

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE**

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale di appartenenza: 12/B2

Settore Scientifico disciplinare: IUS/07 Diritto del Lavoro

**FONDAMENTI COMPARATI DEL DIRITTO DELLA
SICUREZZA SOCIALE TRA ITALIA E SPAGNA**

Presentata da:

Dott. Francisco Miguel Ortiz González-Conde

Coordinatore Dottorato:

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Relatore:

Chiar.mo Prof. Sandro Mainardi

Correlatore:

Chiar.mo Prof. Davide Casale

Esame finale anno 2016

Quisiera agradecer:

Al Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia, que en el continuar de la labor emprendida por su Emcia. Gil Álvarez de Albornoz, ha tenido a bien depositar en mi persona su confianza.

A mis profesores, que me iniciaron en el estudio del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad de Murcia y que gratamente me han acogido en el Alma Mater Studiorum de Bolonia.

A mi familia, amigos y compañeros por vuestros ánimos, esperanzas y paciencia.

Murcia, enero 2016

Desidero ringraziare:

Il Reale Collegio Maggiore di San Clemente degli Spagnoli a Bologna che nel continuare il lavoro intrapreso da S.Em. Gil Álvarez de Albornoz, ha depositato in me la sua fiducia.

I miei professori, che mi hanno iniziato allo studio del Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale presso l'Università di Murcia e mi hanno accolto gratamente nella Alma Mater Studiorum di Bologna.

La mia famiglia, gli amici ed i collegiali per avermi sostenuto, incoraggiato e per aver avuto pazienza

Murcia, gennaio 2016

METODOLOGIA [italiano].....	9
METODOLOGÍA [castellano].....	13

CAPITOLO PRIMO

COORDINATE COSTITUZIONALI DEI SISTEMI ITALIANO E SPAGNOLO DI SICUREZZA SOCIALE

1. Considerazioni preliminari.....	17
2. La Previdenza Sociale come realtà preesistente ad entrambi testi costituzionali.....	20
2.1. Il ventennio fascista italiano (1922 - 1943), le dittature spagnole di Primo Rivera (1923-1930) e Franco (1939-1976) e la Seconda Repubblica Spagnola (1931-1939).....	20
2.2. La influenza del Piano Beveridge (1942): la commissione D’Aragona in Italia (1947) e la Legge delle Basi della Sicurezza Sociale in España (1963).....	34
3. La Sicurezza Sociale a dibattito nelle Assemblee Costituenti italiana (1947) e spagnola (1977).....	39
4. L’art. 38 della Costituzione Italiana e l’art. 41 della Costituzione spagnola, quali modelli costituzionali di Sicurezza Sociale?.....	53
4.1. Interpretazioni normative e dottrinali	53
4.2. Giurisprudenza costituzionale sul modello di Sicurezza Sociale.....	63
5. Italia e Spagna come due Stati Sociali.....	65
6. Efficacia giuridica del diritto prestazionale di Sicurezza Sociale.....	69
6.1. L’intervenzione dalla Corte costituzionale italiana e le « <i>sentenze additive</i> ».....	75
6.2. « <i>Rectius principi</i> » della politica sociale spagnola.....	77
7. La configurazione legale e l’equivalenza funzionale dei sistemi di Sicurezza Sociale.....	79
7.1. L’organizzazione amministrativa degli Enti previdenziali italiani e gli Enti di Gestione spagnoli.....	79
7.2. Prestazioni della Sicurezza Sociale.....	82

CAPITOLO SECONDO

ÁMBITO DE APLICACIÓN «RATIONE PERSONAE»

1. La universalidad como tendencia.....	99
2. El criterio de profesionalidad.....	102
3. El criterio de territorialidad.....	109
3.1. La protección social de los trabajadores nacionales emigrados a territorio extranjero.....	115
3.1.1. Trabajadores nacionales emigrantes a países comunitarios.....	115
3.1.2. Trabajadores nacionales emigrantes a países extracomunitarios firmantes de Convenios bilaterales.....	120
3.1.3. Trabajadores nacionales emigrantes a países extracomunitarios sin Convenios bilaterales o Convenios bilaterales parciales.....	127
3.2. La protección social de los trabajadores nacionales desplazados en territorio extranjero y trabajadores fronterizos.....	128
3.3. La protección social de los trabajadores inmigrantes en territorio nacional.....	132
3.3.1. Los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa regular.....	132
3.3.2. Los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular.....	140
3.3.3. Otros supuestos especiales: apátridas, refugiados y asilados.....	145

CAPITOLO TERZO

AMBITO D'APPLICAZIONE «RATIONE MATERIAE»

1. La liberazione dalle necessita' come base di ambedue Costituzioni.....	147
2. Il rilievo della sussistenza del bisogno.....	154
3. La prevalenza dell'avveramento del rischio nella tutela dei eventi protetti....	159

CAPITOLO QUARTO

L'ADEGUATEZZA DELLE PRESTAZIONI SOCIALE

1. Il significato della locuzione «mezzi adeguati alle esigenze di vita» e «prestaciones sociales suficientes».....	163
2. L'«adeguatezza» italiana e la «sufficienza» spagnola come concetti giuridici indeterminati interpretati dalle due Corti Costituzionali.....	175
3. L'adeguatezza delle prestazioni secondo approcci giuridico-pubblici.....	186
3.1.La natura non contrattuale del sistema di Sicurezza Sociale	187
3.2.La natura giuridica della quota	189
3.3.La disponibilità economica dei sistemi e il principio di solidarietà.....	197
4. Manifestazioni del principio di solidarietà e disponibilità economica.....	199
4.1.La pensione minima.....	199
4.2.La pensione massima.....	209
4.2.1. La problematica italiana con la limitazione percepibile.....	210
a) Legge Finanziaria 2015	
b) Massimale di retribuzione pensionabile	
c) Contributo di solidarietà	
4.2.2. La costituzionalità di un limite massimo all'ammontare delle pensioni in Spagna.....	216
4.2.3. La dinamica del funzionamento del limite massimo delle pensioni	220
4.3.La perequazione automatica delle pensioni.....	222
4.3.1. Aspetti costituzionali in comune.....	222
4.3.2. I meccanismi di perequazione e le riforme nazionali.....	225
4.3.3. La prova costituzionale sul congelamento della rivalutazione delle pensioni nel 2012: valida per la Corte spagnola, rifiutata dalla Corte italiana.....	230
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	241
CONSIDERACIONES FINALES.....	255
BIBLIOGRAFIA.....	268

«La lluvia dejó de caer. En los campos quedó el agua, reflejando el cielo gris y la tierra susurró con el agua en movimiento. Y los hombres salieron de los graneros y los cobertizos. Se acuclillaron y contemplaron la tierra anegada. Callaban. Y a veces hablaban muy quedamente. No hay trabajo hasta la primavera.

No hay trabajo.

Y si no hay trabajo... no hay dinero ni comida.

Un hombre que tiene un tiro de caballos, que los usa para arar, cultivar y segar, a él nunca se le ocurriría dejarlos que se murieran de hambre cuando no están trabajando.

Esos son caballos... nosotros somos hombres. Las mujeres miraron a los hombres, los miraron para ver si al fin se derrumbarían.

Las mujeres permanecieron calladas, de pie, mirando. Y en donde un grupo de hombres se juntaba, el miedo dejaba sus rostros y la furia ocupaba su lugar. Y las mujeres suspiraron de alivio porque sabían que todo iba bien, que esta vez tampoco se irían abajo; y que nunca lo harían en tanto que el miedo pudiera transformarse en ira.

Pequeños brotes de hierba salieron de la tierra, y al cabo de pocos días, con el comienzo del año, las colinas se vistieron de color verde pálido»

J. STEINBECK (1939), "The Grapes of Wrath"
(Las Uvas de la Ira)

«La pioggia cessò. Sui campi restò l'acqua, a riflettere il grigio del cielo, e tutta la terra era un murmure d'acqua corrente. E i pezzenti uscivano dai loro covi, dai fienili e dalle stalle e accoccolati contemplavano la terra inondata, silenziosi, o parlando con una tragica calma. Niente lavoro fino a primavera.

Niente lavoro.

Niente lavoro... niente denaro, niente cibo.

Ma, dico io, chi ha una pariglia di cavalli, e se ne serve per arare, per coltivare, non si sognerebbe mai di metterli fuori dalle stalle e lasciarli morire di fame, quando manca il lavoro nei campi.

Ah, ma quelli sono cavalli... noi siamo uomini.

Le donne osservavano i mariti, per vedere se questa volta era proprio la fine.

Le donne stavano zitte e osservavano. E se scoprivano l'ira sostituire la paura nei volti dei mariti, allora sospiravano di sollievo. Non poteva ancora essere la fine. Non sarebbe mai venuta la fine finché la paura si fosse tramutata in furore.

L'erba spuntò tenerissima e distese sui colli la delicata coltre verzolina dell'annata nuova»

J. STEINBECK (1939), "The Grapes of Wrath"
(Furore)

METODOLOGIA

[Italiano]

Il metodo applicato in questa tesi è stato fondamentale attraverso l'uso del diritto comparato, partendo dalla concettualizzazione fornita da ZWEIGERT y KÖTZ, che supera il mero studio del diritto straniero, richiedendo la comparazione come attività giuridica propria dello stesso¹.

Il modello d'indagine comparato utilizzato è di carattere *macro comparativo*. Sono stati analizzati i sistemi giuridici nel loro insieme partendo da una visione globale del diritto della Sicurezza Sociale, con una minore presenza dei meccanismi giuridici particolari di ciascun ordinamento. Tuttavia, c'è spazio per gli elementi di *micro comparazione* mediante analisi di aspetti concreti del diritto, confrontando la legislazione, la giurisprudenza e anche fonti del diritto in aspetti concreti. E' emersa la tendenza ad una ricerca per analogia e differenze, ma, soprattutto, di promuovere una riflessione, da più punti di vista, delle limitazioni e riscontri positivi nazionali.

Va rilevato, con riguardo all'oggetto di questa tesi, che la sua origine sorge dalla necessità di orientare l'ipotesi iniziale di studio, le riforme italiane e spagnole sulle pensioni di vecchiaia alla luce delle Raccomandazioni e del *soft law* europeo come sfida comune che entrambi i sistemi devono affrontare². In particolar modo si è cercato di mantenere distanza da uno studio comparativo meramente positivista su tali riforme che, contrariamente, sarebbe apparso fuori dal contesto, di supporto e di spirito. Inoltre importante è stato contemplare i fondamenti costituzionali nei quali si incardina ogni sistema. Si è reso necessario capire la nozione nazionale di pensione adeguata, i margini concessi dai legislatori, il grado di sinallagmaticità e l'estensione territoriale e professionale dei beneficiari e aventi diritto per poter valutare i sistemi pensionistici di entrambi i paesi,

Pertanto, ciò che emerge è la revisione dei fondamenti nazionali del diritto della Sicurezza Sociale. Si focalizza la disciplina dei soggetti protetti, l'estensione materiale e intensità della copertura, attraverso entrambe le dottrine scientifiche e giurisprudenza

¹ ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *Introduzione al diritto comparato*, Oxford University Press, México, 2002, p. 6.

² COM (2012) 55 final, Libro Bianco "Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili": prolungare la vita lavorativa; limitare l'accesso al pensionamento anticipato; collegare le pensioni ed la speranza di vita; equiparare l'età pensionabile delle donne a quella degli uomini; aumentare le opportunità di risparmio pensionistico complementarie (secondo e terzo pilastro).

costituzionale, con l'obiettivo di raccogliere conclusioni comuni con le quali riaffermare e/o discutere gli ordinamenti di Sicurezza Sociale. A sua volta, la prospettiva comparata arricchirà la visione da un'ottica dei due modelli sud europei di Sicurezza Sociale.

Il processo di comparazione si è realizzato tenendo in conto i principi comparativi enunciati dal REITZ³:

- Comparare esplicitamente: il confronto si è elaborato partendo da criteri comuni e non da una sistematizzazione per nazione proprio con il proposito di evitare di derivare il raffronto giuridico, propriamente detto, al lettore. Il fedele riflesso di questo principio si trova nelle epigrafi sulla varietà di impostazione, sulle visioni circa la natura del contributo ovvero sulle varie possibilità di articolazione dei sistemi della Sicurezza Sociale e sulle diverse prospettive dottrinali sul concetto della pensione adeguata.
- Sottolineare i punti più importanti: si è rivolta speciale attenzione ad evidenziare le somiglianze tra entrambi i sistemi giuridici oggetto di confronto; perciò, si è cercato di superare possibili errori circa l'equivalenza semantica e validazione di equivalenze funzionali come la rivalutazione del potere d'acquisto delle pensioni o il concetto di pensione adeguata.
- Estrarre i caratteri distintivi dinanzi a situazioni giuridiche concrete: sicuramente, sono state demarcate le conclusioni sulle similitudini riferite ad un tema o questione giuridica concreta, aldilà della mera esposizione di informazioni. Ciò che ha permesso di aprire l'approccio al miglioramento di ogni legislazione alla luce delle conclusioni ottenute e, ciò che è stato rilevante, è stato il confronto della situazione italiana con quella spagnola sulla limitazione massima dell'ammontare delle pensioni, o la concezione italiana opposta a quella spagnola della pensione come reddito di sostituzione.
- Astrarre e migliorare l'equivalenza funzionale: ciò ha permesso di ampliare le categorie giuridiche, come nel presupposto della comparazione dei distinti fallimenti delle Corti Costituzionali intorno alla sospensione della rivalutazione della pensione per l'anno 2012.

³ REITZ, J.: "New directions in Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, 1998, p. 617.

- Puntualizzare secondo criteri economici, politici, culturali e sociali: questi parametri hanno permesso di allontanare o approssimare le due società e il loro modello di fare e intendere il diritto. In questo senso, il primo capitolo mette in evidenza, la comprensione dell'origine del rischio sociale, l'evoluzione di entrambi i sistemi nei rispettivi periodi fascisti, le successive Assemblee Costituenti e l'accoglimento delle idee di Beveridge.
- Interpretare la dottrina giurisprudenziale: è molto importante realizzare una corretta lettura delle fonti normative attraverso l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale. Nel corso dell'intera tesi viene constatato proprio ciò e al contempo si riproducono distinti estratti dei pronunciamenti dei più Alti Tribunali di entrambi i paesi.
- Immersione culturale e giuridica in centri di ricerca: questa Tesi è stata elaborata durante un periodo di due anni presso l'Università di Bologna. Nel corso di tale periodo, inoltre, si sono verificati importanti fatti come la sentenza della Corte Costituzionale n. 70/2015, le Leggi Finanziarie, il Jobs Act, ed il dibattito sull'ammontare massimo delle pensioni (pensioni d'oro e d'argento) ed i diritti acquisiti.
- Valorare, riconoscere e rispettare altri ordini culturali e giuridici stranieri: l'intento di questo studio non risponde, come obiettivo ultimo, ad un confronto comparativo, bensì ad una maggiore comprensione tra comunità e società diverse.

A volte, nell'uso del diritto comparato è stato opportuno aggirare distinti ostacoli, non solo d'indole puramente giuridica bensì anche linguistica e culturale. Anche conoscendo la lingua ed essendo i sistemi italiano e spagnolo appartenenti ad un contesto culturale simile, si sono presentate difficoltà in ognuno degli elementi che compongono il delicato equilibrio di un sistema giuridico: la Cultura, il diritto e la società⁴.

- Difficoltà linguistiche: a differenza di altre scienze che utilizzano un linguaggio comune, la terminologia, i concetti e gli istituti giuridici, suppongono, una costante barriera richiedendo una continua puntualizzazione, come riflette il primo Capitolo.

⁴ MORÁN GARCÍA, G.: "Il diritto comparato come disciplina giuridica: l'importanza della ricerca e l'insegnamento del diritto comparato e l'utilità del metodo comparato nell'ambito giuridico", *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 6, 202, p. 503.

- Difficoltà culturali: altro ostacolo, necessario da superare, è stato la conoscenza della storia, dei grandi nomi, delle tappe fondamentali e fallimenti nazionali. Inoltre, come si suol dire: una Costituzione è una foto figlia delle correlazioni di forze di un determinato momento. Ebbene sono differenti, dal momento che le Carte Costituzionali mediano esattamente tre decenni, non solo il loro passato, ma anche il contesto nel quale sono sorte.
- Difficoltà di valutazione: si è voluto ovviare al pregiudizio etnocentrico, partendo dalla premessa che bisogna evitare di considerare il sistema proprio spagnolo come il più idoneo ovvero falsare, sminuire o disprezzare l'altro sistema solo per il fatto di essere straniero.

Infine, la ricostruzione del *iter* metodologico ha seguito quattro tappe:

- Fase elettiva: come parametro di comparazione si è scelto il diritto costituzionale della Sicurezza Sociale. Si è constatato come la divisione tra macro e micro comparazione è diffusa posto che, il ricorso alla macro comparazione si è dimostrata, come quasi sempre, conveniente e necessaria. L'oggetto di studio si è orientato e concretizzato con lo studio inizialmente previsto (micro comparatista, sulle riforme di pensione di vecchiaia a tenore degli ultimi orientamenti europei) di alcune coordinate macro comparatiste che hanno conferito un orientamento, senza le quali, si sarebbe ridotto tutto a mero positivismo.
- Fase descrittiva: si sono analizzate in parallelo le strutture, istituti e funzionamento di ogni sistema giuridico nel suo insieme.
- Fase identificativa: si sono identificate le maggiori analogie e differenze tra i sistemi oggetto del nostro interesse.
- Fase conclusiva: le conclusioni appaiono succitate durante il testo, frutto di comparazione. Le stesse si sono concentrate dalle posizioni di MARKENSIS, che eleva il diritto comparato alla categoria di costruttore di ponti tra sistemi giuridici e tra giuristi e promotore di interazioni tra distinte società⁵.

⁵ MARKENSIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, 1997, p. 36.

METODOLOGÍA

[Castellano]

La metodología empleada en esta tesis ha sido, fundamentalmente, el derecho comparado, partiendo de la conceptualización aportada por ZWEIGERT y KÖTZ, que va más allá del mero estudio del derecho extranjero, al requerir de la comparación como actividad jurídica propia del mismo⁶.

El modelo de investigación comparada empleado es eminentemente de carácter *macrocomparativo*, al analizar los sistemas jurídicos en su conjunto desde una visión global del derecho a la Seguridad Social, con una menor presencia de los mecanismos jurídicos particulares de cada ordenamiento. No obstante, también hay cabida para los elementos de *microcomparación*, al analizar aspectos concretos del Derecho, confrontando la legislación, la jurisprudencia y demás fuentes del Derecho en aspectos concretos. Se ha tendido a la búsqueda de analogías, diferencias, pero, sobre todo, de propiciar una reflexión, desde cada atalaya, de las limitaciones y aciertos nacionales.

Cabe advertir, entorno al objeto de estudio de esta tesis, que su origen surge de la necesidad de redireccionar la hipótesis inicial de estudio, las reformas italianas y españolas en las pensiones de vejez a la luz de las Recomendaciones y *soft law* europeo, reto común que ambos sistemas han de afrontar⁷, porque cualquier estudio comparativo meramente positivista de dichas reformas carecería de contexto, de soporte y de espíritu, cuando no estaría condenado al fracaso, si no contemplara los fundamentos constitucionales en los que se inserta. Se hace necesario, para poder evaluar los sistemas de pensiones de ambos países, entender la noción nacional de pensión adecuada, los márgenes otorgados a los legisladores, el grado de silagmaticidad, y la extensión territorial y profesional a beneficiarios y derechohabientes.

Por tanto, la hipótesis que aquí se plantea es la revisión en origen de los fundamentos nacionales del derecho a la Seguridad Social, en sus notas de sujetos protegidos, extensión material e intensidad de la cobertura, a través de ambas doctrinas científicas y jurisprudencias constitucionales, en vista a extraer conclusiones comunes

⁶ ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México, 2002, p. 6.

⁷ COM (2012) 55 final, Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”: prolongar la vida laboral; restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada; vincular pensiones y esperanza de vida; equiparar la edad de hombres y mujeres en materia de pensiones; potenciar las prestaciones complementarias (segundo y tercer pilar).

con las que reafirmar y/o cuestionar los propios ordenamientos de Seguridad Social. A su vez, la perspectiva comparada enriquecerá la visión desde la óptica de dos modelos sud-europeos de Seguridad Social.

El proceso de comparación se ha realizado teniendo en cuenta los principios comparativos enunciados por REITZ⁸:

- Comparar explícitamente: la comparación se ha elaborado explícitamente partiendo de criterios comunes y no desde una sistematización por países, con el propósito de evitar derivar la comparación jurídica propiamente dicha al lector; fiel reflejo de este principio se encuentra en los epígrafes sobre la variedad de enfoques acerca de la naturaleza jurídica de la cuota, las varias posibilidades de vertebración de los sistemas Seguridad Social, o los diversos enfoques doctrinales sobre el concepto de pensión adecuada.
- Remarcar los puntos significativos: se ha dedicado especial atención a destacar las similitudes entre ambos sistemas jurídicos objeto de comparación; para ello, se han debido sortear posibles errores en equivalencias semánticas, y validar equivalencias funcionales, como la revalorización del poder adquisitivo de las pensiones o el concepto de pensión adecuada.
- Extraer los caracteres distintivos ante situaciones jurídicas concretas: ciertamente, se han resaltado las conclusiones sobre similitudes referidas a un tema o cuestión jurídica concreta, más allá de la mera exposición de información, lo que ha permitido abrir el planteamiento a la mejora de cada legislación a la vista de las conclusiones obtenidas; especialmente destacable es la confrontación con el supuesto italiano del caso español de la limitación máxima de la cuantía de las pensiones, o la concepción italiana opuesta a la española, de la pensión como *reddito di sostituzione*.
- Abstraer y mejorar la equivalencia funcional: ello ha permitido ampliar las categorías jurídicas, como en el supuesto de la comparación de los distintos fallos de las Cortes Constitucionales entorno a la suspensión de la revalorización de las pensiones para el año 2012.

⁸ REITZ, J.: “New directions in Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 1998, p. 617.

- Matizar según criterios económicos, políticos, culturales y sociales: estos criterios han alejado o aproximado a las dos sociedades y su modelo de hacer y entender el Derecho; en este sentido, destaca el capítulo primero, que comprende el origen del riesgo social, la evolución de ambos sistemas en sus respectivos periodos fascistas, las posteriores Asambleas Constituyentes y la acogida de las ideas beveridgianas.
- Interpretar la doctrina jurisprudencial: es muy importante realizar una correcta lectura de las fuentes normativas a través de la interpretación de la jurisprudencia constitucional. A lo largo de toda la tesis se deja constancia de ello, al tiempo que se reproducen distintos extractos de los pronunciamientos de los Altos Tribunales de ambos países.
- Inmersión cultural y jurídica, en centros de investigación: esta Tesis ha sido elaborada durante un periodo de dos años de presencia en la Universidad de Bologna. En el transcurso del mismo, además, han acaecido hechos importantes como la sentencia Corte Cost. n. 70/2015, las Legges Finanziarie, la jobs Act, y el debate sobre las cuantías máximas de las pensiones (pensiones de oro y plata) y los derechos adquiridos.
- Valorar, reconocer y respetar otros órdenes culturales y jurídicos ajenos: el emprendimiento de este estudio no responde, como objetivo último, a una confrontación comparativa, sino a una mayor comprensión entre comunidades y sociedades diversas.

A su vez, en el uso del derecho comparado se han debido sortear distintos obstáculos, no solo de índole puramente jurídica, sino también lingüística y cultural, pues aún conociendo el idioma, y perteneciendo los sistemas italiano y español a un entorno cultural próximo, se han presentado dificultades en cada uno de los elementos que componen el delicado equilibrio de un sistema jurídico: la cultura, el derecho y la sociedad⁹:

- Dificultades lingüísticas: a diferencia de otras ciencias que emplean una terminología común, la terminología, los conceptos e instituciones jurídicas suponen una constante barrera, debiendo ser continuamente matizados, como refleja el Capítulo segundo.

⁹ MORÁN GARCÍA, G.: “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 6, 202, p. 503.

- Dificultades culturales: otra barrera que ha sido preciso superar ha sido el conocimiento de la historia, de los grandes nombres, de los hitos y fracasos nacionales. Además, suele decirse que una Constitución es una foto fija de la correlación de fuerzas de un momento determinado; pues bien, dado que entre ambas Cartas Constitucionales median exactamente tres décadas, ya no sólo el propio pasado, sino el contexto en que se alumbraron son diversos.
- Dificultades de apreciación: se ha tenido presente obviar un sesgo etnocentrista, partiendo de la premisa de que se ha de evitar considerar el sistema propio (español) como el más idóneo, o incluso, desvirtuar, minusvalorar o despreciar el otro sistema por ser ajeno.

Por último, la reconstrucción del *iter* metodológico ha comprendido el seguimiento de cuatro etapas:

- Fase electiva: con la elección del derecho constitucional a la Seguridad Social como tema objeto de comparación, se ha constatado cómo la división entre macro y microcomparación es difusa, puesto que la apelación a la macrocomparación se ha demostrado, como casi siempre, conveniente y necesaria. El objeto de estudio se ha reorientado y concretado, al verse necesitado el estudio inicialmente previsto (microcomparatista, sobre las reformas de pensiones de jubilación a tenor de las últimas orientaciones europeas) de unas coordenadas macrocomparatistas que le dotasen de orientación, sin las cuales, se reduciría a mero positivismo.
- Fase descriptiva: se han analizado en paralelo las estructuras, instituciones y funcionamiento de cada sistema jurídico en su conjunto.
- Fase identificativa: se han identificado las mayores analogías y diferencias entre los sistemas objeto de nuestro interés
- Fase conclusiva: las conclusiones aparecen reseñadas a lo largo del texto, fruto de la comparación. Las mismas se han enfocado desde los planteamientos de MARKENSIS, que eleva el derecho comparado a la categoría de edificador de puentes entre sistemas jurídicos y juristas, y promotor de interacciones entre distintas sociedades¹⁰.

¹⁰ MARKENSIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, 1997, p. 36.

CAPITOLO PRIMO

COORDINATE COSTITUZIONALI DEI SISTEMI ITALIANO E SPAGNOLO DI SICUREZZA SOCIALE

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari.- 2. La Sicurezza Sociale come realtà preesistente a entrambi i testi costituzionali.- 2.1. Il ventennio fascista italiano (1922-1943), le dittature spagnole di Primo Rivera (1923-1930) e Franco (1939-1976), la Seconda Repubblica spagnola (1931-1939).- 2.2. L'influenza del piano Beveridge (1942): La Commissione d'Aragona in Italia (1947) e la Legge delle Basi della Sicurezza Sociale in Spagna (1963).- 3. La Sicurezza Sociale a dibattito nelle Assemblee costituenti italiana (1947) e spagnola (1977).- 4. L'art. 38 della Costituzione italiana e l'art. 41 della Costituzione Spagnola, quali modelli costituzionali di Sicurezza Sociale?.- 4.1. Interpretazioni normative e dottrinali.- 4.2. Giurisprudenza costituzionale sul modello di Sicurezza Sociale.- 5. L'Italia e la Spagna come due Stati Sociali.- 6. Efficacia giuridica del diritto prestazionale di Sicurezza Sociale.- 6.1. L'intervento della Corte costituzionale italiana e le «*sentenze additive*» - 6.2. «*Rectius principii*» della politica sociale spagnola.- 7. La configurazione legale e l'equivalenza funzionale dei sistemi di Sicurezza Sociale.- 7.1. L'organizzazione amministrativa degli Enti previdenziali italiani e gli Enti di Gestione spagnoli 7.2. Prestazioni di Sicurezza Sociale.-

1. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

Si definisce Sicurezza Sociale l'insieme delle misure a cui lo Stato ricorre per proteggere i suoi cittadini da quei rischi individuali che si ripropongono sempre, indipendentemente dalla situazione ottimale della società in cui vivono¹¹.

Qualsiasi definizione di Sicurezza Sociale implica, come punto di partenza, l'accettazione dello stato naturale di transito della specie. Nasciamo, viviamo e moriamo in un arco di tempo relativamente breve e ciò, dunque, rientra pienamente tra le questioni inerenti i diritti umani. Questa insopportabile contingenza che ci contraddistingue impone la creazione di strutture o istituzioni che aiutino a lenire la nostra condizione. La Sicurezza Sociale, come istituzione, ha come scopo quello di garantire durevolmente la riduzione degli stati di necessità che, in determinati momenti, possono colpire gli individui, realizzando così una condizione di certezza esistenziale di quest'ultimi.

¹¹ BEVERIDGE, W.: *Le basi della Sicurezza Sociale [The Pillars of Security and other War-Time Essays and Addresses, 1943]*, versione spagnola: Fondo di Cultura Economica, 1946, p. 52. In Italia, BEVERIDGE, W.: *Alle origini del welfare State. Il rapporto su assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, commento a cura di ASCOLI, U., BENASSI, D. e MINGIONE, E. FrancoAngeli, Milano, pp. 1-ss.

Il primo elemento sottolineato da Beveridge è che, la Sicurezza Sociale opera in presenza di stati di necessità nei quali può essere coinvolto l'individuo «*anche quando la società è organizzata nel miglior modo possibile*». La Sicurezza Sociale risponde, così, ad un'etica che si esprime nell'obbligazione dei poteri pubblici di garantire agli individui tutela contro le conseguenze negative che possono verificarsi a seguito di eventi della vita individuale, familiare e collettiva¹²; pertanto, il suo oggetto non bisogna individuarlo nella protezione dei beni della persona, bensì nella persona in sé stessa considerata¹³. Per tale ragione che non si darebbe troppo valore alla sua qualificazione come uno dei più alti vanti degli esseri umani¹⁴.

L'esistenza della Sicurezza Sociale è dovuta ad un profondo umanesimo che ha sostituito l'egoismo individuale per il rispetto della dignità delle persone, idee di solidarietà, condivisione e di riflessione che, infatti, risultano previdenti nei casi di infortuni e, specialmente, nelle circostanze in cui colpiscono individui privi di risorse. L'ideale etico che ispira la gigantesca macchina della Sicurezza Sociale si attua attraverso un complessissimo apparato economico-finanziario, attuariale amministrativo e, chiaramente, giuridico¹⁵. La Sicurezza Sociale rappresenta la viva espressione dello *zoon politikon* aristotelico; l'uomo che ha scelto di vivere nella società, non può conseguire i suoi fini individualmente, avendo bisogno della comunità politica per realizzarli.

Questa tesi presuppone come punto di partenza, un percorso di transito dall'eredità delle prime assicurazioni sociali, al perfezionamento della protezione, riuscendo ad affrontare ogni volta maggiori difficoltà e calamità. In questo senso, l'assicurazione sociale nasce dall'insufficienza di altre tecniche esistenti (assicurazione privata e di beneficenza) di far fronte ai rischi sociali. Si deve notare che Beveridge non contrasta con Bismarck, ma assorbe e supera le sue idee; come dire, la Sicurezza Sociale comprende le Assicurazioni Sociali, implementando qualcosa in più, perciò, anziché distinguere tra modello anglosassone (Beveridge) e modello germanico (Bismarck), entrambi preferiscono sviluppare un modello misto. La Sicurezza Sociale è, quindi, una sistematizzazione degli stessi, che nella loro evoluzione hanno previsto nuove forme di protezione dirette a tutta la popolazione.

¹² APARICIO TOVAR, J.: "La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo", *Revista de Derecho Social*, n. 19, 2002, p.24.

