principi ivi affermati, comprometterne la sua sostenibilità finanziaria, sicché si tratta di diritti condizionati dal loro costo, rischiando di rimanere nel limbo delle buone intenzioni. Insomma, la promozione di un programma di sostegno e difesa dei diritti sociali negli Stati membri va di pari passo con la conferma dei principi economici e di mercato che, specie negli anni della crisi, hanno contribuito a erodere e disconoscere quegli stessi diritti.

Un altro documento che vale la pena richiamare, attuativo peraltro di alcuni principi sanciti nel *Social Pillar*¹⁶, è la direttiva relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza (direttiva 2019/1158), adottata dal Parlamento e dal Consiglio il 20 giugno 2019 ed entrata in vigore il 1° agosto 2019 (per un commento Chieragato 2020, 125 ss.).

Per la parte che qui interessa, occorre sottolineare che all'art. 9, la Direttiva riconosce come la possibilità di ricorrere a modalità di lavoro flessibili sia fondamentale per migliorare la capacità dei lavoratori e lavoratrici con responsabilità familiari di restare nel mercato del lavoro. Ma solo nella parte programmatica mette in evidenza la criticità connessa all'uso flessibile della forza lavoro in termini di adeguate tutele sociali. In particolare, nel *Considerando* n. 35 si sottolinea che se, per un verso, il lavoro a tempo parziale si è «rivelato utile per consentire ad alcune donne di restare nel mercato del lavoro dopo la nascita di un figlio o l'assistenza a familiari che necessitano di cure o sostegno», per altro verso «lunghi periodi di riduzione dell'orario di lavoro possono determinare una riduzione dei contributi di sicurezza sociale e, quindi, la riduzione o l'annullamento dei diritti pensionistici». Si mostra dunque piena consapevolezza di come il ricorso a tipologie flessibili possa compromettere il diritto a una pensione equa e adeguata.

Pur con tutti i limiti accennati, va dato atto che entrambi i documenti rappresentano un importante segnale di un rinnovato attivismo in materia sociale da parte delle istituzioni euro-unitarie; attivismo che riflette pur sempre l'intento di rafforzare quella dimensione sociale dell'Ue, la cui storica debolezza è ragione non ultima della crisi del processo d'integrazione manifestatasi, con tutta evidenza, negli ultimi anni (Losurdo 2016, con bibliografia).

6. L'urgenza di ripensare il sistema di protezione sociale e attenuare la deriva 'meritocratica'

Avviandomi a qualche riflessione conclusiva, mi limito a osservare come l'introduzione di meccanismi diretti a risanare la frattura tra flessibilità e sicurezza

¹⁶ Si tratta del Principio n. 9, dedicato specificamente all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, e del Principio n. 2, sulla parità di genere.

rappresenti una vera emergenza, anche in termini di ripensamento del rapporto tra la funzione protettiva tradizionale del sistema delle assicurazioni sociali (da tempo considerata una istituzione ‘vecchia’) e una sua moderna funzione di sostegno e promozione¹⁷.

Il tutto deve però partire da una consapevolezza: esiste una dimensione micro del problema, correlata all’interesse del singolo a una protezione conforme alla condizione di lavoratore atipico, ma anche una dimensione macro, legata in termini generali all’interesse sociale di nuovi bilanciamenti fra le varie funzioni in cui si articola il sistema previdenziale. In entrambe le prospettive, è netta oramai l’esigenza di riconsiderare l’articolazione funzionale interna del sistema previdenza e i confini e le connessioni tra un *welfare* lavoristico e un *welfare* non lavoristico (Sandulli 2003b, 558).

Per altro verso, l’obiettivo dell’incremento occupazionale, spesso sotteso alle scelte legislative di promozione della flessibilità, non può essere perseguito in forma disgiunta dall’impegno di garantire una rete di protezione che valga a compensare, e comunque proteggere, chi venga trovarsi nell’impossibilità di accedere alle forme tradizionali di lavoro o nell’impossibilità di conservarne la relativa e più intensa tutela¹⁸. Tutela sociale e garanzie del lavoro non possono che bilanciarsi e completarsi a vicenda.

È dunque ormai maturo il tempo di affrontare in maniera sistematica, in chiave soprattutto di politica legislativa (e, dunque, di sua ‘effettiva praticabilità’), le prospettive innovative anche del sistema di sicurezza sociale, quanto ai principi e a fondamenti giuridici. Si tratta di ragionare su che tipo di sicurezze (in senso ampio) debbano garantirsi ai lavoratori nel loro complesso, prescindendo dal contratto di lavoro, e su come i sistemi pubblici di protezione sociale possano assumere la redistribuzione dei rischi di tutti i lavoratori (prima, durante e dopo il rapporto di lavoro) seguendo un approccio universalistico.

Tutto ciò richiama l’intenso dibattito della tutela assistenziale, quale espressione di un diritto di cittadinanza sociale e, dunque, la previsione di un intervento, esplicito e definito, a favore dei lavoratori con carriere discontinue e instabili. Tra il livello di protezione assicurativo-contributivo (usufruito prevalentemente dai lavoratori a tempo pieno e indeterminato) e quello assistenziale generale (rivolto a tutti i cittadini in condizioni di bisogno), deve affermarsi, così, uno spazio di tutela intermedio tale da coprire specificatamente il lavoro atipico, così da garantire a tutti una continuità di cittadinanza del lavoro nella discontinuità dei tragitti lavorativi e realizzare una effettiva liberazione dello stato di bisogno.

In un siffatto quadro di universalizzazione della rete di protezione, i confini tra previdenza e assistenza, come anche le possibilità di operare distinzioni ontologiche all’interno delle funzioni del sistema di *welfare*, finiscono così per apparire sempre più labili.

¹⁷ Se ne parla diffusamente in dottrina; tra le più recenti riflessioni sul tema v., Persiani 2013, 641; Pessi 2016b, 473; Prosperetti 2019, 173.

¹⁸ Un’esigenza questa segnalata già da tempo; cfr. Balandi 1995, 9.

Nella prospettiva di rimodulare le forme di protezione sociali, occorre però prestare molta attenzione alla tecnica del legislatore di affidare alla responsabilità degli stessi soggetti protetti un ruolo specifico e attivo. È noto, infatti, come nel difficile bilanciamento tra opportunità e tutele, il legislatore, sempre più spesso e in misura molto accentuata, accompagni la messa disposizione di prestazioni sociali con la 'responsabilizzazione' dei beneficiari, che viene perseguita imponendo loro, quale condizione per usufruire (e conservare) la tutela, l'adozione di determinati comportamenti attivi. È la cd. condizionalità, divenuta oramai la parola chiave quando si tratta di erogare prestazioni sociali¹⁹.

Ebbene, la rigorosa previsione di *mutual obligation* risponde sempre più non tanto alla condivisibile logica di partecipazione attiva e di responsabilizzazione dei processi di inclusione sociale²⁰, quanto (soprattutto) all'obiettivo di evitare derive opportunistiche e assistenzialistiche, sostenendo la malsana idea che l'interessato si debba 'guadagnare' i diritti. Il che avvallerebbe anche quella regressiva interpretazione di solidarietà che è stata definita «una interpretazione contrattuale [...], alla cui stregua gli individui sono mobilitati secondo una logica di contropartita al fine di meritare le risorse di cui possono essere destinatari»²¹. Nelle società contemporanee, riprendendo le riflessioni di un noto economista francese, la narrazione dominante è sempre più quella 'meritocratica', per cui la disuguaglianza moderna sarebbe giusta, perché deriverebbe da un processo liberamente accettato; ognuno avrebbe pari opportunità di accesso al mercato e alla proprietà, e tutti beneficerebbero spontaneamente dell'accumulazione dei più ricchi, i più intraprendenti, i più meritevoli e i più utili alla società (Piketty 2019).

In questa direzione anche l'accentuazione della responsabilizzazione finisce per diventare una criticità, tanto più se guardata in connubio con il persistente vincolo delle risorse economiche: essa risponde (quasi esclusivamente) a una logica di sostanziale riduzione della protezione assicurata dallo Stato.