¹³ CHIARELLI, G.: "Appunti sulla Sicurezza Sociale", *Rivista Diritto del Lavoro*, p. I, 1965, p. 297

¹⁴ MONTOYA MELGAR, A. (dir): *Curso de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2005, p.prólogo.

¹⁵ MONTOYA MELGAR, A. (dir): *Curso de Seguridad Social...op.cit.* prólgo.

Le disposizioni fondamentali in ordine alla Sicurezza Sociale sono contenute all'art. 38 della Costituzione italiana (CI) e all'articolo 41 della Costituzione spagnola (CS).

L'articolo 38 CI afferma che: «*Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale.*»

«*I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.*»

«*Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale.*»

«*Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato.*»

«*L'assistenza privata è libera.*»

D'atra parte, l'articolo 41 CS asserisce che «*I poteri pubblici manterranno un regime pubblico di Sicurezza Sociale per tutti i cittadini, che garantisca l'assistenza e le prestazioni sociali sufficienti a far fronte a situazioni di necessità, specialmente in caso di disoccupazione. L'assistenza e le prestazioni complementari saranno libere.*».

Sono sei gli elementi distintivi in comune che entrambi gli articoli condividono: prestazioni adeguate e sufficienti; situazioni considerate di necessità; soggetti protetti; regime pubblico¹⁶; assistenza sociale; prestazioni complementari libere; ma, senza dubbio, saranno i prime tre summenzionati a creare la figura *tridimensionale* della Sicurezza Sociale¹⁷.

Effettivamente, l'estensione del sistema non si esaurisce nella delimitazione delle persone protette e delle contingenze contemplate (fattore orizzontale), ma deve

¹⁶ A tale riguardo in Spagna, la STC 37/1994, 89/2009, del 20 Aprile, ha previsto che «*Deve essere valutato in relazione con la struttura e il regime del sistema nel suo insieme*» e che non rimanga compromesso dall'esistenza di «*formule di gestione o responsabilità private*» sempre che le stesse abbiano un'importanza relativa nell'azione protettiva di un sistema che deve essere predominantemente pubblico».

In Italia, la Sentenza della Corte Costituzionale n. 248 del 1997, ha sottolineato in relazione alla privatizzazione dell'ente nazionale di previdenza e assistenza per gli anziani, che «*la suddetta trasformazione ha lasciato immutato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza e assistenza svolta dagli enti, articolandosi invece sul diverso piano di una modifica degli strumenti di gestione e della differente qualificazione giuridica dei soggetti stessi: l'obbligo contributivo costituisce un corollario, appunto, della rilevanza pubblicistica dell'inalterato fine previdenziale.*».

¹⁷ RODRIGUEZ CARDO, I.: «El concepto de asistencia social: un foco de permanente tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas,» en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI congreso Ancional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, p. 805.

tenersi in considerazione un terzo fattore (di dimensione verticale): l'intensità dell'azione protettiva. Dopo l'attualizzazione del rischio in Italia e la "contingencia" in Spagna (cataloghi congiunturale e legalmente riconosciuti), il sistema elargisce protezione (fino al livello legalmente riconosciuto). Questi tre aspetti configurano ed esauriscono il Sistema di Sicurezza Sociale, momento a partire dal quale può iniziare ad attuarsi l'assistenza sociale¹⁸. Ognuno di questi tre elementi sarà sviluppato nei restanti capitoli, ambito soggettivo (capitolo secondo), situazioni di bisogno (capitolo terzo) e adeguatezza delle prestazioni (capitolo quarto).

2. LA SICUREZZA SOCIALE COME REALTÀ PREESISTENTE A ENTRAMBI I TESTI COSTITUZIONALI

2.1. Il ventennio fascista italiano (1922-1943), le dittature spagnole di Primo Rivera (1923-1930) e Franco (1939-1976), la Seconda Repubblica spagnola (1931-1939)

Nel momento della sua costituzionalizzazione, la previdenza sociale era una realtà consolidata da quasi più di 50 anni, sebbene avesse una diversa intensità e diversi fossero i soggetti protetti, era però una realtà preesistente.

Prenderemo come punto di riferimento gli inizi del '900. L'Italia e la Spagna condividono dei tratti socioeconomici nei loro punti d'inizio – paesi agrari¹⁹; forti dislivelli territoriali frutto di una industrializzazione disuguale²⁰; arretratezza economica

¹⁸ TORTUERO PLAZA, J.L.: "Artículo 7", en MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (Dir.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, p. 143. Sono prestazioni di Sicurezza Sociale quelle che il Legislatore statale espressamente ricomprende nell'azione protettrice del Sistema.

¹⁹ ANGELIS-CURTIS DE, G.: "Società rurale ed aspetti economici dell'agricoltura in Italia e Spagna in età liberale", in CASMIRRI, S. e SUAREZ CORTINA, M. (coord): *La Europa del sur en la época liberal: España, Italia y Portugal: una perspectiva comparada*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1998, p. 176. Raccontano le analogie della condotta agricola alla fine del secolo '800 e inizio '900: «Anche alla Spagna si può allegare il concetto di "Italie agricole", introdotto da Stefano Jacini, poiché la mancanza di omogeneità è un dato comune delle campagne delle due penisole mediterranee» (...) «Anche le risposte dello stato alla crisi agraria furono analoghe: protezionismo ed investimenti infrastrutturali. L'introduzione delle tariffe doganali si accompagnò o fu seguita in entrambi i paesi da uno specifico programma di interventi pubblici: la legislazione speciale a favore del Mezzogiorno in Italia, i progetti di irrigazione e di rimboschimento in Spagna. Pur tuttavia, l'adozione di queste misure non riuscì a raggiungere gli obiettivi prefissati e a stimolare una soddisfacente modernizzazione dell'economia e della società rurale né nell'uno né nell'altro paese mediterraneo».

²⁰ CASMIRRI S.: "Sviluppo industriale e processi di modernizzazione in Italia e in Spagna dalla metà dell'Ottocento alla Prima Guerra Mondiale", in CASMIRRI, S. e SUAREZ CORTINA, M. (coord): *La Europa del sur en la época liberal...op.cit.* p. 67.

relativa rispetto al resto del continente; degli insuccessi militari, per l'Italia l'esperienza colonizzatrice della battaglia di Adua nel 1896, per la Spagna la perdita dei suoi ultimi territori imperiali oltreoceano (Cuba, Porto Rico, Filippine diventarono dipendenze coloniali degli Stati Uniti nel 1898)- così come sarà uno dei punti di arrivo a dei regimi antidemocratici e dittatoriali di nazionalismo esacerbato²¹. Questi parallelismi ci aiuteranno a tracciare un filo conduttore riguardo al confronto storico.

Ciononostante, conviene avvertire che ci sono differenze significative, non solo tra la II Repubblica spagnola del 1931 e quella italiana del 1946. Neanche la tappa del liberalismo oligarchico fu paragonabile²², né il fascismo italiano si può completamente trapiantare in nessuna delle dittature spagnole²³. In questo modo, con le sue similitudini e le sue differenze, il divenire sociale di entrambi i paesi scorre in parallelo, ma senza che l'uno si disinteressi dell'altro, né che si mostri estraneo ai fatti internazionali, come la crisi di fine secolo del liberalismo dominante dell'epoca²⁴, l'espansione dell'industrializzazione o la seconda rivoluzione industriale, l'entrata nel periodo più

²¹ ELORZA, A.: "Nacionalismo y Nacionalismos en España e Italia, dos procesos divergentes", in SANZ GARCIA, F. (ed): *España e Italia en la Europa contemporánea: desde finales del siglo XIX a las dictaduras*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2002 p. 125.

²² GOMEZ OCHOA, F.: "Conservadurismo liberal español y el italiano ante la formación del estado liberal, 1848-1876. Un análisis comparado del partido moderado y la destra storica", in CASMIRRI, S. e SUAREZ CORTINA, M. (coord): *La Europa del sur en la época liberal...* op.cit. p. 177 e ss.

²³ ELORZA, A.: Nacionalismo y Nacionalismos en España e Italia, dos procesos divergentes...op. cit. p. 125, afferma che «Dalla perdita dell'impero, nasce in Spagna un nazionalismo di frustrazione, centrato ossessivamente sulla ricerca delle cause che hanno portato, al di là della crisi, alla decadenza storica della Spagna (...). Il nazionalismo seguirà la strada di una chiusura estranea a ogni proiezione esterna che non sia, nel migliore dei casi, l'assimilazione dei modelli intellettuali europei. Ben diverso è ciò che succede nel nazionalismo che si configura in Italia dai primi momenti del secolo. Gli errori accumulati nel passato recente, così come la definizione del modello liberale giolittiano, costituiscono altrettanti incentivi per definire la nazione come soggetto privilegiato della storia, senza fratture né problemi. Queste due differenze si accentuano nelle due decadi successive». E continua dicendo: «In Italia la coniugazione dell'idealismo e dell'irrazionalismo, che è propria dei primi pensatori nazionalisti, metterà radici in comportamenti difensivi di una coscienza borghese che sente il pericolo di una società di massa, fino a dare forma a un'impostazione nazionalista di somma coerenza. Nel caso spagnolo non si tratta di un'evoluzione in corso verso una società di masse moderna, democratica, con un forte proletariato socialista, ma della questione in sospeso di una modernizzazione dello Stato che continua a essere bloccata dalla crisi di fine secolo. Ci sarà bisogno, quindi, di un progetto nazionale di tipo razionalizzatore, progressista, mentre il nazionalismo controrivoluzionario è prima di tutto un mezzo di difesa nei confronti di un'eventuale caduta del regime monarchico. Mentre in Italia il superamento nazionalista della monarchia liberal-democratica ha luogo quando si prova a configurare uno stato nuovo, un regime reazionario, ma di masse, secondo la nota formula di TOGLIATTI, in Spagna l'espressione sarà utilizzata, ma come copertura di una dittatura militare che rifugge in blocco l'accettazione dei condizionamenti della società di masse e adotta un programma ideologico carico di elementi arcaicizzanti».

Persino lo stesso regime sperimentò su se stesso nel corso di 4 decadi, orientamenti di taglio falangista, nazionalcattolicesimo, tecnocrazia e aperturismo economico. Al riguardo si consulti RUIZ RESA, J.D.: *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, Dykinson, Madrid, pp. 27-63.

²⁴ ALBANESE, G.: "La crisi dello Stato liberale nell'Europa mediterranea", Novecento.org, n. 4, 2015.

critico della questione sociale²⁵, come gli scioperi generali di Barcellona nel 1902 e di Milano nel 1904, la fondazione della Seconda Internazionale o la comparsa dell'ideologia sociale della chiesa nell'enciclica di Papa Leone XIII *Rerum Novarum* nel 1891.

È allora quando in Europa sorge il *modello tedesco* delle assicurazioni sociali a opera del cancelliere Von Bismarck con assicurazioni obbligatorie contro le malattie nell'industria (legge 13 giugno 1883); contro gli infortuni sul lavoro nell'industria (legge 6 luglio 1884); e per l'invalidità e la vecchiaia (legge 22 giugno 1889) configurando per quest'ultimo caso una vera partecipazione dello Stato riguardo al contributo versato, cosa che influirà sulle legislazioni italiane e spagnole²⁶.

In questa tappa originaria, ciò che più risaltò fu l'esistenza di una politica statale di fomento delle assicurazioni volontarie contro alcuni rischi potenziali che potevano colpire gli operai²⁷. Si pretese fomentare l'assicurazione da parte dello Stato mediante l'utilizzo di due stimoli radicalmente diversi per la stipulazione delle corrispondenti assicurazioni volontarie: la responsabilità oggettiva dell'imprenditore per gli infortuni sul lavoro e il bonifico da parte dello Stato di pensioni di ritiro agli operai,²⁸ stimoli che, in effetti, s'individuano in entrambi i paesi, sebbene con le dovute sfumature, poiché il ritardo del processo di industrializzazione spagnolo provocò una «messa in atto» più tardiva.

La responsabilità del datore di lavoro per gli infortuni sul lavoro²⁹, si introdusse in alcune leggi sugli infortuni sul lavoro, la legge del 17 marzo 1898 n. 80, in Italia, e la Ley del 30 enero 1900, in Spagna. Entrambe sono state considerate come le pietre angolari della previdenza sociale o *previsión social*³⁰, perché suppongono in maniera

²⁵ RENOUVIN, P.: *La crisis europea y la Primera Guerra Mundial*, Akal, Madrid, 1990. Sobre Italia, pp. 77-78, sobre España pp.100-101.

²⁶ GAETA, L.: "L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1992, n. 53, I, p.5

²⁷ GARCIA ORTUÑO, F.: *Seguros privados y Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976, p. 67.

²⁸ MARTINEZ GIRÓN, J.: "Concepto, evolución histórica y legislación general vigente", in MARTINEZ GIRÓN, J; ARUFE VARELA, A y CARRIL VAZQUEZ X.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2006, p. 6.

²⁹ Frutto in entrambi i casi di delibere di commissioni consultive su questioni per il miglioramento del benessere delle classi operaie, agricole e industriali. Per l'Italia con il R.D. 29 dicembre 1869 venne istituita una «*Commissione Consultiva del Lavoro e della previdenza sociale*» per definire i contenuti di quella che sarebbe stata la prima legge in materia di assicurazione degli infortuni sul lavoro: la legge 17 marzo 1898, n. 80; Per la Spagna la *Commissione per le Riforme Sociali*, e il RD 5 dicembre 1883.

³⁰ ALONSO OLEA, M.: "El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 enero de 1900", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 24, 2000, p.21-30.

definitiva la «rottura» con le dinamiche precedenti³¹. In quel momento, l'Italia adottava già un modello di assicurazione obbligatorio³², mentre il progetto di assicurazione spagnolo era di carattere volontario. Ad ogni modo, la novità era rappresentata dall'introduzione nei nostri ordinamenti del principio di responsabilità per rischio professionale³³, sul quale già venne assisa la responsabilità dell'imprenditore per gli infortuni professionali degli operai dipendenti – una responsabilità oggettiva contrattuale arbitrariamente avvicinata ai casi eccezionali di responsabilità oggettiva extracontrattuale ammessi dal codice³⁴ superando gli inefficaci tentativi di risarcimento dei danni attraverso il diritto comune.

La responsabilità della colpa si basava sul Codice Civile italiano del 1865 (art. 1151) e su quello spagnolo del 1889 (art. 1902), ma il gravoso *onus probandi* che esigevano, secondo il quale la necessità di dimostrare la colpa o la negligenza del datore di lavoro riguardo ai danni subiti e la quantità degli stessi dipendeva dal lavoratore, trasformava la possibilità di ottenere un risarcimento per danni in un desiderio virtualmente irrealizzabile³⁵. L'imprenditore poteva sempre allegare la rottura del nesso causale per l'imprevedibilità o l'inevitabilità dell'incidente, allegazioni che, inoltre,

³¹ Para MARTIN VALVERDE, A.: "La formación del derecho del trabajo en España", studio preliminare a AA.VV., *La legislación en la historia de España de la Revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados. La Legge Dato, rappresenta all'interno della storia della legislazione sociale in Spagna, il punto di inflessione tra ciò che ha denominato fase di emergenza della legislazione del lavoro e la sua fase di crescita e consolidamento. Un altro settore dottrinale inserisce questa legge all'interno di quella che è stata definita come tappa filantropica della legislazione sul lavoro e che abbraccia gli anni compresi tra il 1873 e il 1917 MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 615. In Italia si arrivò addirittura a parlare di rivoluzione, HERNANDEZ, S.: *Lezioni di Storia della Previdenza Sociale*, Padova, 1972, p. 34 e ss.

³² Anche l'Italia sperimentò l'assicurazione volontaria, la legge n. 1473, dell'8 luglio 1883, istituiva la Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro.

³³ GIUBBONI, S.: "Infortuni sul lavoro e malattie professionali", Enciclopedia TRECCANI: Da un lato, l'operaio si vedeva riconosciuto il diritto ad essere ristorato anche per gli infortuni dovuti al caso fortuito, alla forza maggiore o alla sua stessa colpa, tutti irrisarcibili alla stregua del codice civile. Dall'altro lato, però, l'indennizzo veniva stabilito in una misura forfettaria, più bassa del risarcimento che sarebbe spettato in base al diritto comune. Stipulando il contratto di assicurazione, e così accollandosi integralmente il pagamento dei relativi premi, l'imprenditore si sarebbe del resto liberato da qualunque responsabilità civile nei confronti del lavoratore, salva solo l'ipotesi (all'epoca eccezionale) in cui il fatto dal quale l'infortunio fosse derivato costituisse «reato d'azione pubblica» (art. 22, co. 3, l. n. 80/1898).

³⁴ SANTORO-PASSARELLI, F., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Rivista Italiana della Previdenza Sociale*, 1948, p. 192.

³⁵ GARCIA ORMAECHEA, R. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la comisión superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo: 1902-1934*, p. 8. Secondo questo autore, dal 1838, anno in cui iniziò a funzionare la Corte di Cassazione spagnola, fino all'anno 1900, in cui si promulgò la prima legge contro gli infortuni sul lavoro (ossia per sessantadue anni) si registrò solo una sentenza che indennizzava la morte di un operaio sul lavoro, poiché considerava responsabile il datore di lavoro per mancanza di misure di sicurezza nel realizzarlo.

erano accettate di buon grado dall'atteggiamento classista e conservatore dei giudici³⁶. L'impossibilità radicava nel fatto che la responsabilità della colpa si stabiliva sulle basi di una forma pura della responsabilità aquiliana nel quadro della responsabilità extracontrattuale, «*richiedendosi di conseguenza la dimostrazione di un elemento di colpa, che poteva essere anche molto lieve, come giustificazione della responsabilità imprenditoriale*»³⁷.

Era anche impossibile la ricerca del risarcimento in mancanza contrattuale, cioè, non basato più sugli obblighi generali derivati dalla legge, ma sugli obblighi impliciti assunti dall'imprenditore nel contratto di lavoro³⁸, attraverso il quale, il datore di lavoro s'impegnava a garantire al lavoratore la sua sicurezza, e «*a restituirlo nello stesso stato in cui lo aveva ricevuto*», o in caso contrario, a indennizzarlo³⁹. Nonostante implicasse un cambiamento dell'onere della prova - in virtù del quale pesava sul datore di lavoro una presunzione di colpevolezza premeditata - e il conseguente onere di romperla attraverso la colpa dell'operaio, per l'accadimento di un fattore esimente di responsabilità, come nel caso fortuito o di forza maggiore,⁴⁰ questi aspetti rimarranno in uno stato latente della problematica⁴¹.

Con le leggi sugli infortuni sul lavoro, si preferì stabilire la responsabilità del datore di lavoro a partire da un fatto oggettivo, la stessa impresa come *fonte di rischio*, un rischio tollerato di cui la mera esistenza suppone una responsabilità assunta e implicita⁴², e più in particolare, la pericolosità prodotta dagli strumenti, dalle installazioni

³⁶ GARCIA GONZALEZ, G.: *Orígenes y fundamentos de la prevención de riesgos laborales en España (1873-1907)*, (Tesis doctoral) Barcelona, Departament de Dret Públic i de Ciències Historicojurídiques, cita GONZALEZ REBOLLAR, H.: *Ley de accidentes de trabajo. Estudio crítico a la española de 30 de enero de 1900*, Salamanca, Imprenta de Calón, 1903 p. 177.

³⁷ ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, p. 109.

³⁸ ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, p.110. Il carattere personalissimo della prestazione di lavoro derivava da un impegno acquisito non solo di semplice materialità (salario), ma anche una speciale e particolare relazione personale, dalla quale derivavano certi obblighi in quest'ambito (doveri di protezione, doveri di cura, doveri di assistenza, etc.) In questo modo si dovette aspettare l'esistenza di una certa elaborazione giuridica sul contratto di lavoro, in virtù della quale si potesse parlare di imprenditore, per usare la grafica frase di Pic, come «debitore di sicurezza» o affinché Sauzet e Saintelette potessero riferirsi all'obbligo contrattuale dell'imprenditore di «restituire il lavoratore valido come lo aveva ricevuto».

³⁹ HERNAINZ MÁRQUEZ, M.: *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pp. 9-16. Questa teoria soffre dello stesso difetto d'origine, parte da un punto di vista esclusivo del Diritto privato per spiegare e giustificare fenomeni con personalità propria del Diritto del Lavoro.

⁴⁰ VÁZQUEZ VIALARD, A.: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo IV. Buenos Aires, Astrea, 1983, p. 274.

⁴¹ SERRANO PICÓN, R.: *Las enfermedades profesionales y la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 1970, p. 168.

⁴² VÁZQUEZ VIALARD, A.: *Tratado de Derecho del Trabajo...op.cit.* p. 277.

e dai materiali di produzione nel suo insieme, nel realizzare il lavoro nel processo produttivo del quale l'imprenditore è beneficiario⁴³, da dove il pagamento che deve effettuare l'imprenditore per riparare tali danni, è una conseguenza e una spesa in più del processo produttivo⁴⁴. A tal proposito, la stessa esposizione dei motivi della legge spagnola e il dispositivo della Sentenza della Corte di Cassazione spagnola del 12-2-1926, affermava: «*gli indennizzi concessi dalla legislazione sugli infortuni sul lavoro, per il loro valore economico, hanno la considerazione di un aumento sulle spese di produzione a carico dell'imprenditore*».

In modo tale che in ogni attività imprenditoriale esisteranno fattori negativi, come il deterioro dei mezzi ausiliari o delle materie prime, perdite che il datore di lavoro prevede calcolando il loro valore tenendo in conto questa spesa futura, che aggiorna per conoscere il costo reale del suo prodotto elaborato o dell'opera realizzata⁴⁵.

Questa teoria di responsabilità senza colpa, sarà seguita in Italia da BARASSI⁴⁶, il quale affermava «[il lavoratore] *esposto alle conseguenze della sua negligenza proprio perché la tensione di un lavoro faticoso può non rendere possibile un'attenzione sempre viva e guardarsi dai pericoli del suo stesso lavoro*», o anche EINAUDI, dopo aver scritto che «*l'organizzazione statale dei più svariati rami di assicurazione sociale è (...) un ideale che si muove entro una bassura: l'esistenza di masse umane le quali hanno bisogno di essere costrette alla previdenza,*

⁴³ PASSANITI, P.: "Le radici del particolarismo giuslavoristico novecentesco. La parabola storica dell'uomo subordinato", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 141, 2014, p. 64, «la questione giuridica del costo sociale degli infortuni appare destinata ad incrinare la forma perfetta del lavoratore libero contraente, assimilabile in tutto e per tutto a un generico contraente, sul piano giuridico, e a un non troppo particolare proprietario, sotto il profilo economico. In ogni profilo di responsabilità contrattuale vi è l'affermazione della specialità della locazione d'opere ad ambientazione industriale, nel rilievo dato al rapporto di durata che riconfigura le figure dei contraenti. L'assicurazione obbligatoria formalizza così una deroga che apre lo spazio per ricreare un nuovo, inedito particolarismo giuridico capace di alterare i contorni della complessiva linearità negoziale estesa ad ogni relazione individualistica».

⁴⁴ GONZALEZ ORTEGA.S y ALARCON CARACUEL, M.R.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1985, p.35; GARCIA ORMAECHEA, R. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión social sobre Accidenetes de Trabajo: 1902-1934*, p. 7. Sulla base di quanto espresso, e tenendo in conto che l'impresa è la beneficiaria ai fini del rendimento che riportano gli elementi integranti della sua produzione, di cui ne fanno parte il lavoratore (l'imprenditore si appropria del plusvalore di questi) si deve prevedere la possibilità dei danni che questi possa subire nell'esercizio del suo lavoro, dato che l'impresa, come creatrice del rischio, dovrà pagarne le conseguenze. Ciononostante, si ammette la non responsabilità dell'imprenditore se l'incidente è stato provocato intenzionalmente dal lavoratore.

⁴⁵ SERRANO PICÓN, R.: *Las enfermedades profesionales y la Seguridad Social...op.cit.* p. 169-171.

⁴⁶ BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1901, p. 584; citazione estratta dalla tesi dottorale di VINCENTI, P.C.: "Le rinunzie e le transazioni del lavoratore" Roma, Università degli Studi "La Sapienza", p. 7, nota n. 15; Sugli ideali di Barassi vid. ROMAGNOLI, U.: "Ritornare a Barassi?", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, n. 4, pp.1367-1370

all'organizzazione, alla solidarietà» arriva alla conclusione che «poiché gli uomini non sono né perfetti né previdenti, giova che l'assicurazione sia obbligatoria»⁴⁷ e abbracciata in Spagna da ALONSO OLEA, «chi genera una situazione di rischio, al margine di ogni considerazione di colpa o negligenza, deve farsi carico delle attualizzazioni del rischio nei sinistri, anche se queste si debbano al caso; tale è il principio da applicare alle situazioni di rischio generate dal funzionamento dell'impresa»⁴⁸.

Le critiche sono diverse, SALANDRA nel 1881 scriveva: *«i premi si commisurano ai rischi. Se di fatto il premio è il corrispettivo della susceptio periculi (...) esso deve crescere e diminuire in ragion diretta del rischio. Tutto il magistero delle tariffe sta nel classificare, sopra i dati approssimativi forniti dall'esperienza, i rischi secondo la gravità loro, e nel proporzionarvi i premi»: “nelle tariffe il fine morale, o educativo, non ha a che vedere. (...) Non possono essere subordinate a un fine, perché sono conseguenze di un calcolo, mutabili solo quando gli elementi del calcolo mutino. Il contributo dell'assicurato dev'essere proporzionato alla probabilità che il pericolo diventi danno. Se non è, l'assicurazione non può sussistere. È questione di matematica e di logica, non di sentimento o di morale»⁴⁹.*

In Spagna, il CONTE DI ROMANONES in seno al dibattito parlamentario vaticinò la sua inutilità nell'esclamare che questa legge solo *«servirà per soddisfare il desiderio ben giusto, che da tempo insegue l'on. Dato, che prima di lasciare il Ministero ci sia una legge che porti il suo nome; e io, che voglio molto bene all'on. Dato, desidererei che questa legge, che deve portare il suo nome sia una legge formale, altrimenti nessuno la conoscerà per il nome di Legge Dato, visto che non sarà messa in pratica»⁵⁰*; o, come discuteva alle Camere del 1902 l'on. ROMERO ROBLEDÓ, *«non è vero che le classi operaie vivano nelle ristrettezze e nella miseria... la loro mancanza di denaro è dovuta alla dilapidazione dei salari nei caffè e nelle taverne anziché destinarli al risparmio, e di conseguenza, qualsiasi beneficio o diritto che gli venga garantito*

⁴⁷ EIANUDI, L.: *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949, p. 6.

⁴⁸ ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social...op.cit. p. 112.*

⁴⁹ SALANDRA, A.: *Un caso di socialismo di stato. Lo stato assicuratore*, Nuova antologia, LVII(1881), p. 463, citato in OTTAVIANO, V.: *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 39, nota 10.

⁵⁰ PIC, P., e ALZAGA RUIZ, I.: *Estudio crítico de la Ley de accidentes de trabajo francesa de 9 de abril de 1898*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p.

servirebbe solo per consolidare il diritto alla pigrizia, il diritto all'appropriazione indebita, il diritto a vivere a carico del paese⁵¹».

Tuttavia il cambiamento sociale era iniziato, e la mentalità collettiva adesso s'identificava più con il progetto di indennizzare le vittime dei danni che di osservare la colpevolezza di chi li produceva; s'iniziava così il cammino verso il *rischio sociale* e il trasferimento alla collettività, la copertura degli incidenti provocati dal lavoro a favore dei valori solidari raccolti nelle nostre costituzioni.

Riassumendo, il legislatore del 1900, nella ricerca di un perfetto equilibrio sociale e davanti al noto numero d'incidenti sul lavoro, non cercò di adattare o di ampliare fingendo il principio tradizionale della responsabilità civile della colpa, né di cercare o di includere nuove ipotesi nelle regole civili che ammettevano già una responsabilità oggettiva⁵². Ciò che appare, è una nuova concezione del rischio, poiché mentre nel XIX secolo si pensava che lo stesso provenisse da cause naturali, adesso era chiaro che le sue cause dovevano trovarsi nelle relazioni sociali⁵³. Questa nuova concezione dottrinale aveva bisogno di una costruzione che permettesse di imputare la responsabilità di riparare al danno causato senza mediare la colpa o la negligenza, ma per la concorrenza di qualche fattore oggettivo in precedenza determinato⁵⁴. Si tratta di un meccanismo complesso, non del tutto soddisfacente per le esigenze del lavoratore, un meccanismo vincolante ma giusto, per questo capace di non gravare sulle industrie in via di sviluppo con un carico troppo pesante e soprattutto non programmabile, forse si può dire che per loro rappresentò la miglior condizione possibile⁵⁵. In entrambi i paesi si ubbidisce alla logica dell'attività, senza una pregiudiziale limitazione– al lavoro subordinato, più che alla qualificazione giuridico-formale del rapporto di lavoro⁵⁶.

⁵¹ CHAMORRO CANTUDO, M.A. e RAMOS VAZQUEZ, I.: *Introducción jurídica a las historia de las relaciones de trabajo*, Dykinson, Madrid, 2013, p.133.

⁵² RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: “Seguridad Social, Riesgo Profesional y Accidente de Trabajo”, *Relaciones Laborales*, n.1, 2000, p. 2 e ss.

⁵³ DE BLASCO GUERRERO, A. y PASTOR VERDY, J (coord.): *Fundamentos de Ciencia Política*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997. p. 115.

⁵⁴ DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, Vol. 2, p. 592 e ss.

⁵⁵ BALANDI, G.G.: “El reglamento 883/2004 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 abril, relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social en el recorrido hacia la libre circulación y no solo de los trabajadores”, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, n. 64, p. 81.

⁵⁶ CINELLI, M.: *Diritto della Previdenza Sociale*, 2013, p.33. Ma anche curando la promozione della cultura e della pratica della previdenza fin dall'epoca scolastica, come l'esperienza della mutualità scolastica sta a testimoniare.

Il secondo degli stimoli statali fu quello delle assicurazioni di «libertà sussidiata» o la bonificazione delle contribuzioni volontarie fatti a favore dei lavoratori, attraverso la legge 17 luglio 1898, n. 350, che istituisce la Cassa nazionale di previdenza per l'invalidità e per la vecchiaia degli operai⁵⁷, norma che fu presa come esempio dal legislatore spagnolo⁵⁸ quando offrì un contratto volontario di assicurazione pensionistica (anche in regime di capitalizzazione) con l'*Istituto Nazionale di Previdenza*, fondato a tal proposito nel 1908. Ciononostante la bassissima capacità di risparmio degli operai determinò lo scarso successo dell'istituzione.

O forse, si doveva alla crisi politica e sociale del 1917, che mostrò i limiti «pacificatori» del regime di libertà sussidiata e con esso sparirono le resistenze nei confronti dell'assicurazione obbligatoria.⁵⁹ Quello che è vero è che lo Stato spagnolo si vide così tanto obbligato a cambiare questa originaria politica di fomento dell'assicurazione volontaria dei rischi in questione⁶⁰, soprattutto quando dopo aver celebrato a Madrid la Conferenza sulle assicurazioni sociali si emise il Real Decreto Ley 29 luglio 1917 sull'intensificazione dei ritiri operai, che contribuì in maniera decisiva a diffondere in Spagna i progressi di altre legislazioni europee sulle assicurazioni sociali, impiantandosi da allora l'obbligatorietà di assicurarsi in materia di vecchiaia con il cosiddetto *Retiro Obreo* (pensione per l'operaio), attraverso il Real Decreto dell'11 marzo 1919 (sviluppato dal RD del 21 enero 1921)⁶¹.