A ciò si aggiunga che le stesse politiche attive, dopo più di un decennio di sperimentazione a livello eurounitario, hanno dimostrato di non essere uno strumento sufficiente a contrastare la crisi produttiva e occupazionale, soprattutto se non accompagnate da politiche pubbliche di espansione della domanda. Oramai, è stata disvelata l'illusorietà di una strategia per l'occupazione che incentra sulle regole del mercato del lavoro le potenzialità di successo delle politiche occupazionali (Lassandari 2016, 237 ss.). Tali regole, siano esse riferite

¹⁹ Sul tema si è sviluppato un ampio dibattito. Cfr., da ultimo, Taschini 2019 e Cinelli 2020, 7 ss., con particolare riferimento all'incidenza (negativa) della condizionalità sui tratti fisiognomici dei diritti sociali.

²⁰ Viene qui in mente il principio di «laboriosità» di quella parte della dottrina che, da tempo, pone al centro delle tutele le potenzialità dei singoli, in una più inclusiva logica di responsabilizzazione partecipativa degli stessi, capaci di estendere l'assetto protettivo a tutti coloro che, sussistendone le condizioni di abilità, si mostrino effettivamente disponibili ad accedere nel sistema produttivo; così Bozzao 2003, 535.

²¹ Castel 2013, 5. Su tale processo di deriva, definita di «eclissi della solidarietà redistributiva», cfr. Giubboni e Pioggia 2015, 297 ss.

alla flessibilità del rapporto o al potenziamento dell'occupabilità del lavoratore, non sono di per sé in grado di moltiplicare le occasioni lavorative la cui abbondanza e scarsità dipende da altri meccanismi dell'economia, per l'attivazione dei quali sarebbero necessarie misure di politica industriale. D'altro canto, in uno scenario in cui la mancanza di lavoro ha assunto un carattere strutturale, la condizionalità è poco funzionale (tanto più se declinata in una accezione fortemente punitiva), perché essa è «un riflesso della fiduciosa visione della tutela del reddito, che dovrebbe rimediare a un difetto transitorio del nostro sistema» (Gragnoles 2012, 606).

Ebbene, questa deriva – una sorta di modello *do ut des* – non può essere trascurata se si intende ragionare in termini propositivi tra tecniche e valori dove le prime sono funzionali al riconoscimento dei secondi, sempre che si voglia guardare per davvero alla vita delle persone che abbia una direzione di senso.

Garantire un futuro pensionistico, garantire la sicurezza sociale, non significa percorrere la strada della individualizzazione e desocializzazione all'interno della società di oggi, definita sempre più la 'società del rischio' (Beck 2013), ma, al contrario, predisporre un *mix* di politiche, senza abbandonare necessariamente gli strumenti del passato, semmai migliorandoli e integrandoli con strumenti nuovi. L'idea è quella di un sistema di *welfare* integrato nel quale le singole componenti operino in modo non sovrapposto ma quanto più possibile complementare per fornire un'efficace risposta alle trasformazioni sociali che stanno investendo il Paese.

Insomma il necessario approccio complessivo ai dilemmi delle tutele sociali dei lavoratori flessibili deve recuperare principi universalmente ancora validi (sin dal principio di solidarietà che nulla ha a che fare, con l'assistenzialismo, ma anzi vi si contrappone)²² e declinarli ai nuovi bisogni sociali, integrando vecchi e nuovi strumenti, senza rassegnarsi alla narrativa dominante che vuole le ragioni del mercato (come pure, l'ultima rivoluzione tecnologica del mondo del lavoro) incompatibile con le tutele, il servizio pubblico e un *welfare* economicamente e socialmente sostenibile²³.

Dare dimensione giuridica al mercato non significa uscire dal quadro costituzionale né ipotizzare l'autosufficienza di regole del tutto impermeabili ad altri valori che caratterizzano l'ordinamento nella sua globalità. I bisogni, se fondamentali, non possono essere né sospesi né negati, perché essi sono espressi come pre-requisiti di ogni ordine sociale (Ignatieff 1986) e della loro liberazione, garantita dall'art. 38 Cost., se ne deve fare carico lo Stato (Persiani e D'Onghia 2019; Balandi 1997, 151 ss.), sempre che si voglia evitare il «sonno dei valori di fronte all'urgenza degli interessi» (Lipari 2004, 136).