Allo stesso modo, si constatò come l'istituzione di una Cassa nazionale di previdenza di libera iscrizione non poteva ritenersi uno strumento sufficiente, e lo stesso governo del resto ne era cosciente - come si evinceva dal progetto di legge - e ammetteva l'insufficienza dimostrata dalla previdenza libera, pur non negandone alcuni parziali successi, e spingendosi oltre le posizioni assunte, talvolta, dalle stesse

⁵⁷ Il contributo minimo era di 6 lire, versabili anche a rate non inferiore a 50 centesimi; il massimo era di 100 lire. La pensione di vecchiaia era attribuita dopo almeno 25 anni di contribuzione a 60 o a 65 anni di età.

⁵⁸ GALIANA MORENO, J.M.: "Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España", in GARCÍA ROMERO, B y LÓPEZ ANIORTE M.C (coord.): *La reforma de la pensión de jubilación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.17.

⁵⁹ DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Comares, Granada, 2006, p. 121.

⁶⁰, "De Bismarck a Beveridge: seguridad social para todos", *Trabajo, revista de la OIT*, n. 67, 2009, editorial p.2. Lo aveva già avvertito Bismarck, le motivazioni erano che l'economia funzionasse con la massima efficacia ed eludesse la domanda di alternative socialiste più radicali.

⁶¹ Includeva gli operai industriali tra i 16 e i 65 anni, con un reddito annuale inferiore a 4000 pesetas (che successivamente si aumentò). Il contributo era di 10 centesimi di peseta a carico delle imprese, complementati con ciò che apportava lo stato. A chi avesse meno di 45 anni si garantiva una pensione di 365 pesetas annuali, a chi superasse i 45 anni, di 180 pesetas.

associazioni operaie, annunciava che il disegno di legge non doveva considerarsi preclusivo dell'introduzione di alcune forme di assicurazione sociale (e cioè l'assicurazione per le malattie, e per la disoccupazione involontaria), riconosciute anzi, «*necessary*» come necessario sarebbe stato «*uno stretto collegamento tra i diversi rami di assicurazione*⁶²». Così, nel 1919 il legislatore italiano preferì l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia mediante il Decreto legge 21 aprile 1919, n. 603⁶³.

A partire da lì, inizia il passaggio dall'assicurazione volontaria all'assicurazione obbligatoria in materia di rischi professionali con l'introduzione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni in mare nel 1919⁶⁴, che fu proprio la prima assicurazione obbligatoria che funzionò in Spagna, poiché il *Retiro Obrero* del 1919 non sarebbe entrato in vigore fino al 1921; mentre dal canto suo, in Italia, tali attività si trovavano coperte precettivamente dalla legge 80/1898⁶⁵. L'assicurazione obbligatoria per il lavoro agricolo sarebbe arrivata in Italia nel 1917⁶⁶, e più tardi, nel 1931, in Spagna⁶⁷; si trattava di un'assicurazione molto desiderata, che supposeva l'inizio della fine del trattamento diverso tra i lavoratori industriali e agricoli, e in concreto per il caso spagnolo l'obbligatorietà dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro nell'industria alla fine si sarebbe prodotta nel 1932⁶⁸, dalla quale nel 1941 si staccò l'assicurazione obbligatoria contro la silicosi, embrione successivo dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali del 1947, mentre, per continuare con il paragone, l'assicurazione italiana contro la silicosi e l'asbestosi si introdusse nel 1935⁶⁹, e l'assicurazione contro le malattie professionali nel 1929⁷⁰.

⁶² HERNANDEZ, S.: *Lezioni di Storia della Previdenza Sociale...* op.cit. p. 59

⁶³ Per farci un'idea della grandezza della misura, secondo le cifre dell'epoca, in Italia, la Cassa passò da poco più di 700.000 iscritti e 20.000 pensionati all'inizio, a 12 milioni di lavoratori. www.inps.it/portale/default.aspx?iMenu=11

⁶⁴ Real Decreto del 14 ottobre del 1919

⁶⁵ A questa legge seguirono: Regio Decreto 18 giugno 1899 n. 231, Regolamento per la prevenzione degli infortuni nelle miniere e nelle cave; Regio Decreto 18 giugno 1899 n. 233, Regolamento per la prevenzione degli infortuni nelle industrie che trattano materie esplodenti; Regio Decreto 27 maggio 1900 n. 205, Regolamento per la prevenzione degli infortuni nelle imprese di costruzione.

⁶⁶ Decreto Legge Luogotenenziale del 23 agosto 1917, n. 1450. Secondo quanto indica HERNANDEZ, *Lezioni di Storia della Previdenza Sociale ...* op.cit. p. 57 *Costituisce un segno di evoluzione legislativa, non solo in senso orizzontale e quantitativo, ma anche in senso qualitativo, non si trattò di aggiungere puramente e semplicemente una legge a quella già esistente in materia previdenziale, ma di introdurre nuovi principi.*

⁶⁷ Decreto del 12 giugno del 1931.

⁶⁸ Ley del 4 luglio del 1932.

⁶⁹ Regio decreto 17 agosto 1935, n. 1765.

⁷⁰ Legge 13 marzo 1929, n. 928; Regio decreto. 5 ottobre 1933, n. 1565.

In materia di rischi comuni⁷¹, si fece strada l'introduzione di una pluralità di assicurazioni sociali obbligatorie molto diverse, messe in funzione nel corso di un periodo esteso, che si prolunga fino alla decade degli anni cinquanta del secolo scorso. Le tappe più significative di questo processo furono le seguenti: la maternità nel 1910 in Italia⁷² e nel 1929 in Spagna⁷³; l'assicurazione contro la disoccupazione nel 1919 in Italia⁷⁴ e nel 1931 in Spagna⁷⁵; l'assicurazione obbligatoria per familiari a carico nel 1938 in Spagna⁷⁶ e nel 1937 in Italia⁷⁷; l'assicurazione contro la tubercolosi nel 1927 in Italia⁷⁸, che non arrivò mai ad essere approvata in Spagna⁷⁹; l'assicurazione obbligatoria contro malattie comuni nel 1942⁸⁰; l'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità comune nel 1947; l'assicurazione obbligatoria contro la morte del lavoratore e la sopravvivenza del coniuge a carico, approvata nel 1939 in Italia⁸¹ e nel 1955 in Spagna⁸². A queste bisogna sommare la molteplicità di Casse professionali che sorsero⁸³, consolidando il modello di assicurazione sociale, e l'entrata di nuovi principi

⁷¹ Come notò a suo tempo E. BORRAJO DACRUZ, *Estudios Jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1962, p. 144, la distinzione dottrinale tra rischi generici e specifici si deve a F. CARNELUTTI, che l'aveva già formulata nel 1913.

⁷² Un'altra forma di previdenza è stata attuata con la legge 17 luglio 1910 n. 520 che istituì la Cassa nazionale di maternità (R. decr. 24 febbraio 1923, n. 2157, e modif. Decr. legge 27 marzo 1933, n. 371), per sussidiare le operaie contemplate dalla legge 10 novembre 1907, n. 818, sul lavoro delle donne e dei fanciulli, e in occasioni di parto e di aborto.

⁷³ Real Decreto-Legge del 22 marzo del 1929. In concreto, il sussidio di maternità nel 1923 e l'assicurazione obbligatoria nel 1929.

⁷⁴ Regio Decreto Legge 19 ottobre 1919, n. 2214.

⁷⁵ Decreto 25 mayo 1931, Reglamento del 30 septiembre del 1931. Sebbene fosse un'assicurazione di carattere volontario. L'assicurazione nazionale per la disoccupazione di carattere precettivo sarebbe arrivata con la legge 62/1961, del 22 luglio.

⁷⁶ Ley del 18 julio de 1938; Decreto del 20 octubre de 1938.

⁷⁷ Regio Decreto legge 17 giugno 1937, n. 1048.

⁷⁸ Legge 27 ottobre 1927, n. 2055.

⁷⁹ Sulla frustrata assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi e la marcata influenza dell'esperienza italiana nella bozza del progetto di legge, si veda MESA MOLERO, J.: *Enfermedad y previsión social en España durante el primer franquismo (1936-1951)*. *Dynamis: Acta hispanica ad medicinae scientiarumque historiam illustrandam*, n. 14, 1994, p.210.

⁸⁰ Ley del 14 diciembre del 1942.

⁸¹ Regio Decreto legge 14 aprile 1939, n. 636 ed art. 2, R. d. l. n. 636 del 1939.

⁸² Decreto Ley del 2 septiembre 1955.

⁸³ Per tutto questo, si consulti, CHERUBINI, A.: *Storia della previdenza sociale*, 1977. In Italia, la Cassa per gli invalidi per la marina mercantile (22 giugno 1913, n. 767; la Cassa nazionale per gli addetti al commercio (r. decr. 24 ottobre 1929, n. 1946. la Cassa di previdenza per le pensioni dei sanitari (Testo Unico R. Decr. 1 marzo 1930, n. 680, Regol. decr. Legge 7 gennaio 1917, n. 295); la Cassa nazionale di previdenza dei farmacisti (R. Decr. 7 novembre 1929, n. 2174); 1931, n. 707; Regol. 7 gennaio 1917, n. 295; modif. R. Decr. 17 settembre 1925, n. 1741); la cassa di previdenza per gli impiegati e salariati degli enti locali (Legge 15 aprile 1926, n. 679); l'istituto nazionale a favore degli impiegati degli enti locali non aventi diritto a pensione (Legge 25 luglio 1925, n. 1605; modif. R. Decr. Legge 2 giugno 1930, n. 733); l'ente nazionale fascista di previdenza e di assistenza per i dipendenti degli enti parastatali e assimilati (R. Decr. 8 novembre 1928, n. 2645); l'opera di previdenza per il personale ferroviario (Legge 19 giugno 1913, n. 641; modif. R. Decr. Legge 13 agosto 1917, n. 1393; 1 agosto 1918, n. 1197; 7 aprile 1921, n. 370; 31 dicembre 1923, n. 3157; 7 febbraio 1926, n. 187; 22 dicembre 1927, n. 2685; 28 agosto 1930, n. 1314); l'istituto di previdenza e mutualità fra i magistrati italiani (Legge 2 settembre 1919, n. 1598;

di particolare rilievo, come quello dell'automaticità delle prestazioni, nel 1935 in Italia⁸⁴ (infine inserito nel 1942 nel Codice Civile, art. 2116), e nel 1944 in Spagna⁸⁵, che supporrà la costatazione dell'abbandono del sistema privatistico-contrattuale a favore di quello pubblicistico⁸⁶.

In questo modo si può verificare che, in generale, i periodi previ al fascismo, la cosiddetta *età giolittiana* in Italia, e la II Repubblica Spagnola furono il momento di maggiore sviluppo delle forme previdenziali, sebbene l'ordinamento fascista mantenne e sviluppò ciò che era stato già creato⁸⁷ in materia di previdenza, mentre si mantenne fermo in quanto ad assistenza, si limitò, in genere, a continuare la pubblicizzazione dell'assistenza intrapresa dai governi liberali. In quanto all'assistenza sociale, non merita menzione speciale, ma non si ottenne altro che la graduale sostituzione dello Stato e di Enti pubblici alle «opere pie» private, intese come una forma di beneficenza⁸⁸.

In Spagna, a differenza della breve esperienza falangista di Primo de Rivera – che riordinò la legislazione sugli infortuni sul lavoro⁸⁹ e organizzò l'assicurazione per la maternità del 1929 – le innovazioni introdotte dal legislatore repubblicano in materia di Sicurezza Sociale furono importanti⁹⁰. Il diritto alla Sicurezza Sociale (termine avanzato per la sua epoca, poiché il *Social Security Act* americana non si pubblicherà se non quattro anni più tardi, per questo molti parlano di un uso improprio del termine⁹¹) si costituzionalizzò per la prima volta. Si legiferò in materia d'infortuni sul lavoro, malattie professionali così come maternità e disoccupazione, ma la vecchiaia non ebbe

modif. R. Decr. legge 30 dicembre 1923, n. 2775; 8 luglio 1929 n. 1276); l'istituto nazionale di previdenza e mutualità per i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie (Legge 20 giugno 1929, n. 1045 e Decr. Min. 28 dicembre 1929); l'ente di previdenza a favore degli avvocati e procuratori (Legge 13 agosto 1933, n. 406); l'opera di previdenza per la milizia volontaria per la sicurezza nazionale (R. Decr. 24 dicembre 1928, n. 3408; R. Decr. 13 gennaio 1931, n. 693; r. decr. 31 gennaio 1934, n. 262).

⁸⁴ RDL 1935, anche se il DL 23 agosto 1919, n. 1450 aveva già introdotto il principio per i lavoratori dipendenti da aziende agricole e forestali.

⁸⁵ In Spagna BOE (Bollettino Ufficiale dello Stato) del 10 ottobre, sviluppato dall'Ordinanza dell'11 marzo 1944 (BOE del 19 marzo).

⁸⁶ VINCI, S.: "Il Fascismo e la Previdenza sociale", *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, III, Cacucci, Bari, 2011, p. 721.

⁸⁷ CINELLI, M: *Manuale di Diritto della Previdenza Sociale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 35.

⁸⁸ HERNANDEZ, S.: *Lezioni di Storia della Previdenza Sociale...* op.cit. p. 79.

⁸⁹ In Spagna il Codice del lavoro del 1926, libro III; in Italia, una riunificazione simile si portò a termine con il Testo unico del 1904.

⁹⁰ DE LA VILLA GIL, L. E: *La formación histórica del Derecho español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, p 293, definì il lavoro legislativo come «*sorprendente in quantità e in qualità*».

⁹¹

lo stesso trattamento specifico⁹². La preparazione di una riforma riguardo alla vecchiaia nel quadro dell'unificazione delle assicurazioni sociali non si portò a termine per il colpo di stato militare, abortendo non solo tutti i progressi tecnici, ma tutto il potenziale sviluppo costituzionale di una feconda protezione sociale dei lavoratori.⁹³

A causa dell'insufficiente copertura che fornivano le Assicurazioni Sociali, prestazioni uniformi che inoltre perdevano progressivamente potere acquisitivo in un contesto di elevata inflazione⁹⁴, inizia a sorgere a partire dal 1941 un sistema parallelo, complementare, di assicurazione sociale obbligatoria ma statale, interprofessionale, per rami di produzione⁹⁵, il che complicherà ancor di più la problematica di scoordinamento e atomizzazione delle Assicurazioni Sociali, le famose «*Mutualidades Laborales*⁹⁶», differenziate (anche se ispirate) dalle associazioni di mutuo soccorso, mutualismo o «*società di mutui soccorsi*⁹⁷»; quel mutualismo operaio del XIX secolo

⁹² MALDONADO MOLINA, J.A.: *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 68.

⁹³ GONZALEZ LABRADA, M.: "La regulación de las pensiones de jubilación a partir de la constitución de 1931", in LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación : Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p 277.

⁹⁴ DE LA FUENTE LANVIN, M.: *El sistema de pensiones en España...* op.cit. p. 132.

⁹⁵ DE LA FUENTE LANVIN, M.: *El sistema de pensiones en España...* op.cit.p. Per correggere questa situazione esistevano varie possibilità: 1°) incrementare le prestazioni delle assicurazioni esistenti; 2°) Stabilire l'assicurazione totale alla quale si riferiva la X Dichiarazione del *Fuero del Trabajo* (Statuto del lavoro), scartata per essere troppo innovatrice; 3°) La più eterodossa ed originale: utilizzare la vecchia idea di protezione mutualista, ma cambiando completamente il suo senso tradizionale, trasformata in obbligatoria e ufficializzando l'attuazione delle *Mutualidades Laborales*. Quest'ultima fu l'alternativa scelta.

⁹⁶ Legge di Mutualità Libere del 6 dicembre del 1941.

⁹⁷ In Italia, libertà di associazione Statuto Albertino 1848 , art. 32, *diritto ad adunarsi pacificamente e senz'armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica*. La prima Società generale operaia di mutuo soccorso di Pinerolo venne fondata nel 1848. MUSSO, S.: *Tra fabbrica e società: mondi operai nell'Italia del Novecento*, vol. 33, Feltrinelli, 1999, p. 9.

In Spagna, la prima associazione mutualistica che si creò fu la «Società di Mutuo Soccorso dei Tessitori di Cotone», fondata nel 1840 a Barcellona, avvalendosi della *Real Orden Circular* del 28 febbraio del 1839. Tuttavia, la Società di Mutuo Soccorso dei Tessitori di Cotone era sospettata di avere non soltanto finalità «filantropiche» ma anche di «resistenza al capitale», concretamente di voler utilizzare i suoi fondi per appoggiare gli operai in sciopero, quando se ne fosse presentato il caso. Per questo si rifiutò l'approvazione dei suoi Statuti e, come avvertimento generale, il Governo Politico di Barcellona pubblicò una Circolare nella significativa data dell'1 maggio del 1841 dicendo: «*Le Associazioni per proteggersi e soccorrersi mutuamente tra i lavoratori per mezzi legali e giusti sono permesse; ma in nessun caso bisogna utilizzare a tal fine seduzione, coazione, né violenza di qualsiasi tipo, né contro gli operai, siano essi associati o meno, né contro i padroni delle fabbriche o di qualsiasi stabilimento industriale*». Nonostante questo, la Società dei Tessitori continuò a funzionare in modo semiclandestino, il che rende l'idea della sua forza, fino a meritare che venisse emessa – in modo specifico ed esplicito contro di essa – la *Real Orden* del 9 dicembre del 1841, che ordinava la sua immediata dissoluzione. Ciononostante, quando arrivò al potere Espartero, emise, come Reggente, la *Real Orden* del 29 marzo del 1842 autorizzando la Società dei Tessitori. Implicitamente autorizzò anche le società di mutuo soccorso, di previdenza, di patronato e le cooperative, ma il mutualismo era visto come una manifestazione di aristocrazia operaia, poiché ad esso aveva accesso l'operaio e l'artigiano più qualificato che disponesse della possibilità di risparmiare.

dell'associazione volontaria e della solidarietà degli stessi interessati così come in Europa si sviluppò anche in Spagna, ma obbediva a un'altra logica. Le mutualità lavorative alle quali adesso facciamo riferimento sono una forma *sui generis*, posteriore, di assicurazioni sociali obbligatorie⁹⁸. Le mutualità fornivano una protezione che completava quella della Sicurezza Sociale, attraverso la concessione di prestazioni indipendenti dalle assicurazioni sociali obbligatorie (*Montepíos*) dalle Mutualità che sostituivano le assicurazioni sociali. Con l'Ordinanza del 10 settembre 1954, questo mutualismo diventò una variante in più delle assicurazioni sociali obbligatorie.

L'impronta dei governi fascisti si trova nella proclamazione dei principi sulle direttrici da seguire in materia socio-lavorativa, la *Carta del Lavoro* del 21 aprile 1927 e il *Fuero del Trabajo* (Statuto del Lavoro) del 9 marzo 1938, una copia quasi letterale dei contenuti del primo,⁹⁹ che senza dubbio rispondono all'idea di giustizia sociale fascista e al fine ultimo del mantenimento dell'ordine pubblico, «*la previdenza è un'alta manifestazione del principio di collaborazione*». Materialmente, l'attuazione della tutela previdenziale si orientò verso il perfezionamento dell'assicurazione, così come lo raccoglievano i principi XXVII della Carta Lavoro¹⁰⁰ e X del *Fuero del Trabajo*¹⁰¹, con l'aumento delle contingenze coperte in precedenza commentate, e la posteriore rifusione legislativa di tutta la diversa normativa¹⁰²; nel 1935, in Italia, si pubblica il testo unico

SOLÀ I GUSSINYER, P.: "El mutualismo y su función social: sinopsis histórica", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n. 44, 2003, p. 184.

⁹⁸ ALARCON CARACUEL, M.R.: *Compendio de Seguridad Social*...op.cit. p. 34.

⁹⁹ Secondo González-Bueno, Ministro del Lavoro del primo governo franchista: «[il *Fuero*] si ispirò all'ideologia di Primo de Rivera e alle sue conoscenze della dottrina sociale della chiesa» e «non ebbe in suo potere nessun esemplare della Carta de Lavoro italiana, poiché non la considera "di interesse per i miei fini riguardo al fuero del trabajo"». GONZALEZ-BUENO Y BOSCO, P.: *En una España cambiante*, Altera, Barcelona, 2005, pp. 147-151, citato da RUIZ RESSA, J.D. in *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*...op.cit. p. 50, nota 37.

¹⁰⁰ Lo Stato fascista si propone: 1°) il perfezionamento dell'assicurazione contro gli infortuni; 2°) il miglioramento e l'estensione dell'assicurazione per la maternità; 3°) l'assicurazione contro le malattie professionali e la tubercolosi come avviamento all'assicurazione generale contro tutte le malattie; 4°) il perfezionamento dell'assicurazione contro la disoccupazione involontaria; 5°) l'adozione di forme speciali assicurative dotazioni per i giovani lavoratori.

¹⁰¹ 1. La previdenza sociale fornirà al lavoratore la sicurezza della sua protezione contro l'infortunio; 2. S'incrementeranno le assicurazioni sociali per la vecchiaia, l'invalidità, la maternità, gli infortuni sul lavoro, malattie professionali, tubercolosi, e disoccupazione forzata, tendendo all'introduzione di un'assicurazione totale. In modo prioritario si provvederà a concedere ai lavoratori anziani una pensione sufficiente.

Sull'efficacia giuridica della Carta del Lavoro si veda: BALANDI, G.G.: "Corporativismo e legislazione previdenziale negli anni '30. Note di ricerca", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1981, III, pp.1-26; GASLINI, M.: "Sull'efficacia giuridica della Carta del Lavoro", *Diritto e Società*, 1999, n.3, pp379-432.

¹⁰² Il RDL 4 ottobre 1935 n. 1827 sul Perfezionamento e coordinamento legislativo della previdenza sociale (convertito nella l. 6 aprile 1936 n. 1155) creò il testo unico della materia. Scrivono CHERUBINI, A. e PIVA, I.: *Dalla libertà all'obbligo. La previdenza sociale fra Giolitti e Mussolini*, Franco Angeli,

sul *Perfezionamento e coordinamento legislativo della previdenza sociale*¹⁰³ e, nel 1948, in Spagna, l'«*assicurazione totale*» o *assicurazioni sociali unificate*. Il primo disciplinò il rammentato sistema previdenziale per l'invalidità e la vecchiaia, la disoccupazione, la tubercolosi e la maternità, ma non comportò variazioni sostanziali al sistema sorto nel 1919¹⁰⁴; il secondo unificò le assicurazioni per la vecchiaia, per l'invalidità, l'assicurazione contro malattie e i sussidi familiari¹⁰⁵. Il decennio successivo assistette a una vera e propria proliferazione di casse mutue a livello categoriale, aziendale e locale¹⁰⁶.

2.2. L'influenza del Piano Beveridge (1942): la commissione D'Aragona in Italia (1947) e la Legge delle Basi della Sicurezza Sociale in Spagna (1963)

All'indomani della guerra, l'influsso dei nuovi ideali di Sicurezza Sociale nel contesto internazionale, derivati dalla Commissione Beveridge, si fecero notare in Italia, con la cosiddetta Commissione D'Aragona, una delle due commissioni dell'ordine sociale¹⁰⁷, incaricate di una revisione profonda e completa dei fondamenti e dei modi della previdenza sociale. Fu creata su iniziativa di A. Fanfani, istaurata per Decreto del 3 luglio 1947, e presieduta da L. D'Aragona

Il contenuto e linguaggio è proprio in sintonia con l'idiosincrasia beveridgiana. Secondo D'ARAGONA, la previdenza sociale «*senza essere avvilente come la beneficenza e pur tenendo conto dei limiti consentiti dalle risorse del Paese, possa contribuire al mantenimento della pace sociale (...) occorre svolgere un'opera, che dal*

Milano, 1998, p. 369: «*L'ipotesi è quella di un "diritto previdenziale" concepito in modo organico e omogeneo contro le precedenti trattazioni (o espressioni) particolari delle singole branche assicurative e la previdenza sociale viene indicata quale "alta manifestazione del principio di collaborazione fra i fattori produttivi della nazione", secondo quei moduli tipicamente ed autenticamente fascisti che fanno dell'Istituto relativo un ente autarchico corporativo, non solo come sottolinea la relazione ministeriale "ente assicuratore ... ma investito di pieno diritto della missione sociale di organo sociale della previdenza fascista": il che doveva insieme significare una riduzione della sfera di autonomia e un'influenza politica sempre più decisiva sulle scelte*».

¹⁰³ Regio Decreto Legislativo 4 ottobre 1935, n. 1827.

¹⁰⁴ CHEHERUBINI, A. e PIVA, I.: *Dalla libertà all'obbligo...* op.cit. pp. 370-371.

¹⁰⁵ Due appunti al riguardo: 1) si sostituì un regime di capitalizzazione per un regime di distribuzione; 2) L'espressione «assicurazione totale», oltre a dare copertura per ciò che si era ottenuto attraverso il *Fuero del Trabajo*, copriva due finalità diverse: la protezione di tutti i casi possibili di non protezione economica e, seconda, la tendenza alla semplificazione mediante la strumentazione attraverso un'assicurazione unica. SANCHEZ NAVARRO: *La gestión de la Seguridad social en España*, CES, Madrid, 2003, p. 61.

¹⁰⁶ FERRERA, M.: *Il welfare state in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 34.

¹⁰⁷ La Commissione per la Riforma della Previdenza Sociale svolse la sua attività dal 4 luglio 1947 al 29 febbraio 1948; L'altra commissione fu la *Commissione Pesenti*, istituita il 10 luglio 1946 su proposta del Ministro della Costituente Pietro Nenni, per lo studio dei problemi del lavoro.

paese è attesa, molto più vasta e profonda. Essa deve penetrare nell'intimo della materia, per creare, in aderenza ai nuovi principi e alla generale aspettativa e sensibilità del nostro popolo, un sistema organico di tutela degli italiani, dai bisogni e dalla povertà¹⁰⁸».

Continua più avanti dicendo «Se i ricchi non avranno bisogno di ricorrere ai servizi dell'assicurazione sarà tanto di guadagnato per loro e per gli altri che usufruiranno di quanto non goduto da loro. I sostenitori di questa tesi ritengono che adottando i loro criteri si semplificherebbero le cose, abolendo tutti i contributi, o buona parte di essi, sostituendoli con una tassazione a carico dei contribuenti. Sarebbe così risolto anche il problema dell'unificazione dei contributi. Alla nostra competenza, al nostro senno, spetta stabilire se i tempi sono maturi per simile radicale soluzione del problema delle assicurazioni sociali¹⁰⁹».

Tuttavia, la possibilità di un sistema pienamente universalistico venne rifiutata sulla base di tre motivi¹¹⁰: 1) gli eccessivi oneri finanziari che l'omni-inclusività avrebbe comportato; 2) la convinzione che fosse tutto sommato improprio provvedere anche ai bisogni di quei cittadini che non ritraggono dal proprio lavoro il proprio reddito; 3) il desiderio di rispettare la tradizionale impostazione mutualistico-lavorativa della previdenza sociale. In effetti, si tratterebbe di una questione d'idiosincrasia, e non tanto la scelta «*interclassista-universalista*» che non sembra rispondente alle esigenze economico-sociali del Paese e alla realizzazione di politiche di giustizia sociale. E ciò perché, a differenza della società inglese, in quella italiana vi erano ancora evidenti differenze sociali ed economiche tra le diverse classi, oltre ad un poco elevato tenore di vita medio¹¹¹, ma il sistema di costituzione non scritta e democrazia liberale era il terreno adeguato per questo tipo di sistemi.

In questo modo sulla scelta da seguire, prevalse una scelta quasi universalista, un criterio che rispettava il principio della fondazione della Repubblica sul lavoro, nel senso che la maggioranza dei lavoratori ne era coperto, a eccezione di piccoli gruppi

¹⁰⁸ Atti Commissione p. 122.

¹⁰⁹ Atti Commissione p. 127.

¹¹⁰ FERERA, M.: *Modelli di solidarietà. Politiche e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 237.

¹¹¹ VALENTI, V.: *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale: modello costituzionale e decisioni politiche*, Giappichelli, Torino, p. 29.

sociali, una centinaia di migliaia di redditeri e capitalisti ricchi e gli altri auto-esclusi dal bisogno di lavorare, le prostitute, i detenuti, i mendicanti¹¹².

I risultati finali della Commissione D'Aragona furono: l'unificazione e la semplificazione amministrativa del settore previdenziale; l'estensione della copertura a tutti i lavoratori – compresi gli indipendenti – per la malattia, la vecchiaia, l'invalidità e l'infortunio, riservando ai soli lavoratori dipendenti la copertura per la disoccupazione, le indennità economiche di malattia e gli assegni familiari, la costituzione di un unico regime assicurativo per la vecchiaia e il collegamento tra le prestazioni e le retribuzioni¹¹³.

Sul sistema di finanziamento delle assicurazioni sociali contro la vecchiaia, le due Commissioni avanzano dubbi circa la tenuta del sistema a capitalizzazione, che ha generato riserve finanziarie, le quali però, a seguito della svalutazione monetaria del dopoguerra, si sono polverizzate, ponendo lo Stato di fronte alla necessità di adeguare le prestazioni al risentito potere di acquisto della moneta. Con una conseguente situazione d'instabilità. Entrambe le commissioni, pertanto, ritengono più affidabile il sistema a ripartizione (in realtà già sperimentato per l'assicurazione sociale per le malattie, contro la tubercolosi, la disoccupazione, maternità, nuzialità e natalità), basato, cioè, su un rapporto solidaristico intergenerazionale di *do ut des* tra generazione attiva e passiva¹¹⁴.

Tale sistema presenta però un inconveniente: il fatto che all'inizio i contributi siano modesti induce a largheggiare nella misura delle pensioni, sottovalutando il pericolo di andare incontro, con l'avvicinarsi del momento in cui il sistema è «a regime», a contributi troppo elevati. Per attenuare un simile inconveniente, la Commissione D'Aragona propone *«un sistema a ripartizione a periodi quinquennali opportunamente temperato in modo tale da consentire l'adozione di contributi crescenti di quinquennio in quinquennio ed inizialmente superiori ai contributi di ripartizione pura, ma in ogni caso inferiori ai contributi propri del sistema di capitalizzazione e purché la misura delle pensioni»*.

Il destino che la storia aveva previsto per le proposte della Commissione D'Aragona era l'oblio. Formalmente, s'imputò alla mancanza di tempo 6 mesi scarsi di lavoro, le 88 proposte non poterono essere articolate in un testo legislativo, né in uno

¹¹² FERRERA, M.: *Modelli di solidarietà. Politiche e riforme sociali nelle democrazie...* op.cit. p. 237.

¹¹³ FERRERA, M.: *Il Welfare state in Italia*, pp. 36-37.

¹¹⁴ VALENTI, V.: *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale...* op.cit. p. 31.

studio dei costi. Tuttavia, non si può dimenticare il peso del fattore politico. Per alcuni si trovava nella stessa composizione della Commissione¹¹⁵. Per altri, la questione politica si trovava nei risultati delle elezioni del 1948 e criticavano l'interpretazione di prima¹¹⁶.

Ad ogni modo, il momento politico in cui si svolse la Commissione circa la costituzionalizzazione del diritto alla previdenza sociale e il suo lavoro, si sovrappose temporaneamente ai lavori dell'Assemblea Costituente, la quale sarà oggetto di studio del prossimo paragrafo.

Mentre dall'altro lato del Mediterraneo si apre un periodo di 40 anni di dittatura, di cui abbiamo già trattato la prima tappa in ambito sociale. Per quanto ci riguarda, quello che bisogna rilevare dello stesso è la cosiddetta *Ley 193/1963, de las Bases de la Seguridad Social* (legge delle basi della previdenza sociale), che rappresentava il punto finale delle assicurazioni sociali (e la loro asistematicità) Come si spiegava nella stessa esposizione dei motivi, poiché era arrivata la necessità di superare questa tappa e cominciare con la costituzione di un'autentica Sicurezza Sociale¹¹⁷, «...*coscienti che senza ricorrere alla solidarietà nazionale davanti alle situazioni o contingenze protette, la Sicurezza Sociale non arriva a essere un artificio tecnico senza una vera radice comunitaria, la legge la concepisce come un compito nazionale che impone più sacrifici ai giovani che agli anziani; più alle persone sane che a quelle malate; più agli occupati che a coloro che si trovano nella situazione di disoccupati; più alle persone vive che alle famiglie dei deceduti; più a coloro che non hanno familiari a carico che a quelli che ce li hanno; più a coloro che hanno delle attività economiche in auge e prosperità che, infine, ai settori depressi*».

Il contenuto della legge stabiliva, come principi, criteri *beveridigiani*: a) considerazione d'insieme delle contingenze protette indipendentemente dal rischio sociale dal quale derivassero; b) estendere la protezione all'insieme della popolazione attiva, c) controllo statale e partecipazione degli interessati agli organi di gestione, che

¹¹⁵ FERRERA, M.: *Modelli di solidarietà. Politiche e riforme sociali nelle democrazie...* op.cit. p. 245 Alleanza «all'olandese» tra socialisti riformisti e cattolici. Arriva a questa conclusione dopo aver analizzato i dati della composizione della popolazione attiva, mentre in Olanda i dipendenti erano il 70% e il 20 % subalterni, in Italia la proporzione era del 56% e il 38 % di liberi professionisti. Per GIROTTI, F.: *Welfare state. Storia, modelli, critica*, Roma, Carocci, 1998, p.274, la Commissione fu penalizzata dal prevalere nel suo seno di una convergenza tra socialisti e liberaldemocratici.

¹¹⁶MASULLI, I.: "Il dibattito sul lavoro e i diritti sociali all'Assemblea Costituente", in *Storicamente.org*

¹¹⁷ Comma 1-1, 2° paragrafo. Su questa legge, uno dei primi commenti di ALONSO OLEA, M.: "Las bases de la Seguridad Social", *Revista de Política Social*, n. 61, 1964, p. 461 e ss.

non avrebbero dovuto avere animo di lucro, e) lo sviluppo di prestazioni tecniche di riabilitazione di invalidi, medicina preventiva e sicurezza, ed igiene, f) un regime complementare di assistenza sociale, e, in definitiva, stabiliva, «*l'ideale di copertura*»¹¹⁸, al quale doveva avvicinarsi, non come punto d'arrivo, ma come punto di partenza, cioè, inserendo tali principi nel loro contesto.

Ciononostante, gli studi che precedettero la sua approvazione, così come la stessa discussione alle Camere, non fu esente da polemica¹¹⁹. Inoltre, come criteri programmatici mancavano di un carattere assoluto, per cui la loro articolazione fu imperfetta e problematica. A modo di critica, l'articolazione del testo, il Decreto-Legislativo 907/1966 del 21 abril, tramite cui si approva il testo articolato della Legge delle Basi della Sicurezza Sociale, tardò 3 anni, e la protezione elargita non raggiunse tutta la popolazione attiva, poiché chiaramente l'universalizzazione della protezione non era economicamente possibile, per cui si optò per l'applicazione di un Regime Generale di protezione per i lavoratori per conto d'altri (modello ideale di copertura) e i diversi Regimi Speciali per la peculiarità dell'attività professionale¹²⁰, sebbene con significative differenze nell'intensità di protezione tra loro, e persino tra stessi, poiché si continuò a dare priorità alle contingenze derivate da rischi professionali. La gestione non si finì di

¹¹⁸ ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit. p. 21.

¹¹⁹ ALARCON CARACUEL, R.M.: *Compendio de Seguridad Social...* op.cit. p. 38.

Per una forte opposizione delle compagnie assicuratrici. Il Decreto del 14 giugno del 1957, in cui si affida alla Seduta plenaria del Consiglio di Amministrazione dell'INP la funzione di preparare nel più breve tempo possibile un Piano Nazionale di Previdenza Sociale, che organizzasse, con criterio di unità, gli organismi e le assicurazioni. A compimento di tale proposito, si presentarono addirittura quattro bozze del Piano, (...) e i propositi di riforma tardano a cristallizzarsi. Una delle prime cristallizzazioni, che anticipano la riforma, è il decreto 56/1963 del 17 gennaio che stabilisce una tariffa di contribuzione per le assicurazioni sociali obbligatorie e il Mutualismo Lavorativo, e un regime volontario e complementare di previdenza sociale, allo scopo di regolarizzare la situazione finanziaria della previdenza sociale, ponendo le basi necessarie per la profonda ristrutturazione della stessa. Nell'ambito delle assicurazioni sociali, con le basi tariffate per sette categorie professionali, si cercò di restaurare l'equivalenza tra i salari e le basi dei contributi, superando così le situazioni di frode imprenditoriale. Ciononostante, continuarono ad esistere diversi tipi di contribuzione per le Assicurazioni Sociali Unificate e la disoccupazione, da un lato, e il Mutualismo Lavorativo dall'altro. Partendo da questi testi, il Ministero del Lavoro, elabora una bozza di progetto della LBSS, legge delle Basi della Sicurezza Sociale, (alla quale si oppongono sin dall'inizio il Sindacato Nazionale dell'Assicurazione, la stampa conservatrice e la classe medica), che si presenta al consiglio dei ministri del 9 agosto del 1963. Per le compagnie di assicurazione, l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, si trovava in mano dell'iniziativa privata, e nel progetto si affidava la gestione alle Mutualità Lavorative e all'INP. Così, le entità assicurative mobilitano tutte le loro forze affinché le camere spagnole rifiutassero il progetto.

¹²⁰ Base Terza: a) Dipendenti pubblici, civili e militari, b) Personale al servizio degli Organismi Mobili; c) Dipendenti di Entità statali autonome, d) Soci lavoratori di Cooperative di produzione, e) Dipendenti domestici; f) Lavoratori per conto proprio o liberi professionisti; g) Studenti; h) Personale civile non dipendente pubblico di stabilimenti militari; i) Rappresentanti commerciali, j) i lavoratori sul mare; k) i lavoratori che si dedicano alle attività agricole, forestali e di bestiame e agli imprenditori di piccole coltivazioni che coltivano direttamente e personalmente le loro proprietà; l) coloro che con tale carattere stabilisca o autorizzi il Ministero del Lavoro, previa relazione dell'Organizzazione Sindacale.

unificare, e si mantenne una dualità nella gestione tra l'INP (Instituto Nacional de Previsión) e le Mutualità lavorative.

Infine, fino a quando non si arriva al processo costituente sono due le norme rilevanti:

La Ley 24/1972, di Finanziamento e perfezionamento dell'azione protettrice del Regime Generale della Sicurezza Sociale, che al di là della sua denominazione sembra rispondere ai problemi di finanziamento, cercò di avvicinarsi ai sistemi europei che fornivano prestazioni prossime ai salari¹²¹; distanziandosi dalla previsione della Base XIII della LBSS, (legge delle basi della Sicurezza Sociale) e dalla sua previsione secondo cui i contributi fossero calcolate su basi tariffate approvate dal Governo spagnolo secondo le categorie professionali, alle quali si sarebbe applicato un tasso unico per tutto l'ambito di copertura, a eccezioni dei premi che corrispondevano al Regime di infortuni sul lavoro e malattie professionali¹²². Il testo fu rifiuto, dando luogo al *Testo Rifiuto Legge Generale della Sicurezza Sociale (LGSS) Decreto 2065/1974 del 30 maggio*, la seconda legge spagnola moderna di Sicurezza Sociale.

Il Real Decreto 2318/1978, che rappresentò l'applicazione del principio di unità di gestione, con la creazione della Tesoreria Generale della Sicurezza Sociale e la fusione dell'INP e le mutualità lavorative nell'INSS, Istituto Nazionale della Sicurezza Sociale, portata a termine dal Decreto Ley 36/1978, tema che analizzeremo anche nel settimo paragrafo.

A partire dalla Costituzione del 1978, si prospetta nuovamente alla società spagnola la sfida di raggiungere un sistema di Sicurezza Sociale che sia all'altezza, perlomeno, dei principi formulati già nel 1963¹²³.

3. LA SICUREZZA SOCIALE NELLE ASSEMBLEE COSTITUENTI ITALIANA (1947) E SPAGNOLA (1977)

Senza dubbio, bisogna sottolineare la diversa congiuntura politica in cui si circoscrivono i processi costituenti che generarono le Costituzioni; chiaramente

¹²¹ DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro...*op.cit. p.161.

¹²² VIDA SORIA, 2000 p.39. Le prestazioni che si ottenevano erano di un terzo o addirittura inferiori in relazione alle entrate ottenute in situazioni di attività.

¹²³ ALARCON CARACUEL, M.R.: *Compendio de Seguridad Social...*p. 40.

entrambe sono precedute da un recente passato fascista, ma questo è tutto. La Carta Magna italiana, precede lo sviluppo europeo alla fine della II Guerra Mondiale, considerata come l'«*età dorata del welfare*», mentre quella spagnola vedrà la luce in piena crisi degli anni '70 e l'«*inizio della crisi del welfare*», il che indubbiamente segnerà profondamente la chiamata universalista-beveridgiana, e l'indeterminazione dell'enunciazione spagnola. Tuttavia entrambe condividono un processo costituente polarizzato, con posizioni di partenza molto diverse, della democrazia cristiana, del socialismo e del comunismo, specialmente nel caso italiano¹²⁴.

Della Costituzione spagnola, richiama l'attenzione che abbia realizzato un'enumerazione di diritti sociali, particolarmente estesa e dettagliata, quando la crisi economica degli anni settanta sembrava aver sconvolto le fondamenta finanziarie dello Stato Sociale o del benessere. Bisogna però avvertire che al proclamare i diritti sociali, la costituzione non solo richiese l'impegno dello Stato a compiere le aspirazioni sociali molto radicate, ma razionalizzò anche questo impegno, attraverso uno schema normativo che esprimeva la coscienza implicita della sua difficile realizzazione¹²⁵. Nel Capitolo III Titolo I, le si conferisce una forza normativa e un sistema di garanzie attenuate, rispetto ai restanti diritti costituzionali.

Le Assemblee Costituenti nate dalle elezioni del 1946 in Italia e nel 1977 in Spagna, designarono le commissioni incaricate di stendere il progetto generale della costituzione, di 75 membri in Italia¹²⁶, e di 36 membri in Spagna. A sua volta, venne nominato un Comitato di redazione integrato da 18 membri o «*Comitato dei diciotto*», in Italia¹²⁷, e uno omologo di 7 membri in Spagna¹²⁸, incaricati di redigere la redazione costituzionale.

¹²⁴ CABIBBO, E.: "I partiti politici e la previdenza sociale in Italia", *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1944, pp.16 e 17.

¹²⁵ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., SATRÚSTEGUI, M., : *Derecho Constitucional*, vol. 1, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 388

¹²⁶ La Commissione per la Costituzione si suddivise a sua volta in tre sottocommissioni:

I Sott.: Diritti e doveri dei cittadini; II Sott.: Organizzazione costituzionale dello Stato. III. Sott.: Lineamenti economici e sociali, il cui presidente era G. Ghidini, e il suo segretario G. Marinaro.

¹²⁷ In Italia, il Comitato dei *diciotto*, era formato dagli onorevoli.: Tomaso Perassi (Gruppo Repubblicano), Gaspare Ambrosini (Gruppo Democristiano), Paolo Rossi (Partito Socialista Lavoratori Italiani), Umberto Terracini (Gruppo Comunista), Piero Calamandrei (Gruppo Autonomista), Giuseppe Fuschini (Gruppo Democristiano), Francesco Marinaro (Fronte liberale democratico dell'Uomo Qualunque), Gustavo Ghidini (Partito Socialista Lavoratori Italiani), Umberto Tupini (Gruppo Democristiano), Mario Cevolotto (Democrazia del Lavoro), Aldo Moro (Gruppo Democristiano), Giuseppe Dossetti (Gruppo Democristiano), Palmiro Togliatti (Gruppo Comunista), Meuccio Ruini (Unione Democratica Nazionale), Emilio Canevari (Partito Socialista dei Lavoratori Italiani), Ruggero Grieco (Gruppo Comunista), Giuseppe Grassi (Partito Liberale Italiano), Amintore Fanfani (Gruppo Democristiano).

Sul contenuto materiale propriamente detto, in nessuno dei due paesi le redazioni delle bozze di progetti si videro radicalmente modificate rispetto a quello che sarebbe stato il testo definitivo, molto al contrario, gli emendamenti subirono cambiamenti minori. I testi definitivi del Progetto di Costituzione affermavano questo:

In Italia, l'art. 34 *“Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari alla vita ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale.*

I lavoratori in ragione del lavoro che prestano, hanno diritto che siano loro assicurati mezzi adeguati per vivere in caso d'infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

All'assistenza ed alla previdenza provvedono istituti ed organi predisposti ed integrati dallo Stato”.

In Spagna, nel progetto della Camera dei Deputati, l'art. 37 prevedeva che *«I poteri pubblici manterranno un regime pubblico di Sicurezza Sociale per tutti i cittadini che garantisca prestazioni sociali degne e sufficienti e l'assicurazione per la disoccupazione. L'assistenza e le prestazioni complementari saranno libere¹²⁹».*

Le differenze, non vanno contemplate rispetto alla struttura finale, ma nel corso del proprio processo costituente, in cui la cosa fondamentale è quindi verificare l'intenzionalità per la Sicurezza Sociale, e più in concreto, il ruolo assegnato nella nuova dimensione di assistenzialità. Queste differenze derivano chiaramente dall'ideologia politica, anche se ogni paese ebbe la propria traiettoria.

In Italia, prima dell'approvazione del progetto, sono tre le redazioni che si diedero all'articolo 38 CI. Nella seduta dell'11 settembre 1946¹³⁰, la III Sottocommissione inizia la discussione generale sul diritto all'assistenza partendo dalla relazione dell'on. TOGNI, approva il seguente testo:

«Dal lavoro consegue il diritto a mezzi adeguati per vivere in caso di malattia, di infortunio, di perdita della capacità lavorativa, di disoccupazione involontaria.

¹²⁸ In Spagna, i relatori furono gli onorevoli: Jordi Solé Tura (Gruppo Parlamentare Comunista), Miquel Roca Junyent (Gruppo Parlamentare di Minoría Catalana), José Pedro Pérez-Llorca y Rodrigo (Gruppo Parlamentare di Unión de Centro Democrático), Gregorio Peces Barba Martínez (Gruppo Parlamentare Socialista), Miguel Herrero Rodriguez de Miñon (Gruppo Parlamentare di Unión de Centro Democrático), Manuel Fraga Iribarne (Gruppo Parlamentare di Alianza Popular) y Gabriel Cisneros Laborda (Gruppo Parlamentare di Unión de Centro Democrático).

¹²⁹ BOC, n. 135, dle 24 di luglio, p. 2951.

congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_135.PDF

¹³⁰ [legislature.camera.it/ dati/Costituente/Lavori/III_Sottocommissione/sed004/sed004nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/Costituente/Lavori/III_Sottocommissione/sed004/sed004nc.pdf) p. 26

Ogni cittadino che, a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale, o [per] di contingenze di carattere generale, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza».

Sin dall'inizio, la posizione di partenza evidenzia una differenziazione tra previdenza sociale ed assistenza sociale. Secondo lo stesso TOGNI¹³¹, *«la previdenza deriva dal lavoro effettuato; l'assistenza è una forma generica d'intervento della collettività. La prima è volontaria (anche quando la legge la impone) perché vi è il concorso economico diretto del lavoratore. La seconda non è volontaria, ma dipende dall'iniziativa della collettività (anche quando la legge la impone)»*, o l'on. NOCE¹³², *«la distinzione tra previdenza e assistenza implica la precisazione che l'assistenza va data anche a tutte le persone che non godono della previdenza»*, o l'on. FANFANI¹³³, per cui ivi comprese le casalinghe, gli inoccupati e i disoccupati di lungo periodo.

In parallelo, la I Sottocommissione prosegue la discussione sui principi dei rapporti sociali, nelle sedute del 9 e 10 ottobre 1946, l'on. DOSSETTI¹³⁴, rispondendo ai testi proposti dall'on. LUCIFERO e dall'on. TOGLIATTI, presentava una proposta di articolo con specifica referenza al contenuto dell'una e dell'altra prestazione:

«In caso di malattia, di infortunio, di perdita della capacità lavorativa, di disoccupazione involontaria, il lavoratore ha diritto ad ottenere per sé e per la sua famiglia, ad opera di appositi istituti previdenziali, prestazioni almeno pari al minimo vitale e da aumentarsi in proporzione ai servizi da lui resi.

L'assistenza nella misura necessaria alle esigenze fondamentali della vita è garantita, ad opera di iniziative assistenziali, a tutti coloro che a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale o di contingenze di carattere generale, si trovino nella impossibilità di provvedere con il proprio lavoro a se stessi ed ai loro familiari».

Questa proposta era condivisa da MORO e da G. LA PIRA.

¹³¹ [legislature.camera.it/ dati/Costituente/Lavori/III_Sottocommissione/sed004/sed004nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/Costituente/Lavori/III_Sottocommissione/sed004/sed004nc.pdf) p. 23

¹³² Seduta 11 settembre 1946, AC, 1970, p. 2093.

[legislature.camera.it/ dati/Costituente/Lavori/III_Sottocommissione/sed004/sed004nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/Costituente/Lavori/III_Sottocommissione/sed004/sed004nc.pdf)

Diversa è la condizione di chi lavora e ha sempre lavorato; questi, in caso di malattia, di invalidità, di vecchiaia, ha diritto all'assistenza o alla pensione per quello che ha fatto o per quello che ha pagato; non si tratta qui di una pura e semplice assistenza da parte della collettività (...).

¹³³ 11 settembre p. 2097

¹³⁴ I sottocommissione, 9 ottobre

[legislature.camera.it/ dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed021/sed021nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed021/sed021nc.pdf)

Le questioni di cui si occupa DOSETTI, *«all'affermazione del diritto e del dovere da parte del cittadino di svolgere un'attività, segue quella che garantisce a chi lavora una retribuzione che gli assicuri un'esistenza libera e dignitosa; quindi si tiene conto dell'ipotesi di chi, per cause indipendenti dalla sua volontà, si trovi ad un certo momento nell'impossibilità di lavorare e quindi di provvedere a se e alla sua famiglia...infine si fa riferimento al caso dell'impossibilità radicale di svolgere un'attività lavorativa la quale rende necessaria la garanzia dell'esistenza.»* (seduta I sottocommissione 9 ottobre 1946).

L'on. BASSO¹³⁵ dissentì su tutti i concetti espressi nell'articolo, «*l'assoluta insufficienza della previdenza in forma assicurativa -che si basa sul concetto che il lavoratore versa una parte del suo salario per assicurarsi una determinata prestazione da parte degli enti assicuratori- la quale non soddisfa le necessità del lavoratore. È anche contrario al concetto di assistenza, di cui al secondo comma dell'articolo proposto, perché gli sembra che tale concetto racchiuda in sé quello di beneficenza, nel senso cioè che l'assistito debba avere della gratitudine per chi lo assiste*».

Invece, l'on TOGLIATTI¹³⁶, ritiene che «*in un Paese economicamente arretrato come l'Italia, sia difficile arrivare d'un balzo ad un'organizzazione assicurativa estesa a tutte le possibili forme di assicurazione; ed osserva che se ci si potesse mantenere legati al concetto di assicurazione, lasciando da parte gli istituti di previdenza, si farebbe opera costituzionalmente opportuna*».

Dopo questo dibattito viene introdotto un primo comma, «*chiunque è inabile, o per qualsiasi ragione, e senza sua colpa, è incapace di lavoro, ha diritto ad avere la sua esistenza assicurata dallo Stato*», che sarà completato con «*tutti i cittadini hanno diritto all'assicurazione sociale contro gli infortuni, le malattie, l'invalidità, la disoccupazione involontaria e la vecchiaia*» nella seduta del 10 ottobre 1946¹³⁷.

La terza ed ultima proposta di redazione è formalizzata nella III Sottocommissione, seduta del 26 ottobre 1946¹³⁸, dove il Presidente GHIDINI dà una nuova lettura degli articoli, e sostituisce quello che era stato approvato nella seduta dell'11 settembre 1946 con:

«*Dal lavoro consegue il diritto a mezzi adeguati per vivere in caso di malattia, di infortunio, di diminuzione o perdita della capacità lavorativa, di disoccupazione involontaria.*

¹³⁵ Seduta del 9 ottobre, op.cit.

legislature.camera.it/dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed021/sed021nc.pdf

BASSO:«*Si dichiara quindi, in linea di massima, contrario alla disposizione e favorevole ad un articolo, che dovrebbe essere il primo su questo argomento, in cui si affermi il diritto all'esistenza, in forza del quale lo Stato garantisce, a chi non è in condizione di poter lavorare, la possibilità di vivere. Sarebbe così possibile trattare questa materia come una estrinsecazione del diritto all'esistenza e non come una forma di previdenza*».

¹³⁶ Seduta del 10 ottobre 1946.

¹³⁷ Seduta del 10 ottobre 1946.

legislature.camera.it/dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed022/sed022nc.pdf

¹³⁸ Seduta del 26 ottobre 1946.

legislature.camera.it/dati/Costituente/Lavori/III_Sottocommissione/sed038/sed038nc.pdf

Ogni cittadino che, a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale o di contingenze di carattere generale, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza.

La Repubblica provvederà con speciali norme alla protezione del lavoratore e favorirà ogni regolamentazione internazionale diretta a tal fine».

L'unificazione dei due testi di ambedue le Sottocommissioni, fu realizzata da un comitato di coordinamento e posteriormente dal *Comitato dei diciotto*. Il testo del Progetto, citato all'inizio, si approvò accompagnato dalla relazione del Presidente della commissione per la costituzionale, MEUCCIO RUINI¹³⁹, il quale lo sintetizza in un'unica idea, «*si riferiscono ad istituti concreti il diritto dell'assistenza che spetta ad ogni individuo senza mezzi e senza capacità di lavoro ed il diritto particolare, che sorge dalla stessa prestazione di lavoro, alla previdenza ed alla «Sicurezza Sociale».*

Da quel momento, l'Assemblea Costituente prosegue la discussione generale del progetto della Costituzione della Repubblica italiana e non sarà fino alla seduta pomeridiana del 10 maggio 1974, l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo terzo della Parte prima del progetto di Costituzione, «Rapporti Economici», il cui testo finale afferma: «*Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari alla vita ha diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale.*

I lavoratori hanno diritto che siano loro assicurati mezzi adeguati per vivere in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria».

Tra gli emendamenti presentati al Progetto in sede di Assemblea Costituente, bisogna evidenziare i seguenti¹⁴⁰:

139

¹⁴⁰ Nella seduta del 29 aprile 1947:

[legislature.camera.it/ dati/costituente/lavori/Assemblea/sed105/sed105nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed105/sed105nc.pdf)

L'on. COLITTO: *Aggiungere i seguenti due commi: «La Repubblica, inoltre, assume gratuitamente l'educazione e l'avviamento al lavoro e professionale dei cittadini inabili, con speciale riferimento ai minorati della vista, per un dovere di solidarietà umana e sociale e col proposito di recuperarne alla collettività nazionale le residue capacità di lavoro. «La Repubblica assicura l'esercizio di questo diritto con la creazione di appositi istituti e di corsi specializzati, con borse di studio ed assegni familiari, e soprattutto con l'emanazione di norme per il collocamento obbligatorio e la previdenza per la vecchiaia degli inabili, servendosi degli enti, istituti ed organizzazioni esistenti o da costituire».*

L'on. VALENTI: *Aggiungere il seguente comma: «La Repubblica, inoltre, assume gratuitamente l'educazione e la rieducazione professionale dei cittadini inabili».*

L'on. MARIO RODINÒ: *Aggiungere il seguente comma: «La Repubblica assume gratuitamente l'educazione e la rieducazione professionale dei cittadini inabili e tutela il loro diritto al lavoro».*

Seduta antimeridiana 10 maggio 1947

L'on PUOTI: *Aggiungere alle ultime parole del primo comma le seguenti: «anche in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria»; Aggiungere al primo comma aggiungere il seguente: “Sempre che sia possibile e nelle forme e limiti stabiliti dalla legge, la retribuzione tenderà ad attuare la forma della partecipazione agli utili».*

L'on. MEDI: *Aggiungere un articolo 33-bis: «Ogni cittadino che non abbia la possibilità di provvedere alla propria esistenza, conforme alla dignità umana, ha diritto ad adeguate forme di assistenza».*

L'on. FOA: *Al secondo comma, sopprimere l'inciso: «in ragione del lavoro che prestano». Al terzo comma, sopprimere le parole: «ed integrati».*

Nella seduta pomeridiana del 10 maggio 1947:

[legislature.camera.it/ dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf)

Gli onn. CASO, COPPA e DE MARIA:

«Sopprimere il primo comma». «Al secondo comma, dopo la parola: malattia, aggiungere: generica o professionale». «Sostituire il terzo comma col seguente: “La previdenza e l'assistenza sanitaria sono un obbligo dello Stato, il quale vi provvede con istituti ed organi appositi e col concorso dei contribuiti dei produttori: l'assistenza sanitaria si baserà, nella scelta del personale e dei liberi esercenti l'arte sanitaria, sul rapporto di merito e di fiducia fra Enti ed assistiti».

L'on. ZUCCARINI: *Sostituire il primo comma col seguente: «L'assistenza nella disoccupazione e nella invalidità del lavoro è un dovere sociale e come tale assolto dalla Repubblica; l'assicurazione sociale è però dovere e diritto di ogni cittadino». «Sostituire il terzo comma col seguente: “All'assistenza e alla previdenza provvedono Istituti promossi e integrati dallo Stato, che costituiranno Enti autonomi democraticamente organizzati. I loro patrimoni contribuiscono a formare un Fondo nazionale destinato all'emancipazione del lavoro».*

Gli onn. RODINÒ MARIO, VALENTI, COLITTO: *«Sostituire il primo comma col seguente: “La Repubblica si assume l'educazione e rieducazione professionale dei cittadini non abbienti, inabili e minorati, proteggendo con speciali leggi il loro diritto al lavoro, e provvede al mantenimento ed all'assistenza sociale di quelli di essi che risultano colpiti da incapacità assoluta fisica e mentale».*

L'on. TERRANOVA: *Sostituire il terzo comma col seguente: «All'assistenza ed alla previdenza provvedono istituti ed organi predisposti od integrati dallo Stato, il quale peraltro favorisce le sane iniziative della privata beneficenza».*

L'on. MEDI E FEDERICI MARIA: *Sostituire il terzo comma col seguente: «Lo Stato promuove e favorisce l'assistenza e la previdenza sociale».*

L'on. CAPPELLETTI e unitamente l'on. RUMOR: *«Al terzo comma, alle parole: predisposti ed integrati, sostituire: predisposti od integrati».*

L'on. COLITTO: *Aggiungere i seguenti due commi: «La Repubblica assume l'educazione, rieducazione e l'avviamento professionale dei cittadini inabili e minorati, proteggendo con speciali leggi il loro diritto e collocamento al lavoro». «Provvede al mantenimento ed all'assistenza sociale di quelli di essi che risultano colpiti da incapacità assoluta e permanente fisica o mentale».*

L'on. ZUCCARINI: *Sostituire il primo comma col seguente: «L'assistenza nella disoccupazione e nell'invalidità del lavoro è un dovere sociale e come tale assolto dalla Repubblica: l'assicurazione sociale è però dovere e diritto di ogni cittadino»; Sostituire il terzo comma col seguente: “All'assistenza e alla previdenza provvedono Istituti promossi e integrati dallo Stato, che costituiranno Enti autonomi democraticamente organizzati. I loro patrimoni contribuiscono a formare un Fondo nazionale destinato all'emancipazione del lavoro».*

Gli onn. RODINÒ MARIO, VALENTI E COLITTO: *Sostituire il primo comma col seguente: «La Repubblica si assume l'educazione e rieducazione professionale dei cittadini non abbienti, inabili e minorati, proteggendo con speciali leggi il loro diritto al lavoro, e provvede al mantenimento ed all'assistenza sociale di quelli di essi che risultano colpiti da incapacità assoluta fisica o mentale».*

L'on. CONDORELLI: *Sostituire il terzo comma col seguente: «All'assistenza e previdenza provvedono, con integrazione dello Stato, istituti ed organi regolati dalla legge».*

L'on. TERRANOVA: *Sostituire il terzo comma col seguente: «All'assistenza ed alla previdenza provvedono istituti ed organi predisposti od integrati dallo Stato, il quale per altro favorisce le sane iniziative della privata beneficenza».*

Gli onn. MEDI E FEDERICI MARIA: *sostituire il terzo comma col seguente: «Lo Stato promuove e favorisce l'assistenza e la previdenza sociale».*

L'on. COLITTO: *Aggiungere i seguenti due commi: «La Repubblica assume l'educazione, rieducazione e l'avviamento professionale dei cittadini inabili e minorati, proteggendo con speciali leggi il loro diritto e collocamento al lavoro. Provvede al mantenimento ed all'assistenza sociale di quelli di essi che risultano colpiti da incapacità assoluta e permanente fisica o mentale».*

Gli onn. MAZZEI e LA MALFA¹⁴¹ proposero la soppressione delle parole «*al mantenimento*», osservando che «*il mantenimento (...) non può che andare a carico della famiglia, non già dello Stato (...)* Lo Stato ha il dovere dell'assistenza e la assistenza ha una serie di gradi. Può essere più o meno intensa a seconda dei casi e solo in qualche caso giunge a quella intensità per cui si può dire che lo Stato mantiene gli inabili al lavoro»; il relatore GHIDINI¹⁴² non accettò la proposta (poi respinta in sede di votazione) e affermò che «*la Costituzione ha creduto di porre questo obbligo (dello Stato) del mantenimento, il quale potrà essere ridotto anche al puro necessario, appunto perché si tratta del diritto alla vita, del diritto fondamentale, di un bisogno insopprimibile*».

Gli onn. LACONI, CEVOLOTTO, TARGETTI, MORO e TAVIANI¹⁴³, presentano emendamenti congiunti, che vengono approvati nella seduta del 10 maggio, sostituendo il comma terzo, con il seguente testo, sopprimendo l'inciso «*in ragione del lavoro che prestano*» perché «*avrebbe supposto che la legislazione in materia di previdenza e assicurazione sociale, domani, dovesse orientarsi in un determinato senso, senso in cui attualmente è diretta e indirizzata, e ciò avrebbe fatto supporre un riferimento a quei criteri di assistenza mutualistica che oggi sono in vigore. Noi desideriamo invece che il legislatore futuro abbia una libertà più ampia e possa adottare criteri che gli appariranno più adatti alla situazione e più efficaci*» e d'altra parte non credevano che lo Stato dovesse avere un monopolio sull'assistenza.