²² In tal senso molto efficaci le riflessioni di Lipari 2004, quando si occupa del rapporto tra mercato e solidarietà (p. 135 ss.).

²³ Così Bin 2018, secondo il quale «si tratta di invertire l'ordine delle priorità che è sempre più dettato dal mercato solo perché gli Stati e le loro organizzazioni (Unione europea in primo luogo) hanno abdicato al loro compito istituzionale, quello di tutelare i diritti. È un vistoso "deficit politico" a minare il ruolo degli Stati e lasciare incontrastato il ruolo del mercato» (p. 146).

Bibliografia

- Alessi, C. 2010. "La Corte di giustizia, il part time verticale e il trattamento pensionistico." *D&L*.
- Alessi, C. 2011. "Disponibilità, attesa e contratto di lavoro." *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* 123.
- Balandi, G.G. 1995. "Non lavoro e protezione sociale." *LD*.
- Balandi, G.G. 1997. "Lavoro e diritto alla protezione sociali." *LD*.
- Barbera, M. 2018. "Tre narrazioni della *flexicurity*." *RGL I* (3).
- Beck, U. 2013. *La società del rischio*. Roma: Carocci.
- Bin, R. 2018. *Critica della teoria dei diritti*. Milano: Franco Angeli.
- Borelli, S., e G. Orlandini. 2019. "Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza." *QG* 4.
- Bozzao, P. 1999. "Totalizzazione dei periodi contributivi e adeguatezza della prestazione." *GI*.
- Bozzao, P. 2003. "Dal 'lavoro' alla 'laboriosità'. Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale." *RDSS*.
- Bozzao, P. 2017. "La tutela previdenziale nel c.d. lavoro flessibile." In G. Santoro Passarelli, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale – Il lavoro privato e pubblico*. Torino: Utet.
- Bronzini, G. 2019. "L'enforcement della Carta di Nizza e l'attuazione dell'European social pillar: due strade convergenti verso lo stesso fine?" *QRassSind*. 1.
- Casale, D. 2017. *L'automaticità delle prestazioni previdenziali*. Bologna: Bononia University Press.
- Castel, R. 2013. "De la protection sociale comme droit." In *L'avenir de la solidarité*, éd. R. Castel, N. Duvoux. Paris: PUF.
- Chierigato, E. 2020. "Conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare." *LG* 2.
- Cinelli, M. 2000. "Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale." *RIDL I*.
- Cinelli, M. 2014. "Positività e incongruenze della 'quarta gestione' INPS." *RDSS*.
- Cinelli, M. 2019. *Diritto della previdenza sociale*. Torino: Giappichelli.
- Cinelli, M. 2020. "La previdenza che cambia: appunti su «relatività» e variazioni fisiognomiche dei diritti sociali." *RDSS*.
- Ciucciovino, S. 2004. "La disciplina dei rapporti di lavoro." In *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di M.T. Carinci e C. Cester. Milano: Ipsoa.
- Corti, M. 2018. *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*. Torino: Giappichelli.
- D'Onghia, M. 2013. "La tutela sociale dei lavoratori a termine tra universalizzazione ed effettività." In *I rapporti di lavoro a termine*, a cura di R. Del Punta e R. Romei. Milano: Giuffrè.
- D'Onghia, M. 2017. "Lavori in rete e nuove precarietà: come riformare il *welfare state*?" *QRGL* 2.
- D'Onghia, M. 2019. "Le tutele welferistiche nel *Social Pillar*." In *Verso un Pilastro Sociale europeo*, a cura di G. Bronzini. Roma: Key editore.
- de Martino, C., 2020. "L'estensione giurisprudenziale ai somministrati a tempo indeterminato (in disponibilità) degli assegni per il nucleo familiare." *RGL II*.
- Ferraro, G. 2002. "La flessibilità previdenziale nell'evoluzione del lavoro e delle professioni." *DL I*.