L'on. MERIGHI¹⁴⁴, propone di aggiungere «*in caso di morte la famiglia ha diritto alla pensione*». Fu rifiutata a votazione. Chiarificatrice fu la risposta data da LACONI, «*non accettare questo emendamento, per quanto io concordi con lo spirito che lo ha dettato, solo perché ritengo che non sia materia di costituzione*».

Gli onn. LACONI, CEVOLOTTO, TARGETTI, MORO, TAVIANI, «*Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari ha diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale*». «*I lavoratori hanno diritto che siano loro assicurati mezzi adeguati per vivere in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*». «*Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione ed all'avviamento professionale*». «*Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti od integrati dallo Stato*». «*L'assistenza privata è libera*».

¹⁴¹ Seduta pomeridiana 10 maggio 1947, op. cit.

legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf

¹⁴² Op. Cit. Seduta pomeridiana 10 maggio 1947, op. cit.

legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf

¹⁴³ Op. Cit. 10 maggio 1947, assemblea pomeridiana, op. Cit.

legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf

¹⁴⁴ Seduta 10 maggio 1947 op. Cit.

Infine, un altro emendamento che va rilevato fu la proposta dell'on. CAMANGI¹⁴⁵, «a tale previdenza provvedono, con l'eventuale concorso dello Stato, organi ed istituti gestiti o controllati dai lavoratori interessati». Secondo lui, l'articolo 34 «in un certo senso, chiuda le porte a questa riforma che è ormai auspicata da tutti. Bisogna invece trovare un sistema più sciolto, più snodato, più rispondente, soprattutto di più pronto intervento (...) Potremo pensare a una polizza che copra tutti i rischi: quello dell'infortunio sul lavoro e fuori del lavoro, della malattia, della invalidità e vecchiaia; una polizza del tipo misto per cui il lavoratore a 45-50 anni possa disporre di un suo gruzzolo per farsi una diversa vita, per lavorare in maniera diversa, data l'età cui è arrivato». Ciononostante, l'emendamento viene respinto dall'Assemblea Costituente nella medesima seduta¹⁴⁶.

Questo testo passerà dal Comitato di redazione prima della votazione finale in Assemblea e sarà distribuito ai Deputati il 20 dicembre 1947, con due modifiche, «mezzi necessari alla vita» invece di «mezzi necessari per vivere», e «diritto che siano loro assicurati mezzi adeguati per vivere» con «diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita». Il 22 dicembre 1947, nella seduta antimeridiana, l'Assemblea Costituente¹⁴⁷ approvò il testo definitivo che resiste fino ai nostri giorni.

In Spagna, gli 34 e 35 della bozza del progetto¹⁴⁸, regolavano la materia nel modo seguente:

¹⁴⁵ Seduta 10 maggio 1947, pomeridiana, op. Cit.

[legislature.camera.it/ dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf)

¹⁴⁶ Seduta 10 maggio 1947 pomeridiana, op. Cit.

[legislature.camera.it/ dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed120/sed120nc.pdf)

Gli risponde l'on. DI VITTORIO, «L'emendamento dell'onorevole Camangi suona simpaticamente ai lavoratori, ma non possiamo approvarlo per due ragioni essenziali: la prima è che l'onorevole Camangi richiama un concetto privatistico di assicurazione e noi invece vogliamo che si attui in questo campo un concetto di Stato, perché il concetto di previdenza non può essere disgiunto dal concetto di solidarietà fra tutti i lavoratori del Paese e a questa previdenza solidale in favore di tutti i lavoratori può provvedere solamente lo Stato. In secondo luogo desideriamo affermare che, attraverso la previdenza statale, la collettività nazionale adempie un suo dovere verso i lavoratori che si trovano in condizioni di non potersi guadagnare la vita»,

¹⁴⁷ RUINI: «Una sola proposta si ha per i rapporti economici. Pieno consenso vi è per il rimanente; così per l'articolo 36 dove il Comitato ha riparato ad un'evidente svista del testo originario, che, per la regolazione con legge della giornata lavorativa, parlava di «durata» e non di «durata massima»; e così per altre migliorie di forma, come quella che all'articolo 38 richiama i diritti dei lavoratori alla previdenza ed all'assicurazione».

[legislature.camera.it/ dati/costituente/lavori/Assemblea/sed346/sed346nc_3567.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed346/sed346nc_3567.pdf)

¹⁴⁸ BOC, n. 44, del 5 gennaio del 1978, p. 675.

www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF

Nello stesso numero si raccolgono i voti personali formulati dai relatori; del gruppo Socialista della Camera dei Deputati risalta, la proposta di soppressione per l'art. 34 e la sua sostituzione del testo

Art. 34.1: *«I poteri pubblici assicurano la protezione economica, giuridica e sociale della famiglia, in particolare per mezzo di prestazioni sociali, di disposizioni fiscali e di qualsiasi altra misura adeguata».*

Art. 35: *«I poteri pubblici assumono l'obbligo prioritario di fomentare una politica che assicuri il pieno impiego, la formazione e il reinserimento professionali, il valore per la sicurezza e l'igiene sul lavoro, e garantisca il riposo necessario mediante i limiti della giornata lavorativa, le vacanze periodiche retribuite e la proclamazione di centri adeguati e che protegga e mantenga un regime pubblico di Sicurezza Sociale per tutti».*

Del totale degli emendamenti presentati¹⁴⁹, sono due quelli che incanaleranno il testo verso il futuro art. 41 della Costituzione Spagnola (CS): l'emendamento n. 706,

dell'art. 36, dove si raccolgono idee importanti, come quella del riconoscimento formale del diritto alla Previdenza Sociale:

«1. Tutti i cittadini hanno diritto a un'adeguata protezione della propria salute e alla Sicurezza Sociale. 2. Lo Stato garantirà il soddisfacimento di questi diritti mediante l'organizzazione e il mantenimento, di per sé o attraverso enti pubblici specializzati, di organismi che proteggano situazioni di malattia, invalidità per il lavoro, vecchiaia, disoccupazione involontaria, stato vedovile, stato di orfanità, così come altri casi di necessità non determinabili. Il sistema di Sicurezza Sociale organizzerà la propria azione in modo tale da raggiungere una protezione sufficiente, un altro effettivo reinserimento delle persone nella vita attiva e un'efficace redistribuzione del reddito basato sul principio di solidarietà. 3. L'assistenza e la previdenza complementare sono libere, etc.» Nel BOCG, n. 44, del 5 gennaio del 1978, op.cit. p. 715.

¹⁴⁹ www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf

Emendamento n. 2 dell'on. CARRO MARTÍNEZ, *«deve avere come paragrafo unico il numero 1, sopprimendosi l'espressione finale "e di qualsiasi altra misura adeguata". Devono anche sopprimersi i paragrafi 2 e 3 per essere di Diritto Civile e legge ordinaria».*

Emendamento n. 35 dell'on. FUENTE DE LA FUENTE, *«i poteri pubblici assicurano la protezione economica, giuridica e sociale della famiglia, stabilendo oltre alla protezione civile e penale, prestazioni sociali, disposizioni fiscali e qualsiasi altra misura adeguata».*

Emendamento n. 699 dell'on. CALVET PUIG, *«i poteri pubblici assicurano la protezione economica, giuridica e sociale della maternità e della famiglia, per mezzo di prestazioni sociali, di disposizioni fiscali e di programmi di pianificazione familiare a carico della Sicurezza Sociale, e di qualsiasi altra misura adeguata. Tra i metodi di questa pianificazione si potrà includere l'interruzione di gravidanza, nelle condizioni fissate dalla legge».*

Emendamento n. 23 dell'on. JARABO PAYÁ, *«si propone la sostituzione del termine «proclamazione» centri adeguati con «creazione» di centri adeguati».*

Emendamento n. 259 del GRUPPO PARLAMENTARE DI SOCIALISTES DE CATALUNYA, *«Art. 35. I poteri assumono l'obbligo prioritario di fomentare una politica che assicuri il pieno impiego e la formazione e reinserimento professionali; vigilare per la sicurezza e igiene nel lavoro; garantire il riposo necessario mediante la limitazione della giornata lavorativa, vacanze periodiche retribuite e la promozione di centri adeguati, e vigilare per l'adeguata protezione e difesa dei lavoratori spagnoli emigranti».*

Emendamento n. 381 del GRUPPO PARLAMENTARE DI SOCIALISTAS DEL CONGRESO, *«i poteri pubblici assumono l'obbligo prioritario di fomentare una politica che assicuri il pieno impiego e la formazione professionale, vigilare per la sicurezza o l'igiene sul lavoro, garantire il riposo necessario mediante la limitazione della giornata lavorativa, vacanze periodiche retribuite e la promozione di centri adeguati e di vigilare per l'adeguata protezione e difesa dei lavoratori spagnoli emigranti».*

Emendamento n. 451 dell'on. GÜEL DE SENTMENAT, *«i poteri pubblici assumono l'obbligo periodico di fomentare una politica che tenda al pieno impiego e assicuri la formazione e il reinserimento professionali...»*

presentato dall'on. RAMÓS CAMARERO, che afferma questo *«i poteri pubblici manterranno un regime giuridico di Sicurezza Sociale per tutti i cittadini che garantisca prestazioni sociali dignitose e sufficienti e l'assicurazione per la disoccupazione; e l'emendamento n.35, presentato dall'on. DE LA FUENTE, nei seguenti termini: «lo Stato stabilirà un regime pubblico generale di Sicurezza Sociale per tutti gli spagnoli e stimolerà e proteggerà i sistemi complementari che i gruppi sociali stabiliscano».*

Nella Relazione, prendendo in considerazione questi emendamenti, si redasse un art. 37 in questi termini¹⁵⁰: *«I poteri pubblici manterranno un regime pubblico di Sicurezza Sociale per tutti i cittadini che garantisca prestazioni sociali dignitose e sufficienti e l'assicurazione per la disoccupazione. L'assistenza e le prestazioni complementari saranno libere».*

La Commissione avallò il testo nel suo Dettame, mantenendo l'emendamento n.35 del Gruppo di Alianza Popular, basato su due punti, lo stimolo ai sistemi di protezione complementare e la sostituzione delle formule generiche come «cittadini», «poteri pubblici» e «regime pubblico», con riferimenti nazionali come «spagnoli», «lo Stato», «regime pubblico generale». Con questo si cercava di evitare disuguaglianze per regioni o per settori dell'attività economica¹⁵¹, di proteggere le mutualità di sicurezza

Emendamento n. 488 dell'on. SANCHEZ AYUSO, *«bisogna aggiungere alla fine la seguente espressione: ...promuovere un sistema democratico di pianificazione economica e sociale e fomentare l'obiettivo di uguaglianza tanto personale quanto territoriale».*

Emendamento n. 691 dell'on. LÓPEZ RODÓ, *«sostituire la parola "proclamazione" con la parola "promozione"».*

Emendamento n. 779 del GRUPPO PARLAMENTARE UNIÓN DE CENTRO DEMOCRÁTICO (UCD), *«i poteri pubblici fomentano una politica orientata al pieno impiego e alla stabilità economica; si adoperano per la formazione e il reinserimento professionali; vigilano per la sicurezza e l'igiene sul lavoro».*

¹⁵⁰ BOC n. 82, del 17 aprile del 1978, p. 1546.

www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_082.PDF

¹⁵¹ Diario delle Sessioni della Camera dei Deputati, n. 108, 12 luglio 1978, p. 4144.

www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_108.PDF

«mi sembra che siano importanti queste parole che voglio introdurre nel testo, e che non possono essere sostituite nella loro intenzionalità politica e sociale con il semplice riferimento a tutti i cittadini, poiché con questo semplice riferimento si potrebbe verificare il caso che la Sicurezza Sociale raggiunga tutti i cittadini, ma continuandosi a mantenere specialità discriminatorie e disuguaglianze ingiustificate, tanto nei regimi di prestazioni con questo sistema di finanziamento quanto per i cittadini di una regione o di altre sottomesse alle competenze di alcuni poteri pubblici».

sociale volontarie¹⁵², e di sopprimere le allusioni all'assicurazione per la disoccupazione¹⁵³.

Ciononostante, i timori su cui si fonda questo emendamento sembrano infondati; da un lato, che i «poteri pubblici» delle Comunità Autonome possano stabilire regimi diversi di Sicurezza Sociale¹⁵⁴, è privo da qualsiasi dubbio per ciò che dispone l'art. 149.1.17^a, secondo il quale lo Stato ha competenza esclusiva sulla «legislazione di base e regime economico della Sicurezza Sociale, senza danneggiare l'esecuzione dei servizi da parte delle Comunità Autonome».

Dall'altro lato, la menzione di un «regime pubblico “generale” di Sicurezza Sociale» all'interno di una norma di carattere programmatico, com'è l'art. 41 CE, oltre a generare ipotetiche discriminazioni regionali, avrebbe obbligato a cercare la soppressione dei regimi speciali di Sicurezza Sociale¹⁵⁵.

D'altro canto, poteva essere lodevole la protezione statale delle entità di Sicurezza Sociale complementare, però con il testo che l'on. De la Fuente proponeva sarebbero apparse anche le entità con fini di lucro¹⁵⁶.

A questo emendamento, si oppose l'on. DE VICENTE MARTIN del Gruppo Socialista, intendendo che il principio di uguaglianza di tutti gli spagnoli di fronte alla Legge è garanzia sufficiente affinché non si producano discriminazioni, al contrario, la generalizzazione difesa dall'on. De la Fuente avrebbe potuto portare ad affidare ai poteri pubblici soltanto un regime di base di prestazioni minime: *«perché se l'uniformità o l'uguaglianza si stabilisce per livelli minimi, faremmo una previdenza sociale da poveri e non una previdenza sociale di livelli accettabili¹⁵⁷»*.

¹⁵² Diario delle Sessioni della Camera dei Deputati n. 108...op.cit. p.4145.

«Le modalità che si possono adottare sono multiple, e la loro attività non può essere indifferente a tutti i poteri pubblici che non possono limitarsi a lasciarle libere, come se si trattasse di società assicurative o di imprese commerciali».

¹⁵³ Diario delle Sessioni della Camera dei Deputati n. 108...op.cit. p. 4145.

«tra le altre cose, perché tecnicamente è molto incerto che la protezione contro la disoccupazione sia un'assicurazione e faccia parte della stessa previdenza sociale. Tutto questo è discutibile, la tecnica moderna tende a separare l'una e le altre cose, Per questo, forse, sarebbe meglio come inciso indipendente riferito alla protezione efficace contro la disoccupazione».

¹⁵⁴ BARRADA, A.: “Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978”, *Revista de Seguridad Social*, 1979, n. 2, p. 71.

¹⁵⁵ BARRADA, A.: “Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978...op. cit. p. 71.

¹⁵⁶ BARRADA, A.: “Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978...op.cit. p. 71.

¹⁵⁷ Diario delle Sessioni della Camera dei Deputati, n. 108...op.cit. p. 4147. Sosteneva che *«al contrario, noi crediamo che la previdenza sociale debba strutturarsi all'interno di questo livello di sufficienza in due aree di azione: una minima di base per tutti i cittadini e un'altra professionale. La prima finanziata mediante esazioni fiscali, cioè, mediante imposte; la seconda finanziata mediante esazioni parafiscali, cioè, mediante quote. Concedendo la prima, si darebbero prestazioni collettive e uniformi per tutti i*

Questo porterebbe a una riprivatizzazione della Sicurezza Sociale, poiché intende che la previdenza sociale complementare: *«deve essere libera, correttamente, ma non deve mai avere uno stimolo statale. Per noi, per così dire, un lusso che si appoggia sull'esistenza previa di prestazioni sufficienti, che devono essere gestite, a seconda se si tratti di livello di base o di livello complementare, ma che, in ogni caso, la previdenza sociale complementare sia qualcosa di innecessario, qualcosa in cui i cittadini non si vedano obbligati ad entrare a conseguenza delle insufficienze del regime di Sicurezza Sociale».*

È paradossale come in questo dibattito la posizione egualitaria e interventzionista, e socialista da ultimo, fu difesa dal rappresentante del gruppo parlamentare di Alianza Popular e la posizione liberale dal rappresentante del gruppo parlamentare Socialista, poiché all'inizio, probabilmente sia corretto affermare che per garantire l'eliminazione delle discriminazioni regionali basta la consacrazione costituzionale al principio di uguaglianza davanti alla Legge, però la difesa di un regime pubblico di Sicurezza Sociale con due livelli, uno minimo e di base, uguale per tutti i cittadini e finanziato per via fiscale, e un altro professionale, differenziato e finanziato mediante quote, non è del tutto coerente con una posizione socialista¹⁵⁸.

Giunto al Senato il Progetto di Costituzione, l'art. 37 del progetto mandato dalla Camera dei Deputati, fu sottomesso a vari emendamenti¹⁵⁹, evidenziando quelli

cittadini, e concedendo la seconda, prestazioni differenziate che garantiscano un'equiparazione reale tra il reddito di attività di chi è lavoratore per conto proprio o altrui, e il reddito di sostituzione concesso dall'azione protettrice della previdenza sociale».

¹⁵⁸ BARRADA, A.: "Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978...op.cit. p.72.

¹⁵⁹ www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmsenado.pdf

Emendamento n. 28 di PROGRESISTAS Y SOCIALISTAS INDEPENDIENTES (PSI): *«Un regime pubblico di Sicurezza Sociale garantirà le prestazioni sociali e sanitarie a tutti i cittadini, così come l'assicurazione per la disoccupazione»;*

Emendamento n. 376 dell'on. DE PRADO Y COLÓN DE CARVAJAL: *«I poteri pubblici manterranno un regime pubblico di Sicurezza Sociale finanziato attraverso il preventivo nazionale, per tutti i cittadini che garantisca prestazioni sociali dignitose e sufficienti, incluse quelle dell'assicurazione di disoccupazione»;*

Emendamento n. 429 dell'on. LANDABRU GONZALEZ : *«I poteri pubblici manterranno un regime pubblico di Sicurezza Sociale per tutti i cittadini, paghino i contributi o meno, che garantisca prestazioni dignitose e sufficienti e l'assicurazione per la disoccupazione. L'assistenza e le prestazioni complementari saranno libere».*

Emendamento n. 473 dell'on. SIRINAC DAMIANS:*«1. I poteri pubblici manterranno un regime pubblico di Sicurezza Sociale per tutti i cittadini che garantisca prestazioni sociali dignitose e sufficienti e l'assicurazione per la disoccupazione. L'assistenza e le prestazioni complementari saranno libere. 2. Gli stati che compongono la confederazione si riservano la responsabilità dell'assicurazione sociale. 3. La confederazione avrà solo la funzione di supplenza. 4. In questo caso il finanziamento andrà integralmente con carico all'esercizio finanziario».*

presentati dall'on. CELA Y TRULOCK, emendamento n. 161, con il seguente tenore: «*i poteri pubblici assicurano alla persona la prestazione dignitosa e sufficiente della Sicurezza Sociale e l'assicurazione per la disoccupazione*»; e il n. 867 dell'on. HURTADO SIMÓN, secondo il quale l'espressione «*“assicurazione per la disoccupazione” doveva essere eliminata perché anacronistica*¹⁶⁰: “1. I poteri pubblici manterranno un regime di base e uniforme di Sicurezza Sociale per tutti i cittadini che garantisca prestazioni sociali dignitose e sufficienti, I poteri pubblici accoglieranno con efficacia le prestazioni per la disoccupazione”.”2. La gestione dell'assistenza e la previsione complementari saranno libere».

Per alcuni autori, richiama potentemente l'attenzione il fatto che, salvo gli emendamenti n. 382 e n. 1054 che proponevano il riconoscimento del diritto alla Sicurezza Sociale come diritto forte, non ne esistessero altri di maggiore profondità che proponessero l'ubicazione sistematica del precetto costituzionale all'interno della prima sezione¹⁶¹.

Infine, il Dettame della Commissione del Senato¹⁶², spostò l'art. 37 alla posizione dell'art. 41, aggiungendo alle prestazioni sociali quelle sanitarie e omettendo ogni riferimento all'assistenza e alle prestazioni complementari, la Seduta Plenaria del Senato approvò il seguente testo¹⁶³: «*Un regime pubblico di Sicurezza Sociale garantirà le prestazioni sociali e sanitarie a tutti i cittadini, così come l'assicurazione per la disoccupazione*».

Secondo quanto disposto dalla Legge per la Riforma Politica, quando si producono discrepanze tra i testi approvati dalla Camera dei Deputati e dal Senato, si

Emendamento n. 716, di UNIÓN DE CENTRO DEMOCRÁTICO (UCD): «*I poteri pubblici manterranno un regime di Sicurezza Sociale per tutti i cittadini, con particolare attenzione all'assicurazione per la disoccupazione. L'assistenza e le prestazioni complementari saranno libere*».

Emendamento n. 1054 di SOCIALISTAS DEL SENADO: «*Lo stato organizzerà e accoglierà di per sé o attraverso enti pubblici specializzati, un sistema di Sicurezza Sociale, basato su formule di assistenza e previdenza obbligatoria. Il sistema garantirà ai cittadini il diritto a una protezione sufficiente davanti a situazioni di necessità a loro non imputabili che gli impedisca di procurarsi i mezzi necessari per vivere e orienterà la propria azione in modo da ottenere un effettivo reinserimento delle persone alla vita attiva e un'efficace redistribuzione del reddito, basato sul principio di solidarietà. L'assistenza e le prestazioni complementari saranno libere*».

¹⁶⁰ Diario delle Sessioni del Senato, n. 46 del 30 agosto del 1978, p. 2074.

www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_046.PDF

¹⁶¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social”, in MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M.N. (dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 1436.

¹⁶² BOC n. 157, 6 ottobre del 1978, p. 3422.

www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_157.PDF

¹⁶³ BOC n. 161, 13 ottobre del 1978

www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_161.PDF

dovrebbe costituire una Commissione Mista di Deputati e Senatori¹⁶⁴, che arrivi ad un unico testo da essere sottoposto alle Sedute Plenarie di entrambe le Camere¹⁶⁵. In seno alla stessa si effettuarono alcuni ritocchi: in particolare, invece di fare riferimento a «prestazioni dignitose e sufficienti» e «assicurazione per la disoccupazione», si parlava adesso di «assistenza e prestazioni sufficienti davanti a situazioni di necessità, specialmente in caso di disoccupazione», uniformando, in questo modo, la redazione del vigente art. 41CS.

4. L'ART. 38 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA E L'ART. 41 DELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA, QUALI MODELLI COSTITUZIONALI DI SICUREZZA SOCIALE?

4.1. Interpretazioni normative e dottrinali

Il semplice confronto tra l'articolo 38 CI e il suo omologo spagnolo, l'articolo 41 CS, lascia intravedere la similitudine di elementi che forgiarono la definizione del modello di Sicurezza Sociale; così, l'uno parla di «*diritto al mantenimento e all'assistenza sociale*» l'altro esige «*che garantisca l'assistenza*»; l'uno parla di «*in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*», l'altro dei riferimenti come «*situazioni di necessità*»; l'uno deve livellare «*mezzi adeguati alle loro esigenze di vita*», l'altro elargire «*prestazioni sociali sufficienti*»; l'uno incarica «*organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato*» l'altro lo fa ad un «*regime pubblico di Sicurezza Sociale*»; o infine il ruolo riservato ai regimi complementari, «*l'assistenza privata è libera*» e «*le prestazioni complementari saranno libere*».

Ciononostante, emerge anche una delle loro maggiori differenze, l'art. 41 CS, a differenza del precetto italiano, non si definisce in chiave soggettiva, né rimanda espressamente al suo naturale destinatario, il cittadino, ma il legislatore, al quale corrisponde sviluppare il sistema. Sebbene, anche se il testo dell'art. 41 CS sia rifuggito dal termine diritto, che include in altri articoli contigui, non debba darsi eccessiva

¹⁶⁴ BOC n.170, 28 ottobre del 1978, p. 3708.

www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_170.PDF

¹⁶⁵ I Presidenti di entrambe le Camere comunicano al Presidente delle Camere i risultati della votazione e questi dichiarò formalmente approvato il Dettame della Commissione Mista, BOC n.177, 6 novembre del 1978, www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_177.PDF, che sarebbe stato approvato per referendum.

importanza ad una redazione in forma di mandato ai poteri pubblici¹⁶⁶, che abbia però dei destinatari chiari e concreti¹⁶⁷.

E, infatti, senza contare quante differenze possano essere risolte in modo specifico per ogni enunciato, come si descrive nei seguenti capitoli, si può constatare una relazione e un'influenza della Costituzione transalpina su quella iberica, come ha costatato la dottrina più solida di entrambi i paesi¹⁶⁸.

Da una prospettiva più ampia, alcuni autori considerano che siamo in presenza di «due sistemi che si influenzano reciprocamente». Con ragione, stuiscono che «(è) noto che tra Italia e Spagna esiste un fecondo rapporto di reciproco condizionamento nella costruzione dell'assetto istituzionale: la Costituzione italiana del 1948 si è largamente ispirata alla Costituzione della repubblica spagnola del 1931, mentre la Costituzione della Spagna democratica del 1978 ha guardato alla esperienza istituzionale italiana¹⁶⁹».

Chiaramente, il precedente costituzionale immediato di entrambe le norme è la Costituzione della II Repubblica Spagnola del 1931¹⁷⁰, il cui articolo 46, per la prima

¹⁶⁶ La Corte Costituzionale, nella Sentenza C. cost. 37/1994, del 10 febbraio, ha riconosciuto «la garanzia istituzionale del sistema di previdenza sociale, imponendo l'obbligo rispetto dei tratti che la rendono riconoscibile allo stato attuale della coscienza sociale, implica il carattere pubblico del menzionato sistema» e impedisce che «si questionino i tratti strutturali dell'istituzione previdenza sociale».

¹⁶⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La configuración constitucional de la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, 2008, n. 6, p. 71, segnala che «il fatto che la Costituzione si riferisca al diritto alla cultura o all'abitazione e non al diritto alla sicurezza sociale, non indebolisce la posizione soggettiva del possibile beneficiario della previdenza sociale, senza alcun dubbio, con maggiore «garanzia costituzionale» di quella del diritto dell'aspirante ad accedere a un'abitazione o ad essere più colto, materie in cui si può parlare, invece, di obblighi promozionali, mentre nella sicurezza sociale, i poteri pubblici si impongono compiti molto concreti e specifici, il mantenimento di un «regime» che elargisca prestazioni sociali a soggetti concreti.

¹⁶⁸ GIUNGUI, G.:

¹⁶⁹ FONT i LLOVET, T. e MERLONI, F.: «Il regionalismo spagnolo tra riforma costituzionale e riforma statutaria», *Le Regioni* n. 6, 2005, p. 1179.

¹⁷⁰ Art. 46: «Il lavoro, nelle sue diverse forme, è un obbligo sociale, e godrà della protezione delle leggi. La Repubblica assicurerà a ogni lavoratore le condizioni necessarie per un'esistenza dignitosa. La sua legislazione sociale regolerà i casi di assicurazione contro malattie, infortuni, disoccupazione forzata, vecchiaia, invalidità e morte; il lavoro delle donne e dei giovani e in particolare la protezione della maternità; la giornata lavorativa e il salario minimo e familiare; le vacanze annuali retribuite; le condizioni dell'operaio spagnolo all'estero; le istituzioni di cooperazione, la relazione economico giuridica dei fattori che integrano la produzione; la partecipazione degli operai nella direzione, l'amministrazione e i benefici delle imprese, e tutto quello che riguardi la difesa dei lavoratori».

Bisogna citare anche l'art. 47 poiché suppone una novità per la Spagna rurale della tappa pre-repubblicana, che costituiva la parte più numerosa del paese e quella emarginata per eccellenza: «La Repubblica proteggerà il contadino, e a tal fine legifererà, tra le altre materie, sul patrimonio familiare non pignorabile ed esente da ogni tipo di imposta, sul credito agricolo, sull'indennizzo per perdita dei raccolti, sulle Cooperative di consumo, sulle Casse di previdenza...»

SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La segunda República*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, p. 45-46, sebbene in entrambi gli articoli si raccolgono le interpretazioni del Legislativo sul lavoro e la protezione del lavoratore, e in entrambi

volta, fa entrare la protezione sociale in un testo costituzionale¹⁷¹, quando segnala che «*la Repubblica assicurerà ad ogni lavoratore le condizioni necessarie per un'esistenza dignitosa*», e fa aggiungere a continuazione, tutta una serie di situazioni e contingenze che dovrebbe regolare la legislazione sociale, così come accade nella Costituzione italiana del 1947, e così come scartata quella spagnola del 1978.

Conviene avvertire, nonostante questo, che sebbene gli artt: 38 CI e 41 CS costituiscano l'appoggio vitale di base, bisogna metterli in relazione con altri elementi per chiarire il loro vero significato, cioè, rispetto allo stesso processo costituente e al loro contesto storico (come si è visto nel paragrafo precedente), rispetto ai trattati internazionali di cui entrambi gli Stati fanno parte (accordi e raccomandazioni dell'ILO-Organizzazione Internazionale del Lavoro-, regolamenti e direttive dell'Unione Europea, ed accordi bilaterali), rispetto al resto del testo costituzionale, per potergli conferire una maggiore coerenza e sistematicità, poiché non è possibile separare l'interpretazione della Costituzione dall'interpretazione delle norme legali che riguardano o sviluppano diritti fondamentali, visto che in esse, si delucida proprio il loro raggiungimento reale,¹⁷² e, certamente, con l'estesa ma ambivalente giurisprudenza costituzionale¹⁷³.

Nonostante il termine Sicurezza Sociale sia impiegato tale e quale negli articoli spagnoli, a differenza del testo costituzionale italiano, richiama l'attenzione il fatto che gli elementi concettuali dello stesso termine Sicurezza Sociale compaiano distribuiti nel corso di entrambi i testi.

Addirittura, c'è chi segnala che sia proprio in questi altri articoli che lo circondano, che si possono apprezzare fondamenti di maggiore interesse più che il suddetto articolo 41 in sé¹⁷⁴, o chi indica l'ironica contraddizione tra gli uni e gli altri, com'è il caso dell'art.40 e 41 CS, dove si sostiene il pieno impiego e la lotta contro la disoccupazione, quando, dato uno, non esisterebbe l'altro¹⁷⁵. Nel caso italiano, sebbene

traspare la visione della Camera costituente intorno al tema lavorativo, ma si è *minimizzata una delle questioni della Repubblica: quella della Previdenza Sociale del produttore.*

¹⁷¹ Nel dibattito costituente, il portavoce socialista affermava erroneamente che la costituzione del 1978 rappresentava la prima volta della costituzionalizzazione della previdenza sociale in Spagna.

¹⁷² RODRIGUEZ PIÑERO M. "Justicia constitucional y Derecho del Trabajo", nel volume *Constitución Española y Derecho del Trabajo (1981-1991)*, Marcial Pons, 1992, pág. 433

¹⁷³ (Cinelli manual seg sog verde)

¹⁷⁴ BORRAJO DACRUZ, E.: "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España", *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pág. 26 y 27.

¹⁷⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: "La Seguridad Social y la constitución de 1978", *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1981, p. 119.

sia vero che la Costituzione repubblicana non accoglie esplicitamente l'idea della Sicurezza Sociale, in più punti è veramente orientata all'affermazione dei suoi principi.

In questo senso, bisogna soffermarsi, in quanto a regolazione dogmatica, sugli articoli che si riferiscono al dovere di solidarietà (art. 4 CI), sul principio di eguaglianza sostanziale (art. 3 CI e art.14 CS); la tutela giudiziaria effettiva (art. 24 CI e 24 CS); sulla tutela della famiglia e della maternità (art. 31 CI ed art. 39 CS); sulla tutela della salute (art. 32 CI e art. 43 CS); diritto alla promozione attraverso il lavoro e la remunerazione sufficiente (artt. 35, 36 CI e art. 35 CS); al trattamento e alla riabilitazione dei disabili fisici (art. 49 CS) e alla sufficienza economica dei cittadini nel corso della terza età, mediante pensioni adeguate e periodicamente aggiornate (art. 50 CS), aspetti tutti questi considerati internazionalmente come punti di vista della Sicurezza Sociale.

Inoltre, in quanto alla parte organica, art. 149.1.17^a CS, sulla legislazione di base e il regime economico della Sicurezza Sociale, come competenza statale, senza danneggiare l'esecuzione dei servizi delle Comunità Autonome, alle quali si garantisce la potestà di assumere la competenza in materia di assistenza sociale (artt. 148.1.20^a), e l'art. 129.1 CS sulla riserva di legge alle forme di partecipazione degli interessati alla Sicurezza Sociale, rispettivamente. In Italia, l'articolo 117 CI, attribuita alle Regioni la materia dell'assistenza-pubblica beneficenza, mentre lo Stato manteneva le competenze in materia di assistenza sociale, però dopo la riforma operata dalla legge costituzionale n. 3/2001, le Regioni raggiungono una competenza legislativa esclusiva non solo in materia di assistenza-pubblica beneficenza, ma anche a proposito dell'assistenza sociale, dato che non appaiono né tra quelle riservate alla competenza esclusiva dello Stato, invece figurano la «previdenza sociale» e «la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

Però, senza dubbio, i protagonisti sono gli artt. 2 e 3 CI, e gli artt. 9.2 e 10.1 CS. In particolare, nel campo della Sicurezza Sociale, come diritto sociale di cittadinanza, la protezione davanti alle avversità si coniuga fundamentalmente con la dignità umana, l'eguaglianza sostanziale e la solidarietà¹⁷⁶, perché la Sicurezza Sociale non è la mera libertà dal bisogno; la Sicurezza Sociale è la garanzia di un minimo di condizioni economiche e sociali per tutti i cittadini, è condizione indispensabile all'effettivo

¹⁷⁶ ROMAGNOLI, U.: "Il principio d'eguaglianza sostanziale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, n. 4 p. 1289.

godimento dei diritti civili e politici¹⁷⁷, la Sicurezza Sociale è, consentire un'effettiva e libera partecipazione alla vita economica, sociale e politica della comunità di appartenenza¹⁷⁸, la Sicurezza Sociale è in conclusione la promozione del libero sviluppo della personalità¹⁷⁹.

Le direttrici date da entrambe le Costituzioni non sono facili da interpretare in nessuna delle due¹⁸⁰. Per analizzare il modello, conviene partire dalla premessa della cautela verso il futuro; in Italia si realizzò separando l'assistenza sociale a tutti i cittadini inabili al lavoro e privi dei mezzi per vivere, dalla protezione che riguarda espressamente i lavoratori a ricevere una prestazione pensionistica a fronte di situazioni di vecchiaia, infortunio, invalidità, disoccupazione involontaria. Mentre in Spagna, si adottò cautela presentando questi elementi in modo ambiguo¹⁸¹.

Per questo, l'approccio verso la dottrina è stato anche diverso. Mentre, in Italia, diverse correnti dottrinali si sono centrate a determinare l'esistenza propriamente detta di un modello di Sicurezza Sociale nel quale inserire il diritto¹⁸², in Spagna, dato il carattere di garanzia istituzionale¹⁸³, gli sforzi si sono condotti per delimitare tale modello, quando si comprende che l'art.41 CS contiene i tratti che, tendenzialmente, deve adattare lentamente e consolidare il legislatore¹⁸⁴; ciononostante non è mai esistita una posizione unanime, ma attualmente è suscettibile di ricondursi ad un'interpretazione integratrice¹⁸⁵. Anche se non sono mancati autori in entrambe le dottrine scientifiche che abbiano preso posizione, negando una scelta o condizionamento costituzionale per

¹⁷⁷ PERSIANI, *Sicurezza Sociale e Persona Umana, I problemi della Sicurezza sociale*, 1970, p. 609

¹⁷⁸ BALANDI, G.G.: "Per una definizione del diritto alla Sicurezza Sociale", *Pol. Del Dir.*, 1984, p. 559.

¹⁷⁹ MONEREO, "El derecho a la Seguridad Social...op.cit. p. 1472.

¹⁸⁰ NIGRO, M.: "L'edilizia popolare come servizio pubblico", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, p.118 e ss.

¹⁸¹ DESDENTADO BONETE, A.: "Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2003, p. 1972.

¹⁸² FASSARI, L.: "Previdenza Sociale", *Digesto*, vol. XXXV, 1986, «l'attuale quadro del diritto della previdenza sociale è quindi caratterizzato da una stratificazione di norme che per essere entrate a fare parte dell'ordinamento giuridico in contingenze e momenti storici diversi non si inquadrano in tutti i casi in un disegno coerente. Di fronte ad un processo del genere il compito di dare una sistemazione organica alla materia presenta indubbe difficoltà, trattandosi di ricondurre ad uno schema unitario norme che rispondono ad impostazioni eterogenee e di stabilire l'ultrattività o meno di determinati modelli a fronte delle trasformazioni intervenute nel tempo. Queste difficoltà si riflettono anche sulla stessa terminologia fondamentale (sicurezza sociale, previdenza sociale, assistenza sociale, assicurazioni sociali, ecc.) spesso usata con significati più o meno diversi»

¹⁸³ DESDENTADO BONETE, A.: "Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario"...op.cit. p. 1972, «una garanzia straordinariamente flessibile, perché la legge è solo obbligata a rispettare i tratti essenziali che rendono riconoscibile l'istituzione, Niente di più, ma niente di meno».

¹⁸⁴ Per tutti si consulti MONEREO PÉREZ, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social...op.cit. p. 1430.

¹⁸⁵ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, p. 32.

la Sicurezza Sociale en Italia¹⁸⁶, o un modello determinato di Sicurezza Sociale in modo indubbio e vero in Spagna¹⁸⁷. Ad ogni modo, la posizione adottata in ogni paese, limiterà o meno l'ambito dell'attuazione dei poteri pubblici così come aprirà o chiuderà l'ambito dell'iniziativa privata in materia di protezione delle situazioni di bisogno.

In generale, si osserva come, per entrambi gli ordinamenti, gli approcci verso la dottrina sono suscettibili di analizzarsi da una triplice ottica: una corrente più pro contributiva o previdenzialistica, un'altra corrente più universalista o assistenzialista, concettualizzate in Italia come tesi unitaria negativa e tesi dualistica positiva¹⁸⁸, o tesi flessibilizzatrici e restrittive in Spagna¹⁸⁹, e una terza posizione sempre eclettica.

In Italia, secondo le concezioni di BALANDI¹⁹⁰, PERSIANI¹⁹¹ e ROSSI¹⁹², l'art. 38 CI deve analizzarsi attraverso una lettura congiunta dei suoi commi, per poterne apprezzare nella sua vera dimensione l'ispirazione nella Sicurezza Sociale come idea politica, che in virtù dell'art. 3 co.2 CI, lo Stato dovrà attuare per garantire la liberazione dei cittadini dal bisogno quale condizione per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici, con diritto per i lavoratori ad una tutela più intensa in ragione per il contributo da essi dato a favore del benessere della collettività. In questo modo, derivato dall'applicazione del principio di solidarietà generale, il finanziamento è a carico della collettività.

Invece, per ALIBRANDI¹⁹³, CHIARELLI¹⁹⁴, MAZZONI¹⁹⁵, PERA¹⁹⁶ e SIMI¹⁹⁷, dallo stesso tenore letterale dei due commi, si distingue chiaramente l'intenzione di

¹⁸⁶ PERA, G.: "Previdenza ed assistenza sociale", intervento alle Giornate di studio di Rimini AIDLASS, *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, 28-29 aprile 1984, in Atti, Milano, 1985, p. 81.

¹⁸⁷ VIDA SORIA, J.: "La Reforma de la Seguridad Social en España" *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, p. 250.

¹⁸⁸ DE LUCA TAMAJO, e MAZZOTTA: *Commentario breve alle Leggi sul Lavoro*, Cedam, Padova, pp. 58-59

¹⁸⁹ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: op. cit. 33 e 35.

¹⁹⁰ BALANDI, G.G.: *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1984, p.9 e ss; ID.: "Previdenza Sociale", in *Digesto*, Utet, Torino, 1995, p. 294.

¹⁹¹ PERSIANI, M.: *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960, p. 14-ss; ID *Diritto della previdenza sociale*, p. 13 e ss; Per contra, uno sguardo critico della revisione nel 2010 di questa particolare teoria, vid. GHERA, E.: "«Il sistema giuridico della previdenza sociale», di Mattia Persiani, cinquant'anni dopo", *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n.3, 2010, p. 475-479.

¹⁹² ROSSI, F.P.: *La previdenza sociale*, p. 1 e ss.

¹⁹³ ALIBRANDI, G.: *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 1981, p. 216 e ss.

¹⁹⁴ CHIARELLI, G.: "La Sicurezza Sociale", in RIVA SANSEVERINO, L., e MAZZONI, G. (dir): *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 1971, p. 13 e ss.

¹⁹⁵ MAZZONI, G.: "Esiste un concetto giuridico di Sicurezza Sociale", *I problemi della sicurezza sociale*, 1967, pp. 180.

¹⁹⁶ PERA, G.: *Diritto lavoro*, Cedam, Padova, p. 634.

¹⁹⁷ SIMI, V.: "Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera", *Rivista Infortuni e malattie professionali*, 1972, I, p.1-ss; ID.: *Rivista Infortuni e malattie professionali*, 1984, I, p. 1 e ss.

delineare due separate componenti del sistema di Sicurezza Sociale: quella assistenziale, tendente a coprire i bisogni dei cittadini come tali, senza qualifiche professionali, purché inabili al lavoro, minorati o indigenti; l'onere di questa assistenza sarebbe la solidarietà generale; e invece quella previdenziale, una forma obbligatoria contro i rischi generici e specifici dei lavoratori (non solo a quelli subordinati, ma il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, secondo quanto è previsto dall'art. 35 CI), e per tanto, il finanziamento non è carico della solidarietà generale, ma della solidarietà di *gruppo* e di una mutualità *obbligatoria*, in modo tale che, la Costituzione non trascuri l'idea di sicurezza sociale e gli aspetti solidaristici che a essa inseriscono, ma che lo faccia in modo più appropriato.

Insieme a queste due approcci, si è fatta strada una posizione più eclettica o terza via, diretta da CINELLI¹⁹⁸ e ZANGARI¹⁹⁹, secondo loro, la Carta conosce l'ispirazione del concetto di Sicurezza Sociale e la garanzia di libertà dal bisogno che impegna l'ordinamento in iniziative di carattere positivo, al fissare obiettivi di tutela per cittadini bisognosi e lavoratori lo fa verso un carattere aperto, senza formulare nessun modello organizzativo definitivo, in caso contrario, implicherebbe pregiudiziali monopoli della struttura pubblica per i mezzi di realizzazione e riferibilità necessaria ad un modello organizzativo univoco²⁰⁰, in questo modo, risulta esservi spazio per la convivenza pluralistica.

In Spagna, attraverso il rilassamento del precetto, i diversi settori dottrinali hanno livellato un sistema di Sicurezza Sociale costituzionale in diversi gradi, poiché come affermavano le posizioni critiche «*con l'art. 41 CS si può arrivare a qualsiasi soluzione senza che questo condizioni il contenuto dell'azione protettrice secondo il suo inquadramento istituzionale*²⁰¹».

¹⁹⁸ CINELLI, M.: "Appunti sulla nozione di previdenza sociale", in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 1982, n. 2, p. 165 e ss; ID.: "Sicurezza Sociale", *Digesto*, vol. XLII, 1990: «*Dunque, la valenza semantica dell'espressione in esame non può assumersi come univoca non solo per la sostanziale inidoneità della medesima a definire lo stesso ambito oggettivo di riferimento (i "territori" della sicurezza sociale) -e, pertanto, per l'indeterminatezza di questo-, ma anche e soprattutto per effetto delle ulteriori implicazioni delle quali l'uso di quell'espressione viene variamente caricato, a seconda delle opzioni interpretative, politiche o francamente ideologiche, rispetto al materiale assetto dell'ordinamento positivo, di cui ciascuna concezione in merito si fa portatrice*».

¹⁹⁹ ZANGARI, G.: "Riforma pensionistica e sistema costituzionale", *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1980, I, p. 69.

²⁰⁰ DE LUCA TAMAJO, e MAZZOTTA: *Commentario breve...op. cit.* p. 59 non rinvenendosi rigide indicazioni in tal senso neppure nelle fonti internazionali e comunitarie che, richiamandosi alla Sicurezza Sociale, le attribuiscono, però in concreto, contenuti e modelli organizzativi diversificati.

²⁰¹ BORRAJO DACRUZ, E.: "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España", *RT* n. 65, 1982, p. 33.

Per RODRÍGUEZ-PIÑERO²⁰², l'articolo 41 CS disegna un unico regime pubblico con due sottolivelli, uno di base, pubblico e universale, e l'altro preminentemente contributivo, professionale e proporzionale, in consonanza con il contesto sociopolitico internazionale nel quale si muove il paese. Ciononostante, sarebbe contrario alle parole e allo spirito del precetto costituzionale relegare la Sicurezza Sociale al suo originario livello professionale e contributivo, per cui si è mantenuto questo, ma accompagnato da un livello non contributivo condizionato alla superazione di una prova di necessità, una manifestazione di ciò che si è chiamato «*tendenza all'assistenzializzazione*» della nostra Sicurezza Sociale.

Altri autori hanno dedotto due livelli: uno pubblico generale, minimo, sufficiente e obbligatorio, e uno complementare, speciale e volontario. Nonostante ciò, all'interno di questa posizione bisogna distinguere delle sfumature. MARTIN VALVERDE, sostiene la dualità del sistema su un primo modulo pubblico garante della sufficienza, e un secondo modulo complementare²⁰³. Per ALONSO OLEA²⁰⁴, il livello complementare corrisponderebbe all'azione privata. Al contrario, a giudizio di ALARCON CARCUEL²⁰⁵, accogliendo l'universalizzazione soggettiva, la generalizzazione oggettiva e il finanziamento, il modello costituzionale è chiaramente universalista, formato da due livelli: uno pubblico, generale, minimo, sufficiente e obbligatorio; e un livello complementare, volontario, che può persino definirsi pubblico. A sua volta, GONZÁLEZ ORTEGA²⁰⁶, denuncia l'evidente contraddizione esistente tra il modello costituzionale e la configurazione reale del sistema di previdenza sociale²⁰⁷, una tensione che scaturisce dal fatto che la Costituzione disegna un modello di Sicurezza Sociale più ambizioso di quello realmente vigente; non si tratta di una

²⁰² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La configuración de la Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, n. 6, 2008, p. 75; ID.: "La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas", *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 161.

²⁰³ MARTÍN VALVERDE, A.: "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 33, 1988, p.67 e ss.

²⁰⁴ ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, p. 42.

²⁰⁵ ALARCÓN CARACUEL, R.M.: "La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social", *Temas Laborales*, n. 7, 1986, p.11; ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 46.

²⁰⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, op.cit, p. 40.

²⁰⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social", X "Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Trotta, Madrid, 1992, p.240;

questione meramente storica ma di un'esigenza di presente e di futuro, adeguare il sistema spagnolo di Sicurezza Sociale alle previsioni costituzionali.

A differenza delle due precedenti posizioni, DE LA VILLA GIL considera artificioso identificare il contenuto della protezione contributiva con l'espressione *prestazioni sociali* e il contenuto della protezione non contributiva con l'espressione *assistenza*²⁰⁸, a suo giudizio si distinguerebbero tre livelli: uno di base, un altro complementare di carattere professionale e un ultimo complementare e volontario, in questa stessa linea si situa ALMANSA PASTOR²⁰⁹.

Ciononostante, conviene indicare un altro condizionante nella struttura della Sicurezza Sociale spagnola, quando si menziona «*i poteri pubblici manterranno un regime pubblico di Sicurezza Sociale*», poiché l'orientazione cambierebbe in modo significativo se il significato di «mantenere» si intendesse come continuazione del regime già esistente, o al contrario, fosse inteso come riferimento all'obbligo pubblico di un regime che distribuisce.

Per il caso italiano, conseguenza della differenziazione nitida nei due paragrafi, si evitava questo dibattito, poiché il costituente italiano in materia di previdenza sociale aveva in mente il futuro immediato; quello spagnolo, teneva presente il proprio passato recente. Questa conclusione sembra logica e realista, tenendo conto, in Italia, dello stato molto povero in cui versavano le finanze degli istituti di previdenza nel dopoguerra, mentre in Spagna, al contrario, si era appena approvata la Ley 24/1972 di finanziamento e perfezionamento.

In questo modo, se in un primo momento si poté sostenere che quel «*manterranno*» significava che bisognava continuare con il modello di Sicurezza Sociale pre-costituzionale, di taglio essenzialmente contributivo, oggi sembra chiaro che questa parola esprima un mandato ai poteri pubblici di sostenere finanziariamente un sistema di Sicurezza Sociale.

Nel precetto costituzionale non c'è né un disegno continuista che consolidi le istituzioni di previdenza sociale esistenti, né di sopravvivenza dei meccanismi ereditati

²⁰⁸ DE LA VILLA GIL, L.E.: "El modelo constitucional de protección social", en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.): *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, p.1549.

²⁰⁹ ALMANSA PASTOR, J.M.: "Gestión pública e iniciativa privada", *Papeles de Economía Española*, n. 12-13, p. 172.

dalla copertura di rischi sociali, piuttosto, esiste un mandato per la sua correzione o sostituzione per un nuovo sistema di Sicurezza Sociale che risponda a principi sostanzialmente diversi, deducibili dal proprio testo costituzionale.²¹⁰ L'evoluzione delle assicurazioni sociali in Spagna era arrivata ai limiti, che non si inserivano nelle esigenze dello Stato Sociale e di Benessere, e avevano provocato l'arrivo della Sicurezza Sociale in senso stretto, «*che supera e sostituisce gli allora attuali modelli di Sicurezza Sociale*²¹¹».

Questa lettura conduce nuovamente alla questione iniziale, che impedisce di leggere l'art. 41 CS o l'art. 38 CI, senza tener conto dei precedenti articoli 1 e 9.2 CS, e gli artt. 2 e 3 CI, che, con maggiore chiarezza, confermano nel caso spagnolo, gli elementi di rottura e di modernità del precetto.

Pertanto, si può concludere che nessuno dei due sistemi si presenta con carattere chiuso, come corrisponde al pluralismo che ispira le nostre Costituzioni, il quale è costruito non solo sul rapporto tra Stato e individuo, ma anche sul rapporto con le formazioni sociali²¹² per il caso italiano, nel senso dell'art. 2 CI riconosce le formazioni sociali come sede di sviluppo della persona umana, secondo SIMI²¹³ «*La Sicurezza Sociale diviene un sistema organico che richiede una varietà di voci e pone delicati problemi di integrazione e coordinamento (...) l'indirizzo costituzionale non è per l'assorbimento delle componenti di una rigida unità statalistica, ma per il coordinato sforzo di tutte le forze del corpo sociale*», e nel caso spagnolo, aprendo un ampio spazio alle diverse opzioni politiche e ai cambiamenti e adattamenti imposti dal decorso del tempo; secondo DE LA VILLA²¹⁴, «*l'obbligo statale di mantenere un sistema di sicurezza sociale non predetermina il contenuto del sistema, ma che la legge ordinaria possa incrementare o ridurre i livelli di copertura*».

²¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La configuración de la Seguridad Social...*op.cit.* p. 70.

²¹¹ VIDA SORIA, J.: «¿Qué fue eso de la Seguridad Social?», *Relaciones Laborales*, n. 2, 2001, p. 381.

²¹² ROSSI, E.: *Le formazioni sociali nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989.

²¹³ SIMI, V.: *Il pluralismo previdenziale secondo costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1986.

²¹⁴ DE LA VILLA GIL, L.E.: *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Ediciones CEF, Madrid, 2006.

4.2. Giurisprudenza costituzionale sul modello di Sicurezza Sociale

Nessuna delle due giurisprudenze costituzionali ha ratificato l'esistenza di un modello determinato e minuzioso di Sicurezza Sociale, ma al contrario, il «modello» è di carattere aperto al legislatore, frutto di scelte politiche²¹⁵.

In primo luogo, entrambe le Corti Costituzionali, disegnano un nuovo approccio riguardo al modello di Sicurezza Sociale. In Spagna, la Sentenza del Tribunal Constitucional (STC) n. 65/1987, riconosce che il cambiamento operato dall'art. 41CS modifica sostanzialmente la situazione preesistente. In particolare, la Corte Costituzionale spagnola segnala che *«la Sicurezza Sociale si è trasformata in una funzione dello Stato. Infatti, il mandato contenuto nell'articolo 41 (...) suppone di allontanarsi dalle concezioni precedenti della sicurezza sociale in cui prevaleva il principio contributivo e la copertura di rischi o contingenze»*. Allo stesso modo, la Sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 173 del 1986, afferma che dal 1968, *«è stata attuata una radicale riforma del regime previdenziale assicurativo, per cui si è abbandonato il sistema mutualistico e si è, invece, introdotto il sistema solidaristico»*.

In secondo luogo, gli argomenti sull'intenzionalità del legislatore costituente come sostegno al criterio precedente, in Spagna, sono evidenziati dalla Sentenza C. cost. 239/2002 in cui si dichiara che *«Dall'esame della legislazione vigente nel momento in cui si approva la Costituzione si costata che il sistema di Sicurezza Sociale che dovettero prendere in considerazione i nostri costituenti si strutturava su un doppio pilastro: il principio contributivo e la copertura di rischi che si fossero effettivamente prodotti»*; e, più in particolare in Italia, la sentenza n. 31 del 1986 menziona la soppressione del riferimento al principio mutualistico-assistenziale, *«era stato così formulato: «I lavoratori, in ragione del lavoro che prestano, hanno diritto che siano loro assicurati mezzi adeguati per vivere in caso di ...»*. L'inciso *«in ragione del lavoro che prestano» fu soppresso, in aula, a seguito dell'accoglimento dell'emendamento (...) «se fosse stata accolta, avrebbe vincolato il legislatore a non discostarsi da quel principio»*.

In terzo luogo, sulla direzione di questo nuovo approccio, in Spagna, la Sentenza C. cost. 37/1994 chiarì che *«la forma flessibile adottata dalla Costituzione nell'articolo 41 impedisce di parlare di un modello unico di Sicurezza Sociale come ad essa*

²¹⁵ MORTATI, C.: Il lavoro nella Costituzione, *Diritto del Lavoro*, 1954, p. 155.

convenga» e pertanto la Costituzione, secondo la Sentenza C. cost. 206/1997, «non chiude possibilità per l'evoluzione del sistema di Sicurezza Sociale verso ambiti sconosciuti attualmente o verso tecniche che fino ad ora non si sono volute o potute utilizzare». Al contrario in Italia, la Sentenza della Corte cost. n. 31 del 1986, mantiene che «l'esame dell'art. 38 della Cost., alla luce dell'intero sistema vigente all'atto della sua emanazione, chiarisce che lo stesso articolo prospetta due distinte fattispecie tipiche, due diverse ipotesi, rispettivamente nel primo e nel secondo comma», sebbene tali fattispecie tipiche non rappresentino opzioni costituzionalmente vincolanti, e quindi, si lascia al margine del legislatore il margine per delineare modelli atipici.

In quarto luogo, se puntualizzano le parole precedenti; in Spagna, la Sentenza C. cost. 38/1995, precisa che *«la Costituzione non ha delegittimato il modello preesistente di previdenza che, in larga parte, si poggia sulla considerazione delle contingenze, degli eventi dannosi che danno origine alla protezione elargita»*. Mentre, in Italia, nella sentenza n. 173 del 1986, si specifica che *«il legislatore, fra un sistema di solidarietà fondato esclusivamente sulla contribuzione offerta dal lavoratore dipendente (lavoratori attivi) ed un sistema di tipo fiscale alimentato da tutta la collettività dotata di capacità reddituale, ha optato per un sistema misto o intermedio»*.

Infine, e come conseguenza di quanto detto in precedenza, comporta l'apertura di un margine di attuazione per il legislatore, continua la Sentenza C. cost. 206/1997, dicendo che ciò che è la Sicurezza Sociale *«non è deducibile solo di per sé dall'articolo 41 della Costituzione Spagnola»*, in questo modo bisognerà attendere, oltre ad altri precetti costituzionali con incidenza sulla materia, in modo fondamentale l'opera del legislatore, poiché la Sentenza C. cost. 37/1994- *«il diritto che i cittadini possano ostentare in materia di Sicurezza Sociale è di stretta configurazione legale, disponendo il legislatore della libertà per modulare l'azione protettrice del sistema, riguardo alle circostanze economiche e sociali che sono imperative per la stessa viabilità ed efficacia di questi»*. Dello stesso parere, in Italia, in riferimento all'art. 38 co.2 CI, la Corte con la sentenza n. 100 del 1991 ha precisato che tale disposizione *«lascia piena libertà allo Stato di scegliere le strutture organizzative ritenute più convenienti al raggiungimento dei fini indicati, né lo vincola, ove scelga la forma assicurativa, a improntarla ai presupposti e agli schemi delle assicurazioni private»*, sebbene l'adempimento della solidarietà debba seguire criteri politici, secondo la sentenza n. 17 del 1995, *«è rimessa alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei tempi, dei modi, e della misura*

delle prestazioni sociali sulla base di un razionale contemperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie».

5. L'ITALIA E LA SPAGNA COME DUE STATI SOCIALI

La Sicurezza Sociale è una delle espressioni più chiare dello stato sociale per i fini ultimi di *assistenza esistenziale* o *procura existencial*²¹⁶, un minimo vitale che permetta agli individui di potersi muovere nella società, situando lo Stato da questo momento in poi non più come mero regolatore, ma come gestore e distributore, di ciò che adesso si chiama nuovo ordine di società.

Le nostre Costituzioni cercano di far fronte alla comparsa delle disuguaglianze e dei conflitti sociali che, un tempo, lo Stato minimo liberale portò con sé fondandosi sulla considerazione razionalista di supremazia delle leggi di mercato su quelle umane. Entrambe le Carte abbandonano il paradigma delle relazioni basate sulla competenza tra i produttori e i possessori individuali, borghesi e operai, ugualmente liberi e sottomessi a identiche leggi, naturali e umane.

Il tentativo per la scomparsa delle disuguaglianze più flagranti, – sia che avesse origine nelle lotte delle classi operaie per il tentativo di partecipare nelle decisioni politiche²¹⁷, sia per la necessità del sistema capitalistico di trovare una forza regolatrice, che fosse capace non solo di proteggere l'ordine interno e le colonie, ma anche di organizzare il sistema, evitando la logica della crisi ciclica, che creavano gravi tensioni e spreco economico²¹⁸, o una concomitanza di tutto – finì per sfociare in un nuovo

²¹⁶ FORSHOFF, E.: *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971). Versión española, *El Estado de la sociedad industrial*. Traducción LOPEZ GUERRA, J. Y GONZALEZ MUÑIZ, J., Civitas, Madrid, 1975, p. 291 Secondo Forsthoff, lo stato si fa carico dell'assistenza esistenziale(*Daseinsvorsorge*, cioè, di portare a termine le misure che assicurano all'uomo le possibilità di esistenza che lui stesso non può assicurarsi. GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1987, p. 18

²¹⁷ GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 1977, Alianza Editorial, Madrid, p. 16-18, considera HERMANN HELLER, come propulsore di un'alternativa socialdemocratica, tra gli anni venti e trenta del secolo scorso, capace di mediare tra l'anarchia economica e la dittatura fascista; si tratta di non rinunciare allo Stato di Diritto, ma di dare a questo un contenuto economico e sociale, di realizzare nel quadro dello Stato di Diritto un nuovo ordine lavorativo e di distribuzione di beni. Ciò che all'inizio fa parte dell'ideologia dei partiti socialdemocratici passa progressivamente a estendersi ai partiti democratici cristiani, conservatori o liberali – in modo più o meno intenso, è vero, a seconda dei momenti, dei luoghi e delle ideologie politiche dei governatori - .Questa generalizzazione porta GARCÍA-PELAYO a sostenere che lo Stato Sociale significa storicamente il tentativo di adattamento liberale – borghese alle condizioni della civiltà industriale e postindustriale.

²¹⁸ MOLAS, I.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 58

stadio, in cui non si rinuncia allo Stato di Diritto, ma che conferisce a questo un contenuto economico e sociale²¹⁹, un nuovo ordine lavorativo e di distribuzione di beni, in cui si garantiscono mezzi di vita sufficienti come garanzia per poter esercitare gli stessi diritti civili e politici²²⁰. In questo senso, MAZZIOTTI sostenne che «*la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche*»²²¹.

Il Diritto del Lavoro e il Diritto della Sicurezza Sociale sono i due «principali strumenti istituzionali dello Stato sociale», ingredienti che garantiscono mezzi sufficienti di vita per tutti i cittadini, sia attraverso i redditi di lavoro, sia attraverso i redditi sociali²²². Più specificatamente, attraverso la Sicurezza Sociale²²³, si realizza una delle funzioni dello Stato sociale che è quella di raggiungere l'uguaglianza reale per tutti i cittadini, permettendo il godimento in pieno dei diritti di cittadinanza²²⁴.

Tuttavia a nessuno sfugge che la difficoltà di costituzionalizzare questi diritti radica nella sua stessa natura; non si tratta di diritti consistenti nell'esigenza di un astensionismo statale o nella garanzia di un ambito di autonomia o di dominio individuale, ma che generalmente – senza danneggiare il suo valore giuridico – possono interpretarsi come diritti di prestazione, che consistono nel richiedere di un dare o di un fare statale²²⁵. L'efficacia giuridica di questi diritti sarà studiata nel prossimo sottocapitolo.

²¹⁹ Lo Stato di Diritto come limite a qualsiasi tentativo di disarticolare lo Stato Sociale, BALAGUER CALLEJÓN, F.: “El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcances y vinculación de la cláusula del Estado social”, in MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M.N. (dir.), *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 99.

²²⁰ De OTTO, I.

²²¹ MAZZIOTTI M.: “Diritti sociali”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, pp. 805.

²²² MARTIN VALVERDE, A.: “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Política Social*, n. 137, 1983, p. 121.

²²³ Secondo VIDA SORIA, J.: “¿Qué fue eso de la Seguridad Social...*op. cit.*”, p. 381 Data la centralità che la Sicurezza Sociale ha nella formazione e sviluppo dello Stato Sociale, bisognava aver aspettato una regolazione costituzionale di corrispondenza. Tuttavia, né il luogo sistematico dell'unico passaggio che si occupa in modo globale e diretto della previdenza sociale nell'ambito dello Stato (art.41), né le espressioni impiegate per questo passaggio definiscono sufficientemente «*le grandi risposte ai grandi temi che ogni sistema di Sicurezza Sociale si pone*».