- Franzini, M. 2019. "La difficile conciliazione tra finanza pubblica e *welfare state*." *RDSS*.
- Ghera, E. 1988. "Forme speciali e integrative di previdenza sociale." *DL I*.
- Giubboni, S. 2003. "Flessibilità del lavoro e tutela delle posizioni previdenziali" *DL I*.
- Giubboni, S. 2018. "L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali." *PD 4*.
- Giubboni, S., e A. Pioggia. 2015. "Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento." *RDSS*.
- Gottardi, D. 2015. "Riforme strutturali e prospettiva europea di *flexicurity*: andata e ritorno." *LD 2*.
- Gottardi, D. 2018. "Le modificazioni del sistema delle fonti e l'impatto sulle istituzioni UE." *RGL I*.
- Gragnoli, E. 2012. "Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria." *DLRI 136*.
- Ignatieff, M. 1986. *I bisogni degli altri*. Bologna: il Mulino.
- Lassandari, A. 2016. "La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi per l'impiego e le politiche attive." *LD 2*.
- Lipari, N. 2004. *Diritto e valori sociali*. Roma: Edizioni Studium.
- Loi, P. 2017. "Il lavoro nella *Gig economy* nella prospettiva del rischio." *RGL I*.
- Losurdo, F. 2016. *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Persiani, M. 2004. "La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro." *PAPP*.
- Persiani, M. 2013. "Crisi economica e crisi del *welfare*." *DLRI*.
- Persiani, M., e M. D'Onghia. 2019. *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A. 2002. *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di Studio di diritto del lavoro Aidlass, Pesaro-Urbino, 24-25 marzo 2002*. Milano: Giuffrè.
- Pessi, R. 2006. "Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali." *RDSS*.
- Pessi, R. 2016a. *Lezioni di diritto della previdenza sociale*. Padova: Cedam.
- Pessi, R. 2016b. "Ripensando il *welfare*." *RDSS*.
- Piketty, T. 2019. *Capital et idéologie*. Paris: Éditions du Seuil Harvard University Press.
- Prosperetti, G. 2019. *Ripensiamo lo stato sociale*. Milano: Wolters Kluwer-Cedam.
- Ravelli, F. 2007. *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*. Brescia: Promodis.
- Renga, S. 2006. *La tutela sociale dei lavori*. Torino: Giappichelli.
- Sandulli, P. 2003a. "Tutela previdenziale e assistenziale dei lavori atipici nell'ordinamento giuridico italiano." *LD*.
- Sandulli, P. 2003b. "Intervento." In *Aidlass, Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*. Milano: Giuffrè.
- Sgroi, A. 2009. "Flessibilità del mercato del lavoro e sistema previdenziale." *DRI 4*.
- Taschini, L. 2019. *I diritti sociali al tempo della condizionalità*. Torino: Giappichelli.
- Terzi, A. 2019. "Sicurezza sociale e nuove tipologie contrattuali: l'assegno al nucleo familiare." <http://www.questionegiustizia.it/articolo/sicurezza-sociale-e-nuove-tipologie-contrattuali-l-assegno-al-nucleo-familiare_02-07-2019.php> (2021-10-01).
- Todaro, A. 2004. "Flessibilità dei contratti di lavoro e aspetti previdenziali." *ADL*.
- Tranquillo, T., e V. Ferrante. 2019. *Nozioni di diritto della previdenza sociale*. Padova: Cedam.
- Tullini, P. 2017. "Quali regole per il lavoratore-utente del web? Scambio economico e tutele." In *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di P. Tullini. Torino: Giappichelli.

- Vallacqua, F. 2006. "Il rapporto tra previdenza complementare e flessibilità nel mercato del lavoro." *RDSS*.
- Vesan, P., e F. Corti. 2018. "Il Pilastro europeo dei diritti sociali e la strategia sociale di Juncker: un'agenda per la ricerca." *PS* 1.
- Voza, R. 2018. "Nuove sfide per il *welfare*: la tutela del lavoro nella *gig economy*." *RDSS*.
- Zappalà, L. 2007. "Disciplina dei rapporti di lavoro." In *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di R. De Luca Tamajo e G. Santoro Passarelli. Padova: Cedam.