²²⁴ APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo”, *Revista de Derecho Social*, n. 19, 2002, p. 26.

²²⁵ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J. PÉREZ TREMPES, P. SATRÚSTEGUI, M.: *Derecho Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 382

La Costituzione italiana e quella spagnola hanno seguito questa via in base alla Legge Fondamentale di Bonn del 1946, primo testo che consacrò il modello di Stato sociale²²⁶. La Costituzione Spagnola del 1978 definisce apertamente lo Stato spagnolo nell'art. 1.1 come *Stato sociale e democratico di Diritto*, valore superiore dell'ordinamento²²⁷ - «*La Spagna si costituisce in uno Stato sociale e democratico di Diritto, che propugna come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'uguaglianza e il pluralismo politico*» - mentre l'art. 1 co.1 della Carta Costituzionale italiana si riferisce allo Stato *come una Repubblica democratica fondata sul lavoro*, ma si tratta di una differenziazione sottile, più di corpo che di spirito, poiché i due testi sono illuminati dai principi e dai valori superiori dello Stato Sociale.

Bisogna riprendere nuovamente l'influenza reciproca tra costituzionalismo italiano e spagnolo. La formula adottata dalla Carta italiana del 1948, trova un antecedente nella Costituzione spagnola del 1931, il cui art. 1 co. 1 disponeva che «*La Spagna è una repubblica democratica di lavoratori di ogni classe, che si organizza in regimi di Libertà di Giustizia*²²⁸». A sua volta, la Costituzione spagnola del 1978, che sebbene avesse smesso di usare tale formula e preferito l'espressione della Legge Fondamentale di Bonn, seguì il modello tracciato dalla Costituzione italiana, raccogliendo e sviluppando un catalogo di diritti sociali²²⁹ (di cui la Legge di Bonn era priva, forse per timore dell'esperienza della sua predecessora di Weimar²³⁰), in questo modo anche se non erano sovrapponibili materialmente, sì lo erano in quanto agli scopi, il che conduce necessariamente alla concettualizzazione dello Stato Sociale per mezzo delle sue componenti, i valori fondamentali di dignità umana ed eguaglianza²³¹.

La dignità umana, regolata dall'art. 2 CI e l'art. 10.1 CS consacrano la dignità umana e il libero sviluppo della personalità come fondamento dell'ordine politico e

²²⁶ Gli artt. 20 e 28 della Legge Fondamentale Tedesca definiscono la Repubblica come «*Stato federale e democratico e sociale*» e conformano l'ordinamento costituzionale dei Länder ai «*principi dello stato di diritto repubblicano, democratico e sociale*».

²²⁷ Il Preambolo afferma la volontà di garantire «*la convivenza democratica nell'ambito della Costituzione e delle leggi conformemente a un ordine economico e sociale giusto*».

²²⁸ VALDÉS DAL-RE, F.: «El Derecho del Trabajo en la Segunda República», *Relaciones Laborales*, n.8, 2006, p. 308, definisce come sfortunata l'espressione impiegata, ma non per questo non importante, al contrario, pone le basi per la maturazione, lo sviluppo e la sistematizzazione «di un ordinamento giuridico integrato da norme ispirate in dei principi comuni e, pertanto, congruenti tra di loro», cioè, favorisce in modo deciso la conversione di una legislazione lavorativa speciale, messa sotto processo la specialità dal diritto civile, in un diritto autonomo e sostantivo.

²²⁹ TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Garanzie del cittadino e ruolo del Tribunal constitucional», *Diritto e società*, n. 1, 1988, pp. 155-170.

²³⁰ Sull'influenza di Weimar in Italia Vid. ROMAGNOLI, U.: «Weimar e il diritto del lavoro in Italia – Weimar and labour law in Italy», *Lavoro e diritto*, 2010, n. 2, pp. 181-190.

²³¹ BALDASSARRE, A.: «Diritti sociali», *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1989, p. 10.

della pace sociale. Senza dubbio, si tratta allo stesso tempo del principio e della fine su cui si fonda lo Stato Sociale²³², un valore «*superconstituzionale*» a cui tutte le libertà costituzionalmente protette dovrebbero tendere.

L'art. 3, co.1 CI e l'art. 14 CS enunciano il principio di eguaglianza formale²³³, la cui concezione si evolve lentamente fino a tendere a riequilibrare le eventuali distorsioni del funzionamento spontaneo dei meccanismi sociali ed economici, che si arricchisce dell'ideale sostanziale²³⁴, raccolti in Italia, l'art. 3 co. 2 CI²³⁵, in Spagna, l'art. 9.2 CS come via per eliminare la disuguaglianza e le discriminazioni dei settori sociali più deboli.

La concomitanza di tutti questi principi, dignità umana, eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale, rappresentò la nascita del principio sociale. Conseguenza di questo principio, non unicamente si raggiunge la libera esplicazione della personalità individuale, ma anche delle relazioni sociali, da un punto de vista pluralista, il riconoscimento delle *formazioni sociali* in Italia (art. 2 CI) e la natura sociale dello Stato (art. 1 CS) e libero sviluppo della personalità (art. 10 CS) rappresentano un nuovo modello di democrazia che comporta l'intervento pubblico nell'ambito economico e sociale²³⁶, in particolare la garanzia dei diritti di tipo lavorativo; e dal punto di vista assiologico si raggiunge la parità tra diritti sociali e diritti di libertà²³⁷.

Così è stato inteso dalla giurisprudenza di entrambi i paesi, in Spagna, la Sentenza C. cost.18/1984 afferma che «*Il riconoscimento dei denominati diritti di*

²³² BIFULCO, D.: *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, p.128; VEDASCHI, A.: "Los derechos fundamentales nella Costituzione spagnola del 1978", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2008, p. 17.

²³³ Art. 3 co.1 CI: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

Art. 14 CS: Gli spagnoli sono uguali davanti alla legge, senza che possa prevalere discriminazione alcuna per ragioni di nascita, razza, sesso, religione, opinione p qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale."

²³⁴ BALDASSARRE, A.: *Diritti sociali...op. cit.* p. 11-12.

²³⁵ Art. 3 co. 2 CI: È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 9.2 CS: Corrisponde ai poteri pubblici promuovere le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi in cui si integra siano reali ed effettivi; rimuovere gli ostacoli che impediscano o rendano difficile la sua pienezza e facilitare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica , culturale e sociale.

²³⁶ MOLAS, I.: *Derecho Constitucional...op.cit.* p. 58

²³⁷ PISARELLO G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 37-57; BALDASSARRE, A.: *Diritti sociali...op. cit.*, p. 23.

carattere economico e sociale, riflesso nei diversi precetti della costituzione conduce all'intervento dello Stato per renderli effettivi(...). La compenetrazione tra lo Stato e la Società si traduce tanto nella partecipazione dei cittadini all'organizzazione dello Stato quanto in una sistemazione da parte dello Stato di Entità di carattere sociale in quanto alla sua attività presenta un interesse pubblico rilevante (...). La configurazione dello Stato come sociale di Diritto viene così a culminare un'evoluzione in cui la conseguenza dei fini di interesse generale non è assorbita dallo Stato, ma si armonizza in un'attuazione mutua Stato-Società, che sfuma la dicotomia Diritto pubblico-privato.

In Italia, la Sentenza della Corte di Cassazione 202/1992, «(deve dirsi che sotto il nome di cooperazione sociale vanno ricomprese attività di promozione umana e di integrazione sociale dei cittadini, e in particolare di quelli svantaggiati), riconducibili al principio di solidarietà sociale solennemente proclamato dall'art. 2 della Costituzione, il cui sviluppo e il cui sostegno rappresentano un compito che coinvolge l'intera comunità nazionale e che, pertanto, dev'essere congiuntamente perseguito, nel rispetto delle correlative competenze costituzionali, dallo Stato, dalle regioni e dalle province autonome.»

6. EFFICACIA GIURIDICA DEL DIRITTO PRESTAZIONALE DI SICUREZZA SOCIALE

Il maggior problema che pone il diritto alla Sicurezza Sociale, e in generale i diritti sociali, è la sua efficacia giuridica. Nonostante abbiano percorso strade diverse, entrambi gli ordinamenti hanno dovuto affrontare questa problematica simile.

Tralasciando posizioni da estremi, quelle che si questionano se i diritti sociali possano essere definiti come diritti autentici²³⁸, o altre che definiscono i diritti sociali come diritti fondamentali e indivisibili²³⁹, si tratta di determinare, in essenza, la considerazione giuridica di questi diritti rispetto ai diritti di libertà, non solo *l'an* e il *quid* sino il *quomodo e quantum*.²⁴⁰

²³⁸ GOMES CANOTILHO, J.J.: "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, p. 246.

²³⁹ DICIOTTI E.: "Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica", *Quaderni Costituzionali*, 2004, p.733 e ss.

²⁴⁰ GAMBINO, S.: "Diritti Sociali e libertà economiche nelle costituzioni nazionali e nel diritto europeo", in www.crdc.unige.it/doc/Gambino.pdf; sulla base di tale approccio, che inizialmente valorizzava il profilo programmatico delle disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali e la natura -più che costituzionale - legale che li regola, a partire dalla fine degli anni '60, la dottrina costituzionale propone letture e tipologie più articolate, tra cui rileva, in particolare, quella che distingue fra diritti sociali

L'allusione ai diritti sociali non viene raccolta in nessuno dei due testi costituzionali come un rimando a un altro tipo di dichiarazioni sui diritti economici e sociali, così come fa la Costituzione francese del 1958, il cui Preambolo allude alla Dichiarazione del 1798, confermato e completato dal Preambolo della Costituzione del 1946²⁴¹, o in certa misura anche i Trattati Europei²⁴². Invece, i nostri costituenti preferirono la sua inclusione all'interno dello stesso testo degli articoli, come si è constatato nel catalogo di diritti segnalati nei paragrafi precedenti. Questo modo di procedere provocò diffidenza, e in un certo modo, si può segnalare l'influenza di tali critiche – così come la successiva esperienza italiana – sulla Carta spagnola, che attraverso l'art. 53 ha annesso una serie di cautele.

Tradizionalmente, i cosiddetti diritti sociali sono stati considerati come un insieme di norme programmatiche che avevano bisogno di un'attuazione posteriore o di un'implementazione legislativa, la cui mera proclamazione serve soltanto come vincolo al legislatore ordinario per la sua concretizzazione, per questo non costituiscono di per sé diritti perfetti soggettivi, ma principi etico-politici²⁴³.

Questo carattere programmatico e non precettivo che li ispira, è alla fine, il sostegno delle sue critiche, poiché non è presente la concretezza interna necessaria che definisce le norme giuridiche ed è privo di disposizione per la validità data dalla sua relatività. Però tale indeterminazione non è superficiale, ma derivata dal suo carattere dinamico che non li rende suscettibili di una definizione precisa, per potersi così adattare alle circostanze del momento storico e sociale, come lo sono i bisogni umani che loro cercano di soddisfare. Inoltre, implicano un obbligo positivo dello Stato; in

'condizionati' (artt. 38; 34; 32; 38, III co.; 46 Cost.) e diritti sociali 'incondizionati' (artt. 36, I, II e III commi; 32, II co.; 37; 29; 30; 4 Cost.) -i primi presupponendo un intervento del legislatore sul *quando*, sul *quomodo* (e non certo sull'an, tranne che per i condizionamenti imposti dalle disponibilità di bilancio sulla spesa e sui servizi pubblici), gli altri, invece, presentando una struttura ed una natura tale per cui non occorrono ulteriori interventi per realizzarli, risultando non necessitati di disciplina legislativa di attuazione-.

²⁴¹ www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp Una decisione del *Conseil Constitutionnel* del 1971, si dichiarò competente per controllare l'adeguazione delle leggi alla Costituzione, includendo in quest'ultima il preambolo con la sua allusione al preambolo del 1946. In tal modo i diritti sociali entrarono a far parte della costituzione francese e successivamente il *conseil constitutionnel* ha utilizzato questi diritti come parametro di costituzionalità. CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, p. 159.

²⁴² Il Trattato di Lisbona – art. 6.1 TUE versione consolidata - contiene la «clausola sociale» un riferimento vincolante alla Carta dei Diritti Fondamentali, la quale dedica uno dei suoi capitoli all'ambito sociale e alla solidarietà.

²⁴³ In Italia, la teoria di programmatica/precettiva sorse tra l'entrata in vigore della costituzione e l'insediamento della Corte. Trova la sua origine nella tesi di Carl Smith secondo la quale i diritti sociali proclamati nella Costituzione di Weimar costituiscono una serie di principi non applicabili che avevano come destinatario esclusivo il legislatore.

quanto diritti di credito, esigono che si stabiliscano i corrispondenti servizi con la loro rispettiva previsione di bilancio e attività amministrativa²⁴⁴. In caso contrario, non potranno essere accolti se non si hanno mezzi sufficienti.

Questo contrasta enormemente con i diritti civili e politici, o diritti di libertà, vere norme precettive, la cui costituzionalizzazione sarebbe finalizzata alla tutela e alla limitazione dei poteri statali suscettibili di trovare applicazioni immediate e dunque dotate di piena normatività,²⁴⁵ il cui soddisfacimento non richiede uno sforzo né dispendio economico per lo Stato, ma semplicemente il mantenimento di una posizione di rispetto e di non intervento, da lì le definizioni di attuabili, perfetti e senza costo.

In Italia, CALAMANDREI²⁴⁶ affermava «*accanto a queste norme di indubbio contenuto giuridico, altre assai numerose si trovano in questa I parte della Costituzione (...) corrisponde qui soltanto una sostanza ancora politicamente fluida, fatta di aspirazioni insoddisfatte e di tendenze ancora in divenire. Questo accade per tutte quelle disposizioni della Costituzione che si potrebbero chiamare disposizioni programmatiche o tendenziali (...) si enunciano (come se fossero “diritti” nello stesso modo!) i cosiddetti “diritti sociali”, cioè quei diritti di ogni cittadino a un certo grado minimo di benessere economico e di elevazione sociale, ai quali dovrebbe corrispondere, perché veramente fossero diritti, un dovere di prestazione positiva da parte dello stato (...) in realtà qui non si tratta di diritti dei quali, in caso di riconoscimento, il cittadino insoddisfatto possa reclamare l’adempimento in via di azione: si tratta soltanto di speranze, e tutt’al più di proposte volte verso l’avvenire, di lontane mete verso le quali la costituzione spera che la Repubblica italiana voglia prima o poi orientare la propria legislazione*».

In questa situazione sosteneva «*formule meno compromettenti, nelle quali, più che diritti soggettivi dell’individuo si parli di poteri o doveri generici dello Stato, che possano avere rilevanza politica rispetto alla collettività, ma sui quali non possono fondarsi pretese individuali giuridicamente tutelate*»²⁴⁷ come quella di riservare la propria presenza – irrimediabilmente – in un preambolo sobrio e sintetico²⁴⁸.

²⁴⁴ HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑÓN, M.: “Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 9, 1979, p. 85

²⁴⁵ PALADIN, L.: *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 135

²⁴⁶ CALAMANDREI, P.: “Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori”, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. CXXXIV

²⁴⁷ PACE, A.: “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 63, 1989, p. 56

²⁴⁸ A differenza, altri giuristi come Persiani e García Enterría hanno insistito sull’obbligo e contenuti imperativo di tali disposizioni. Sui pericoli o eccesso di applicazione diretta della Costituzione, che

Seppure ci sia del vero in ognuno di queste affermazioni, sono suscettibili di diverse considerazioni innegabili.

In primo luogo, è vero che la proclamazione dei diritti di prestazione è stata realizzata forse in modo debole, rispetto ai diritti di libertà o ai diritti politici di più facile realizzazione, però non sarebbe corretto considerare che il riconoscimento dei diritti di prestazione abbia una mera dimensione retorica, poiché il suo effetto interpretativo su altre clausole costituzionali²⁴⁹, suppone che i poteri pubblici potranno, addirittura, imporre limiti o restrizioni ad altri diritti per garantire la prestazione dei diritti sociali costituzionalmente riconosciuti. Se la Costituzione garantisce o riconosce un diritto a prestazioni determinate (disoccupazione, infortunio...) il legislatore, sebbene potrà adeguare a tali mandati le necessità e le disponibilità del momento, non potrà, tuttavia, sopprimere o annullare i sistemi di prestazione o protezione già stabiliti. In tal modo, le competenze dei poteri pubblici dovranno essere interpretati, quindi, dalla prospettiva della solidarietà e non da una prospettiva puramente individualista²⁵⁰.

Questo dimostra che, in secondo luogo, i diritti sociali costituiscono norme di diritto valido, perché rappresentano un mandato e un modello per il legislatore, la cui esistenza dissipa qualsiasi possibile dubbio sulla costituzionalità di determinate leggi che, nel caso in cui non esista la norma programmatica, potrebbero essere considerate incostituzionali.

In terzo luogo, neanche i diritti di libertà sono diritti gratuiti, la loro realizzazione richiede ai nostri giorni una posizione attiva dello Stato riguardo al loro conseguimento²⁵¹, e neanche sono suscettibili di una definizione totalmente finita, ma devono adattarsi ugualmente alle circostanze storiche.

E, infine, bisogna apprezzarsi, in realtà, che i diritti sociali non siano un magma uniforme, ma, al contrario, un gruppo eterogeneo di diritti sociali, eterogeneità che si manifesta sia nell'azionabilità diretta nei confronti sia dei pubblici poteri sia dei privati,

porterebbe a una svalutazione della legge e di uno straordinario rafforzamento del diritto processuale, vid. DÍEZ PICAZO, L.: "Constitución, Ley, Juez", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 15, 1985, pp. 9-24; sulla tecnica di costituzionalizzare diritti in forma di principi, vid. PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p.286.

²⁴⁹ PALADIN, L.: *Le fonti del diritto italiano*, op. cit. p. 135

²⁵⁰ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J. PÉREZ TREMPES, P. SATRÚSTEGUI, M.: *Derecho Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 382

²⁵¹ BALDASSARRE, A.: Diritti sociali, op. cit., p. 29; MAZZIOTTI, M.: Diritti sociali, op. cit., p. 806; PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*op.cit., p. 91. PISARELLO, G.: Los derechos sociales y sus garantías...op.cit., pp. 60-61; SALAZAR, C.: *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 12 ss.

nella funzione alla quale essi sono rivolti, nella motivazione pluralista oppure personalista²⁵². Così, appaiono diverse categorizzazioni, si fa una distinzione tra diritti *incondizionati* o non *incondizionati*; diritti sociali di prestazione o diritti sociali di partecipazione o di libertà; diritti all'uguaglianza commutativa o diritti all'uguaglianza distributiva per bilanciare democraticamente relazioni squilibrate.

Pertanto, non è superfluo affermare che tutti i diritti sono diritti positivi o, detto in un modo più prosaico, entrambi raccolgono il modo di essere politico della comunità a cui la Costituzione inerisce e ritiene indispensabili²⁵³.

Seguendo questa tassonomia tracciata, il genere trova delle peculiarità in ogni *specie* nazionale, che si traduce in una tutela differenziata dalle diverse categorie di diritti secondo la loro particolarità.

Mentre, in Italia, appaiono diritti sociali che possono essere affermati senza la necessità di mediazione legislativa, come il diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro, sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 CI), il diritto delle donne alla parità delle condizioni di lavoro (art. 37.1 CI), diritto della libertà di scelta di una professione (art. 4), diritto d'emigrazione (art. 35), il diritto della libertà sindacale (art. 39 CI), o il diritto di sciopero (art. 40 CI); in Spagna, solo i diritti di libertà sindacale e sciopero (art. 28 CS) appaiono configurati come diritti fondamentali; invece, i diritti al lavoro, alla libera scelta della professione, alla promozione mediante il lavoro, alla remunerazione sufficiente (art. 35.1 CS), alla negoziazione collettiva e all'adozione di misure di conflitto collettivo (art. 37.1 e 2 CS), godono di una protezione giurisdizionale generica²⁵⁴. Ciononostante, fa eccezione il diritto alla non discriminazione lavorativa per ragioni di sesso (art. 35.1 CS), che gode di una protezione massima essendo inglobato dal principio generico di uguaglianza dell' art. 14 CS. Per quanto ci riguarda, il diritto alla previdenza sociale (art. 38 CI e art. 41 CS), compare in entrambi gli ordinamenti come un diritto di prestazione, e pertanto condizionato, si ammetta la ridondanza, a essere un diritto *condizionato* dall'*interpositio legislatoris*²⁵⁵.

²⁵² LOMBARDI, G.: "Diritti di libertà e diritti sociali", *Politica del diritto*, n. 1, 1999, p. 13. La distinzione non è tra squilibrio tra diritti di libertà e diritti sociali, ma tra i meccanismi di tutela, distinguendosi allora diritti individuali o collettivi

²⁵³ LOMBARDI, G.: "Diritti di libertà e diritti sociali...op. cit. p. 14

²⁵⁴ MONTOYA MELGA, A.: *Derecho del Trabajo*...op. cit. p. 94

²⁵⁵ ALARCON CARACUEL: Si chiede se si tratta di un mandato *sine die*, la cui omissione sarebbe sanzionabile soltanto attraverso la via politica. Pag. 40 Compendio de Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 1985

Ed è così che, l'inclusione dei diversi tipi di diritti all'interno di uno stesso testo, caratteristica propria del costituzionalismo europeo contemporaneo²⁵⁶, provoca la coesistenza di precetti di diversa efficacia giuridica contenuti in una stessa fonte²⁵⁷, ma non per questo carenti di valore giuridico; in effetti, CRISAFULLI considerava che *«tutte le disposizioni costituzionali come norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale e via dicendo (...) una Costituzione deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti, magis ut valeat, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere (...) di atto normativo diretto a disciplinare obbligatoriamente i comportamenti pubblici e privati.»*²⁵⁸

Entrambe le Corti Costituzionali, già dalla loro origine, hanno dissipato qualsiasi dubbio sull'efficacia delle disposizioni programmatiche. In Italia²⁵⁹, ha precisato, infatti *«la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di illegittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche»*.

In Spagna²⁶⁰, la Corte Costituzionale ha affermato *«che la Costituzione è proprio questo, la nostra norma suprema, e non una dichiarazione programmatica o principale, è qualcosa che si afferma in modo inequivoco e generale nel suo articolo 9.1, in cui si afferma che “i cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione”, sottomissione o vincolo normativo che si coniuga al presente dell'indicativo, cioè, dalla sua entrata in vigore»*²⁶¹, sebbene questa efficacia diretta *« non avrà altre eccezioni se*

²⁵⁶ CRISAFULLI, V.: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 36

²⁵⁷ ARAGÓN, M.: “La eficacia jurídica del principio democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 24, 1988, p.18-19.

²⁵⁸ CRISAFULLI, V.: *La Costituzione e le sue disposizioni* op. cit., p. 11; LOMBARDI, G.: “Diritti di libertà e diritti sociali”, in *Politica del diritto*, n. 1, 1999, p. 13, *«nelle Costituzioni non ci sono norme deboli e norme forti in quanto, malgrado taluni tentativi in tal senso, o la Costituzione vige nella sua interezza o cessa di legittimare la comunità cui si riferisce, nel senso preciso che il livello della garanzia può semmai crescere ma non può mai diminuire»*

²⁵⁹ Sentenza Corte Cost. n. 1 del 14 giugno 1956.

²⁶⁰ Sentenza C. Cost. 4/1981, del 2 febbraio.

²⁶¹ Sentenze C. Cost. 16/1982, del 28 aprile; 77/1982, del 20 dicembre; 80/1982, del 20 dicembre; 7/1983, del 14 febbraio; 8/1983, del 18 febbraio, e 15/1983, del 4 marzo.

non quei casi in cui così lo imponga la stessa Costituzione o in cui la stessa natura della norma impedisca di considerarla immediatamente applicabile²⁶²»

Costatato il loro valore, solo rimane da menzionare un altro dei loro effetti che, in quanto norme positivizzate nella Costituzione, possono produrre le disposizioni programmatiche, l'invalidità delle norme legislative che siano in contrasto con la Costituzione incluso quelle pre-costituzionali²⁶³.

6.1. L'intervento della Corte costituzionale italiana e le "sentenze additive"

In questo aspetto, l'ordinamento italiano visse un episodio carismatico con le cosiddette «*sentenze additive*», che hanno influito in modo decisivo sulla costruzione del Welfare italiano, e attraverso le quali la Corte costituzionale si è pronunciata riguardo alle disposizioni costituzionali sui diritti di prestazione, in cui il legislatore ha omesso il mandato costituzionale di legiferare, colmando le lacune legislative nell'implementazione di questi diritti, attraverso l'incostituzionalità della disposizione legislativa nella parte in cui non prevede, l'assimilazione di una categoria ad un'altra che beneficia di un trattamento di favore.²⁶⁴ Tecnicamente, si tratterebbe di una norma in contraddizione con il ruolo di legislatore negativo che la costituzionale le assegna²⁶⁵.

Per alcuni autori, l'incostituzionalità dell'omissione è consustanziale alla dichiarazione di incostituzionalità «*dovrebbe dire x, ma per il fatto di non dire x, è come se dicesse non-x, cioè vietasse o precludesse o escludesse x²⁶⁶*». Per altri autori, la Corte «*non inventa alcunché [nuove norme], ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore²⁶⁷*».

Il funzionamento delle sentenze additive di prestazione si consolidava sul principio di ragionevolezza e il principio di eguaglianza, la questione di fondo sta nel

²⁶² Sentenza C. Cost. 15/1982, del 23 aprile.

²⁶³ Sentenza C. Cost. 4/1981, del 2 febbraio, già citata, secondo la quale questi principi non solo posseggono efficacia interpretativa, ma hanno anche efficacia diretta para derogare altre norme in contraddizione con esse.

²⁶⁴ SALAZAR, C.: *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali...* op. cit., pp. 137 ss.; DE GIORGIS, A.: *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale...* op.cit. pp. 58 ss.

²⁶⁵ ROMBOLI, R.: "La tipologia de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental", *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 46, 1996, pp. 35-80.

²⁶⁶ SALAZAR, C.: *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali...* op. cit. p. 137.

²⁶⁷ Teoria battezzata come di "rime obbligate" CRISAFULLI, V.: "La Corte Costituzionale ha vent'anni", in OCCHIOCUPO, N. (a cura di): *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Cedam, Padova, 1984, p. 84.

come equiparare diritti per non creare una situazione di regressione²⁶⁸ nel momento in cui si innalza il costo economico²⁶⁹.

Secondo la Corte, «una decisione additiva è consentita, com'è *ius receptum*, soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda ad un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando invece si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore²⁷⁰».

Ciononostante, questo modo di procedere da parte della Corte costituzionale è stato autoregolato con il tempo²⁷¹. Le nuove «*sentenze additive di principio*²⁷²», stabiliscono un principio di riferimento per le soluzioni adeguatrici invece di una interpretazione accurata, sarà il giudice comune che deve decidere provvisoriamente il caso concreto, con la possibilità che si possa verificare diversità di interpretazioni, e in conseguenza svalutare il principio della certezza del diritto²⁷³.

Alcuni autori considerano divenuta praticamente desueta la tecnica delle sentenze additive di principio, già coniata proprio «per sanare le omissioni incostituzionali relative ai deficit di tutela dei diritti costosi», gli interventi correttivi della Corte costituzionale riguardano perciò -ormai da tempo- pressoché esclusivamente «il ripristino dell'eguaglianza dei rapporti giuridici o la verifica della ragionevolezza delle scelte politiche, piuttosto che finalità di giustizia redistributiva, come quelle sottese all'art. 3, comma 2, Cost»²⁷⁴

²⁶⁸ Sentenza Corte Costituzionale n. 1/1956.

²⁶⁹ In senso contrario, MORTATI, C.: Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, *Foro Italiano*, V, 1970, p.176, per il quale il Governo e il Parlamento sono obbligati a realizzare le pertinenti previsioni di bilancio per compiere un imperativo costituzionale.

²⁷⁰ Sentenze Corte Costituzionale n. 109 del 1986, nn. 80 e 115 del 1987, n. 125 del 1988, n. 241 del 1990, n. 218 del 1995.

²⁷¹ Sentenze Corte Costituzionale n. 298 del 1993, nn. 70, 258 e 308 del 1994, n. 431 del 2008, n. 283 del 2010, n.234 del 2011.

²⁷² Vid. DOLSO, G.P.: «Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp.4113-4165.

²⁷³ COLAPIETRO, C.: *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, p.57.

²⁷⁴ GIUBBONI, S.: «I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 142, 2014, p. 275.

6.2. «*Rectius principii*» della politica sociale spagnola

Servendosi del riflesso italiano, il costituente spagnolo cercò di rifuggire da un'ipotetica azionabilità diretta delle disposizioni programmatiche. Infatti, per HERRERO DE MIÑON²⁷⁵, «*la retorica costituzionale, incapace, di avere effetti abrogativi, è invece capace di produrre l'illegittimità costituzionale della legislazione ordinaria che sia a essa opposta, privandola d'efficacia, con il conseguente vuoto; e così accadde in Italia. Se, al contrario, come sembra che si orienti la pratica spagnola, si riduce l'efficacia di queste disposizioni a un mero programma legislativo senza effetti diretti alcuni, la Costituzione si svaluta e si dissolve nella discrezionalità del legislatore ordinario*».

Per cui «*l'ipertrofia della parte dogmatica della Costituzione spagnola, grazie all'additamento di elementi puramente nominali, minacciava di distruggere il carattere normativo dell'insieme. Se questo si salvò, nella misura del possibile, fu grazie all'introduzione della categoria di principi guida come categoria diversa da quella dei diritti e delle libertà, il che permise di ridurgli la condizione strettamente normativa assorbendo in quelli gli elementi nominali*».

Alla fine, si comprese che determinate forze politiche, in coerenza con le loro premesse ideologiche, non avrebbero rinunciato alla positivizzazione di ciò che consideravano elementi propri di una società democratica avanzata²⁷⁶.

In Spagna, si preferì quindi razionalizzare l'efficacia giuridica dei diritti contenuti nella Costituzione mediante l'art. 53 CS, sulle garanzie delle libertà e dei diritti fondamentali, in modo che si costituzionalizzavano i diritti sociali, ma non con la stessa rotondità né con la stessa capacità giuridica, chiarendo che questi principi guida non configuravano di per sé e dalla Costituzione dei veri diritti soggettivi, azionabili davanti alle corti²⁷⁷.

Secondo il comma terzo dell'art. 53 CS, i diritti contenuti nella sezione prima del secondo capitolo del titolo I, godono del grado massimo di protezione, quello conferito ai diritti fondamentali, cioè, vincolati a tutti i poteri pubblici, il loro esercizio

²⁷⁵ HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, M.: "Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional"... op. cit. p. 85 e 92

²⁷⁶ LUCAS VERDÚ: "Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada", *Revista de Derecho Político*, n. 10, 1981, citazione estratta da CARMONA CUENCA, E. *El Estado social de Derecho*... op. cit. p. 159

²⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, p. 69.

potrà essere regolato solo attraverso la legge, che in ogni caso dovrà rispettare il suo contenuto essenziale (art. 53.1 CS) e, inoltre, qualsiasi cittadino potrà esigere la propria tutela mediante una procedura preferenziale e abbreviata davanti alle Corti ordinarie e attraverso il *recurso de amparo* (appello per violazione di garanzie costituzionali) davanti alla Corte costituzionale, secondo l'art. 53.2 CS, anche in assenza di attuazione legislativa 158. Il diritto all'educazione, art. 27 CS, o il diritto di libertà sindacale, art. 28 CS, sono diritti sociali appartenenti a questa categoria.

Mentre ai diritti contenuti nella sezione seconda del secondo capitolo, come il diritto al lavoro, art. 35, o il diritto di contrattazione collettiva (art. 37.1) e il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro ad adottare mezzi di conflitto collettivo (art. 37.2), gli si applicano le garanzie stabilite nell'articolo 53.1 CS, ma non quelle contenute nell'articolo 53.2 CS. Sembra che qui si sia seguita la soluzione proposta da Calamandrei per la Costituzione italiana, quando davanti alla difficoltà di articolare giuridicamente l'efficacia dei diritti sociali, proponeva di parlare di «poteri o doveri generici dello Stato», prima che di veri diritti soggettivi azionabili davanti alle corti²⁷⁸.

Invece, il diritto alla Sicurezza Sociale, per la sua ubicazione nel terzo capitolo del titolo I – significativamente denominato *principi guida della politica sociale ed economica* - compie una funzione informativa²⁷⁹, verso la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l'attuazione dei poteri pubblici, ma tali principi si possono addurre davanti alla giurisdizione ordinaria secondo quanto dispongono le leggi che li sviluppano. Curiosamente, esiste un'eccezione nella stessa CS in cui il diritto alla previdenza sociale si configura come diritto fondamentale, l'art. 25.2 CS, cioè, quando il titolare sarà condannato a una pena detentiva, in questo caso e non in altri, il diritto alla previdenza sociale si può utilizzare in via di *amparo*²⁸⁰.

Questa configurazione dei diritti sociali di prestazione, ebbe tre ripercussioni; la prima è che il costituente conoscendo i limiti della proclamazione dei diritti di prestazione per cambiare la realtà, ritardò la sua massima efficacia fino al momento in cui materialmente fosse possibile²⁸¹, mentre affidò al legislatore la creazione delle condizioni materiali che li rendevano applicabili, cioè, una «*scorta economica di quanto*

²⁷⁸ CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en la Constitución*...op. cit. p. 159.

²⁷⁹ ALARCÓN CARACUEL, R.M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, p. 41, autore che si somma alla considerazione del prof. García Enterría di «espressione sfortunata» dell'art. 53.3 in relazione al determinante articolo 9.1.

²⁸⁰ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*...op.cit. p. 91.

²⁸¹ GOMEZ CANOTILHO, J.J.: «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales»...op cit. p. 248

più possibile²⁸²»; la seconda, «rende improbabile che una norma legale qualsiasi, possa essere considerata incostituzionale per omissione, ossia, per non prestare attenzione, considerato in modo isolato, al mandato dei poteri pubblici, e in particolare al legislatore, in cui ognuno di questi principi in generale si concreta»²⁸³; la terza, sull'inazione del legislatore o omissioni legislative che privavano di efficacia le disposizioni economico-sociali della Costituzione riguardo ai diritti sociali prestazionali, che ha previsto l'intervento della Corte costituzionale italiana, dichiarando l'illegittimità costituzionale di tali omissioni e addirittura pronunciandosi sul senso che si doveva dare alla legislazione di sviluppo. Si tratta delle denominate sentenze additive²⁸⁴, che in Spagna si suppone che rimangano «in sospeso» senza una vera efficacia pratica.

7. LA CONFIGURAZIONE LEGALE E L'EQUIVALENZA FUNZIONALE DEI SISTEMI DI SICUREZZA SOCIALE.

7.1. L'organizzazione amministrativa degli Enti previdenziali italiani e gli Enti di Gestione spagnoli

Il pluralismo previdenziale italiano è, senza dubbio, la caratteristica più significativa delle distinte amministrazioni della Sicurezza Sociale; a differenza della Spagna operano un gran numero di Enti²⁸⁵. Ciononostante, ai fini di una comparazione è possibile estrarre due categorie comuni: un'organizzazione amministrativa su base istituzionale e un'altra su base associativa. In entrambi i paesi, il sistema cerca di trovare uniformità a partire dal rafforzamento del regime generale, dalla semplificazione dei regimi speciali e dagli enti di gestione (specialmente nel caso italiano).

L'organizzazione su base istituzionale, in Italia, si divide in un primo polo per la gestione della previdenza, del primo pilastro, strutturato con numerose amministrazioni pubbliche o Enti previdenziali. Più in dettaglio, si articolano due regimi uno generale ed uno speciale. Quello generale comprende *l'Assicurazione Obbligatoria* (AGO) che fa

²⁸² CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en la Constitución*...op.cit. p. 159.

²⁸³ Sentenza C. Cost. 45/1989

²⁸⁴ FERNÁNDEZ SALGADO, F.: "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?" in IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, Vol. IV, 1996, p. 4293.

²⁸⁵ Vid. LEVI SANDRI, L. R.: "Lavoro (contratto individuale)", *Digesto*, vol. XXIII, 1973.

capo all'INPS e all'INPDAP²⁸⁶, l'assicurazione generale dei lavoratori subordinati (privati e pubblici) e le gestioni speciali dei lavoratori autonomi. Il regime speciale (fondi speciali, sostitutivi o solo integrativi del regime generale) per particolari categorie di lavoratori privati²⁸⁷. In un secondo polo, si dispone l'Istituto Nazionale per l'assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL).

In Spagna, la gestione delle prestazioni di Sicurezza Sociale spetta all'Istituto Nazionale della Sicurezza Sociale (INSS), tanto degli infortuni come della previdenza. Vi sono il *Regime Generale della Sicurezza Sociale* (RGSS) o Regimi Speciali: lavoratori per conto proprio o autonomi (RETA); lavoratori del Mare (RETM); Funzionari pubblici, civili e militari; studenti. Vi è la compresenza, inoltre, di altre entità di gestione quali: l'Istituto Sociale della Marina (ISM) che gestisce le prestazioni del Regime Speciale dei Lavoratori del Mare; l'istituto per gli Anziani e Servizi Sociali (IMSERSO) al quale compete, tra l'altro, la gestione delle prestazioni non contributive ed i servizi complementari per persone anziane e persone con incapacità; il Servizio Pubblico di Impiego Statale (SEPE) che è competente nella gestione delle prestazioni per la disoccupazione, che siano o meno contributive; e l'Istituto Nazionale di Gestione Sanitaria (INGESA).

²⁸⁶ Art. 21 del DLegge n. 201/2011, INDAP sono diventati integrati nel INPS. A sua volta, vez, la soppressione dell'INPDAP, dal 1° gennaio 2012, ha determinato il trasferimento dei Fondi gestiti dall'ex INPDAP all'INPS:

- CTPS Cassa Trattamenti Pensionistici Statali (CTPS): Autorità amministrative indipendenti; il personale della carriera diplomatica; il personale della carriera prefettizia; docenti delle Università pubbliche; dei Magistrati; Difesa, Sicurezza e soccorso pubblico.
- CPS Cassa Pensioni Sanitari
- CPDEL EX Enti Locali (con Opera di Previdenza)
- CPUG - Cassa Pensioni Ufficiali Giudiziari
- ²⁸⁷ Ex Fondo Trasporti
- Ex Fondo Telefonici
- Ex Fondo Elettrici
- Fondo Dazio
- Fondo Volo
- Fondo Previdenza Marinara
- Fondo Esattoriali
- Fondo Gas
- Fondo Clero
- Fondo Quiescenza Poste
- Fondo Ferrovie dello Stato
- Fondo lavoratori dello spettacolo (Fpls)
- Fondo sportivi professionisti (Fpsp)
- Fondo Speciale Minatori
- Ex Fondo previdenziale e assistenziale degli Spedizionieri doganali
- Ex Cassa di previdenza per l'assicurazione degli sportivi
- Fondo Dirigenti di azienda industriali

In comune a tutti questi enti si trova la Tesoreria Generale della Sicurezza Sociale (TGSS) alla quale corrisponde la gestione dei ricorsi economici della Sicurezza Sociale, incluso il servizio di riscossione dei contributi (a differenza dell'Italia che per lo stesso ha incaricato INPSS), regolandosi in base ai principi di solidarietà finanziaria e cassa unica. Ciò infatti dimostra la solidarietà tra settori e categorie di lavoratori, compreso una solidarietà geografica, essendo unica per tutto il territorio. Questo determina, inoltre, che per le ipotesi di contribuzione in diverso regime, in Spagna, opera unicamente la «totalizzazione» o cumulo dei periodi in cui si sono versati i contributi. Mentre in Italia, esiste, inoltre, altro meccanismo conosciuto come «ricongiunzione» (unificare sotto un unico ente tutti i periodi di contribuzione).

La protezione dei funzionari pubblici, in Spagna si elargisce mediante tre Regimi Speciali: il Regime Speciale dei funzionari-civili dello Stato, il Regime speciale delle Forze Armate e il Regime Speciale del Personale al servizio dell'Amministrazione della Giustizia. Inoltre non tutti i funzionari si trovano dentro tali regimi e perciò tale protezione si articola in un Mutualismo Amministrativo²⁸⁸. Dualismo simile a quello dei dipendenti italiani che avviene attraverso un sistema di pensione chiamato *Classi Passive dello Stato* e un sistema di prestazione chiamato Mutualismo Amministrativo²⁸⁹.

L'organizzazione su base associativa è affidata a enti privati²⁹⁰ che gestiscono specifici regimi di categoria a competenza generale o particolare. Si tratta di una previdenza di categoria o di mestiere, che riguarda, nella maggior parte dei casi e in entrambi i paesi i liberi professionisti²⁹¹.

²⁸⁸ Art. 10 LGSS (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre)

²⁸⁹ Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE); Mutualidad General Judicial (MUGEJU); Instituto Social de Fuerzas Armadas (ISTAS).

²⁹⁰ En Italia, per effetto del D. Lgs. n. 509/1994 trasformati in soggetti di diritto privato, associazioni o fondazioni, esercenti pubbliche funzioni

²⁹¹ Pubbliche amministrazioni con personalità giuridica di diritto privato

Le casse trasformate con il D.Lgs. 509/1994 sono indicate nell'Elenco dello stesso decreto legislativo:

- Cassa nazionale previdenza e assistenza ingegneri e architetti liberi professionisti (INARCASSA)
- Cassa italiana di previdenza e assistenza geometri (CIPAG)
- Cassa nazionale del notariato
- Cassa di previdenza tra dottori commercialisti (CNPADC)
- Cassa nazionale previdenza e assistenza ragionieri e periti commerciali (CNPR)
- Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense
- Ente nazionale di previdenza e assistenza dei farmacisti (ENPAF)
- Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei veterinari (ENPAV)
- Ente nazionale di previdenza e assistenza per i consulenti del lavoro (ENPAKL)
- Ente nazionale di previdenza per gli addetti e gli impiegati in agricoltura (ENPAIA)
- Ente nazionale previdenza e assistenza dei medici e degli odontoiatri (ENPAM)

7.2. Prestazioni della Sicurezza Sociale

Le prestazioni della Sicurezza Sociale raggruppano una pluralità di strumenti (la maggior parte prestazioni pecuniarie) destinate a prevedere, riparare o superare determinate situazioni di infortunio o stati concreti di necessità, che possono originare

-
- Ente nazionale di assistenza per gli agenti e i rappresentanti di commercio Fondazione (ENASARCO)
 - Fondo agenti spedizionieri e corrieri (FASC)
 - Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani (INPGI)
 - Opera nazionale per l'assistenza agli orfani dei sanitari italiani (ONAOSI)
 - Le casse nate con il D.Lgs. 103/1996[5] sono indicate nel Primo Rapporto (ADEPP)
 - Ente nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei biologi (ENPAB)
 - Ente nazionale di previdenza e assistenza della professione infermieristica (ENPAPI)
 - Ente nazionale di previdenza ed assistenza per gli psicologi (ENPAP)
 - Ente nazionale di previdenza per gli addetti e per gli impiegati in agricoltura (ENPAIA - gestione separata periti agrari e gestione separata per gli agrotecnici)
 - Ente nazionale di previdenza ed assistenza periti industriali e dei periti industriali laureati (EPPI)
 - Istituto nazionale di previdenza ed assistenza dei giornalisti italiani "Giovanni Amendola" (INPGI - gestione separata)
 - Ente di previdenza e assistenza pluricategoriale degli attuari, dei chimici, dei dottori agronomi e dei dottori forestali, dei geologi (EPAP).

In Spagna le *Mutualidades de Previsión Social*:

- Alter Mútua dels Advocats
- Asociación de Socorro del Personal del Banco Español de Crédito (BANESTO)
- Asociación Gestora de Previsión Social del Colegio Oficial de Ingenieros Navales (AGEPIN)
- Asociación Mutualista de la Ingeniería Civil (AMIC)
- Caja de Socorros Institución Policial MPS
- El Volante Aragonés, Mutualidad de Previsión Social
- Fondo de Asistencia Mutua del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (FAM)
- Montepío de Conductores, Centro de Protección de Chóferes
- Loreto Mutua
- Montepío de Previsión Social de Autores Españoles, Mutualidad de Previsión Social
- Montepío de Previsión Social del Noroeste
- Montepío de Teléfonos, Mutualidad de P.S., a prima fija
- Montepío Previsión Social de Viajantes y Representantes de Comercio de España
- Mutua Complementaria de P.S. Renault España
- Mutua de Previsión Social Renault España, M.P.S.
- Mutual de Conductors
- Mutual Médica
- Mutualidad de Deportistas Profesionales
- Mutualidad de P.S. de Aragonesas, a prima fija
- Mutualidad de Previsión Social de la Policía
- Mutualidad de Previsión Social de las Artes del Libro (ARLI)
- Mutualidad de Previsión Social de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales (MUPITI)
- Mutualidad Escolar SEK de Previsión Social
- Mutualidad General de Previsión Social de Gestores Administrativos
- Mutualidad de Previsión Social de los Procuradores de los Tribunales España
- Mutualidad Previsión Social Doctores y Lic. Filosofía y Letras y Ciencias
- Previsión Balear, Mutualidad de Previsión social
- PREMAAT- La Mutua de la Arquitectura Técnica
- Unión de Artesanos Mutualidad de Previsión Social, a Prima Fija
- Unión Española de Conductores de Automóviles
- Purísima Concepción
- Mutua General de Catalunya
- IMA IBERICA
- Asociación Ferroviaria Médico Farmacéutica

una perdita di entrata o un eccesso di spesa nelle persone che si trovano in difficoltà. Esistono molte variabili per la loro classificazione²⁹², ma il criterio qui scelto è l'equivalenza funzionale, che permette di contestualizzare e comparare brevemente le prestazioni dispensate da entrambi i sistemi nel modo seguente:

a) Infortuni sul lavoro e Malattie Professionali

Le definizioni di infortunio sul lavoro in entrambi i paesi si basano intorno a due idee: che il lavoratore/trice soffra una lesione corporale e che l'infortunio sia una conseguenza occasionata a lavoro; vale a dire, deve esistere una relazione di causalità diretta tra il lavoro e la lesione. In Italia²⁹³, l'art. 2 e 210 TU n. 1124/1965 affermano che *«tutti i casi di infortunio avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero una inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni»*.

Nella Legislazione spagnola²⁹⁴, l'art. 156 LGSS definisce l'infortunio sul lavoro come *«ogni lesione corporale che il lavoratore soffre in occasione o come conseguenza del lavoro che esegue per conto terzi»*. In entrambi i paesi non è un richiesto nessun periodo minimo di assicurazione e si riconoscono gli infortuni *in itinere*. In Spagna non è previsto un periodo d'attesa e si percepisce il 75% sulla base dello stipendio del mese precedente all'incidente. In Italia, *«l'indennità temporanea»*, viene erogata, dopo un'attesa di tre giorni, nella misura del 60% della retribuzione media giornaliera del 4° fino al 90° giorno e a partire da allora il 75%.

In merito alla Malattia professionale, in Italia, dev'essere contratta *«nell'esercizio e a causa»* delle mansioni svolte durante l'attività lavorativa. Sono tassativamente indicate dalla legge, artt. 3 e 211 TU n.1124/195. In Spagna, la *«Enfermedad Profesional»* viene definita dall'art.157 della LGSS, come *«la contratta*

²⁹² Secondo la sua periodicità (a vita o temporanea), secondo la finalità (sostituzione del reddito o compensazione), secondo il metodo di pagamento (una- tantum o continuativa), secondo gli obblighi di «dare» o «fare» (prestazioni in denaro o prestazioni in natura), come pagamento (statica o dinamica); a seconda della quantità (uniforme o differenziale).

²⁹³ Decreto del Presidente della Repubblica 30 Giugno 1965 n. 1124 - Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali; Decreto Legislativo 23 Febbraio 2000, n. 38 - Disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a norma dell'articolo 55, comma 1, della Legge 17 Maggio 1999, n. 144.

²⁹⁴ RDLgs 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (riorganizza la LGSS precedente, RDLgs 1/1994)

conseguenza del lavoro eseguito per conto terzi delle attività che si specificano nel quadro che si approva per le disposizioni di applicazione e sviluppo di questa legge».

In Italia, la tabella sulle malattie professionali è stata inserita dal D.M. 9 aprile 2008 e in Spagna dal R.D. 1299/2006 del 10 novembre. Una grande differenza risiede nel carattere misto italiano e chiuso spagnolo. Nel primo caso, la giurisprudenza Costituzionale ha ritenuto di dovere riconoscere carattere inderogabile all'elenco e pertanto si esclude qualsiasi applicazione analogica²⁹⁵; consente, tuttavia, un'interpretazione estensiva²⁹⁶. Riguardo al carattere chiuso spagnolo, invece, non si riconosce alcuna copertura alle infermità non presenti nella lista. In alcuni casi, però, possono essere considerati come infortuni sul lavoro. Ad ogni modo il carattere aperto italiano richiede come condizione per il riconoscimento dell'infermità: periodi minimi di esposizione al rischio insieme all'osservanza di un periodo minimo di trattamento medico di 3 anni; mentre in Spagna non sono previsti tali limiti per la dichiarazione legale di infermità professionale.

b) Malattie comune

In entrambi i paesi viene concessa un'indennità ai lavoratori quando si verifica un evento morboso che ne determina l'incapacità lavorativa, in Italia conosciuta come «*indennità di malattia*²⁹⁷». Per i lavoratori subordinati l'indennità giornaliera è calcolata in percentuale della retribuzione effettivamente corrisposta, con aliquote differenziate in funzione della durata della malattia. L'ammontare della prestazione viene erogata nella misura del 50% della retribuzione media giornaliera a decorrere dal 4° al 20° giorno e nella misura del 66,66% a decorrere dal 21° al 180° giorno; salvo eccezioni non è richiesto un periodo minimo di contribuzione.

In Spagna²⁹⁸, la prestazione per «*incapacidad temporal*», è erogata dopo aver versato 180 giorni nei 5 anni immediatamente precedenti al fatto produttivo l'inabilità. In presenza di un'infermità comune (in caso di incidente o infermità professionale non

²⁹⁵ Vid. CASSALE, D.: «La prova del nesso di causalità professionale per le tecnopatie non tabellate (a proposito della prima pronuncia che riconosce gli effetti cancerogeni dei campi elettromagnetici dei telefoni cellulari)», *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, n. 6, II, pp. 1335-1349. ID.: «Campi elettromagnetici e tumori professionali: Unione europea e Cassazione a confronto - Electromagnetic fields and occupational cancer: the European Union and Italian Supreme Court compared», *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, n. 4, I, pp. 737-757

²⁹⁶ Sentenza Corte Cost. n. 179 del 1988

²⁹⁷ Legge 23 Dicembre 1978 n. 833, Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, S.S.N.. Dal 1 gennaio 1980 è l'INPS eroga le prestazioni economiche di malattia e maternità (art. 74 Legge 883/1978)

²⁹⁸ Art. 130 e ss LGSS (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre)

si richiede un periodo previo di contribuzione indipendentemente se tale evento si sia realizzato a lavoro). La quantità della incapacità temporanea corrisponde al 60 % (della base dello stipendio giornaliero) erogato a partire da 4° giorno fino al 20° incluso; dopodiché aumenta fino al 75%. In entrambi i casi, il pagamento della prestazione è anticipato dal datore di lavoro per conto dell'amministrazione, (comunque in Spagna solamente fino al 15 giorno).

In entrambi gli ordinamenti è previsto un periodo di «carenza» di 3 giorni, (alcuni accordi collettivi coprono questi vuoti) e una durata massima variabile; in Italia di 180 giorni all'anno, e in Spagna di 365 per uno stesso processo di infermità, (prorogabile a 180 se esiste una possibilità che non venga riconosciuta l'incapacità permanente).

c) Maternità/Paternità

In caso di nascita o adozione le prestazioni previste sono: per quanto riguarda l'Italia «*indennità di maternità/paternità*²⁹⁹»; in Spagna si definiscono sussidi per «*la maternità di natura contributiva*» e la «*paternità*», «*maternità di natura non contributiva*³⁰⁰». Questa ultima viene erogata a donne lavoratrici che non hanno potuto soddisfare i requisiti di contribuzione previsto per il sussidio contributivo. Altri benefici sono: in Italia il diritto di assentarsi dal lavoro durante il primo anno di vita dell'appena nato e un «*congedo parentale facoltativo*»; in Spagna le prestazioni da «*rischio durante la gravidanza*» e «*rischio durante l'allattamento*».

I requisiti contributivi oscillano preliminarmente, in Italia, secondo l'iscrizione del lavoratore (autonomo, lavoratore iscritto al fondo pensionistico di gestione separata INPS, liberi professionisti, ecc.), e in Spagna secondo l'età. In concreto, il «*sussidio di maternità di natura contributiva*», per i lavoratori maggiori di anni 26, viene erogato con 180 giorni di contributi negli ultimi 7 anni precedenti alla nascita o all'adozione o

²⁹⁹ Legge 30 Dicembre 1971 n. 1204, Tutela delle lavoratrici madri; Legge 9 Dicembre 1977 n. 903, Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro; Decreto Legislativo 8 Marzo 2000 n. 53- Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città); Decreto Legislativo 26 Marzo 2001 n. 151- Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della Legge 8 Marzo 2000, n. 53); Legge 28 Giugno 2012, n.92, art. 4, co. 24 - 26, recante le disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita

³⁰⁰ Art. 178 LGSS e ss (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre); Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

360 giorni durante tutta la vita lavorativa (simile per il sussidio di paternità). Per le età comprese tra 21 e 26 anni, si prevedono regole speciali. Al contrario, nessun minimo è richiesto per i lavoratori minori di 21 anni neanche per i sussidi previdenziali di rischio durante la maternità e rischio durante l'allattamento, né per la maternità di natura non contributiva.

In Italia la durata del «*congedo di maternità*» è di 5 mesi obbligatori di astensione dal lavoro, riconosciuto alla lavoratrice durante il periodo di gravidanza e puerperio. Si distribuisce flessibilmente a partire dai due mesi previsti per il parto fino ai quattro mesi posteriori a questa data. A riguardo bisogna fare due previsioni (in caso di parto gemellare la durata del congedo di maternità non varia e si prevedono condizioni speciali applicabili ai lavoratori autonomi).

Il «*concedo di paternità*», si dispensa unicamente, quando vi è l'impossibilità della madre di beneficiare del congedo di maternità e consiste nel diritto, che spetta al padre d'astensione dal lavoro ed alla relativa indennità. Tuttavia, si è riconosciuto il diritto autonomo dell'uomo, il «*c.d. congedo papà*», consistente nell'astensione dal lavoro per un periodo di un giorno³⁰¹. Inoltre, vi è la possibilità di astenersi per un ulteriore periodo di due giorni anche continuativi, previo accordo con la madre, e nel caso di sostituzione col periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima.

Ad entrambi viene riconosciuto il «*congedo parentale facoltativo*» della durata di 6 mesi fino al raggiungimento del 6 anno d'età del minore³⁰². A partire da quest'ultima età, i benefici possono concedersi per altri 10 mesi fino all'età di 12 anni, ma in tal caso, la prestazione verrà concessa solamente quando il salario dei genitori non superi due volte e mezzo il minimo legale stabilito³⁰³.

In Spagna, il «*subsidio por maternidad de naturaleza contributiva*» (congedo di maternità di natura contributiva) ha una durata di 16 settimane ed il «*subsidio por*

³⁰¹ L'articolo 4, comma 24, lettera a) della legge 28 giugno 2012 n.92 istituisce un congedo obbligatorio (un giorno) e un congedo facoltativo, alternativo al congedo di maternità della madre (due giorni), fruibili dal padre, lavoratore dipendente, anche adottivo e affidatario, entro e non oltre il quinto mese di vita del figlio.

³⁰² In base al D.Lgs. 80/2015, in vigore dal 25 giugno 2015 ha stabilito che è possibile fruire del congedo parentale ad ore ed a giorni (introdotto dalla legge di Stabilità del 2013, legge 228/2012). Prima l'età del minore era di 3 anni e 8 anni rispettivamente, e durata di 5 mesi.

³⁰³ A dicembre 2015 è scattato anche il voucher maternità per le donne lavoratrici che rinunciano al congedo parentale. Si tratta di una prestazione erogata per 6 mesi di 600 euro al mese.

paternidad» (congedo di paternità) di 13 giorni³⁰⁴. In caso di nascita o adozioni multiple, il primo è prolungabile di 2 settimane extra per figlio e il secondo di 2 giorni extra. Il «*subsídio asistencial por maternidad*» (congedo assistenziale di maternità) copre solo 42 giorni (56 in alcuni casi). La prestazione da «*riesgo durante la lactancia*» (rischio durante l'allattamento) è concesso fin quando il bambino raggiunge l'età di 9 mesi e la prestazione da «*riesgo durante el embarazo*» (rischio durante la gravidanza) per il tempo necessario fin che sparisca il rischio che minaccia la lavoratrice o il feto. I permessi e le autorizzazioni per prendersi cura del figlio sono previsti in materia di lavoro, ma senza copertura economica in quanto prestazioni comprese nella sicurezza sociale.

L'ammontare dell'*indennità di maternità e di paternità* equivale all'80% dello stipendio per il periodo obbligatorio senza un limite massimo. Il *congedo parentale facoltativo* comprende invece il 30% dello stipendio convenzionale. Per il permesso giornaliero di assenza dal posto di lavoro il 100% della retribuzione. A livello assistenziale, si prevede un congedo di maternità della durata di 5 mesi erogato dai comuni per le madri residenti con basso reddito, nel 2015 35.256,84 euro secondo ISEE (Indicatore della Situazione Economica Equivalente). Los *subsídio por maternidad de naturaleza contributiva*, *paternidad*, *riesgo durante el embarazo* y *riesgo durante la lactancia*, coprono il 100% sulla base dello stipendio del mese anteriore alla registrazione. Il *subsídio por maternidad de naturaleza no contributiva* raggiunge il 100% dell'importo assegnato dal IPREM (Indicatore pubblico dei redditi ad effetti multipli).

d) Invalidità

In Italia³⁰⁵ l'*assegno ordinario d'invalidità*, tutela la riduzione permanente di due terzi della capacità lavorativa a causa di incidenti o infermità (fisiche e mentali). Quando l'invalidità si presenta con carattere assoluto e cioè corrisponde al 100% della capacità di lavoro, per qualsiasi attività, il sistema assegna la «*pensione di inabilità*». In

³⁰⁴ Sospesa *sine die* l'entrata in vigore per gennaio 2016 l'estensione del congedo di paternità a 4 settimane.

³⁰⁵ Legge 12 Giugno 1984 n. 222 - Revisione della disciplina della invalidità pensionabile; Legge 8 Agosto 1995 n. 335 - Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare); Legge 23 Agosto 2004 n. 243 - Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria); Legge 24 Dicembre 2007 n. 247 - Norme di attuazione del Protocollo del 23 Luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale).

Spagna³⁰⁶, l'invalidità si riconosce ai lavoratori che, a seguito del trattamento medico prescritto, presentano disfunzioni fisiche o psichiche tali da diminuire la capacità lavorativa. La pensione di «*incapacidad permanente*» (invalidità permanente) può essere elargita attraverso diversi gradi: «parziale per la professione abituale» (con riduzione della capacità lavorativa non inferiore al 33% del suo rendimento non precludendo la possibilità di svolgere compiti fondamentali della professione), «totale per le professioni abituali» (incapacità di svolgere i compiti fondamentali della professione ma non necessariamente di altri lavori), «assoluta per tutti i lavori» (disabilità completa del lavoratore per tutte le professioni anche quelle d'ufficio) «grande invalidità» (si necessita l'assistenza mediante la presenza di un'altra persona per le attività più essenziali).

Entrambi gli ordinamenti prevedono la possibilità di accertare la permanenza dello stato invalidante attraverso revisioni periodiche. In Italia tale controllo si verifica ogni tre anni dalla concessione della pensione di invalidità, solo se lo stato invalidante è confermato per le altre 2 volte successive l'assegno si converte in definitivo. In Spagna invece in qualsiasi momento fin quando non si raggiunge l'età della pensione.

Quando l'invalidità è conseguenza di un incidente sul lavoro non è necessario alcun periodo minimo di contribuzione in nessuno dei due paesi. Per le altre cause di invalidità, in Italia, si richiede un'anzianità contributiva pari ad almeno 5 anni, tre dei quali versati negli ultimi 5 anni precedenti. In Spagna, se l'incapacità permanente riguarda un soggetto di anni inferiori a 31, si esige la terza parte del tempo trascorso tra la data in cui ha compiuto i 16 anni e quella del fatto causante la sciagura. Nei casi in cui l'età è maggiore dei 31 anni, si richiede un quarto del tempo trascorso tra la data in cui ha compiuto i 20 anni e quella dell'incidente, con un minimo, in tutti questi casi, di 5 anni. Inoltre, la contribuzione deve essere compresa in un periodo specifico nei 10 anni immediatamente antecedenti al fatto causante.

Per gli individui che necessitano di aiuto per muoversi ed hanno difficoltà a svolgere i compiti essenziali quotidiani, è previsto, con carattere assistenziale, il pagamento di un «*assegno di accompagnamento*» (508.55 euro en 2015). In Spagna l'assegno, equivalente al 45% della base minima di contribuzione vigente nel Regime

³⁰⁶ Art. 193 e ss LGSS (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre); Orden Ministerial de 15 Abril 1969; Real Decreto 1300/95 de 21 Julio 1995; Real Decreto 1647/97 de 31 Octubre 1997 por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

Generale nel momento del fatto ed il 30% dell'ultima base di contribuzione del lavoratore, viene concesso dalla «*Gran Invalidez*». In nessun caso, il totale potrà avere un importo inferiore al 45% della pensione percepita.

La concessione dell'assegno ordinario d'invalidità solo parzialmente prevede la compatibilità con attività lavorative, ciò invece non vale per l'erogazione della pensione di inabilità. In Spagna, le pensioni per l'invalidità permanente sono compatibili con i redditi da lavoro purché le nuove attività esercitate non rappresentano un cambiamento della capacità lavorativa del pensionato che può comportare una revisione da parte dell'ente di gestione. Se le attività realizzate superano le condizioni stabilite possono essere motivo di sospensione della pensione.

e) Vecchiaia

In materia di vecchiaia, L'Italia al raggiungimento dell'età pensionabile concede la «*pensione di vecchiaia*³⁰⁷». Oltre l'uniformità delle regole pensionistiche tra donne e uomini, tra settori pubblici e privati, la pensione, diventa un parametro da adeguare alla speranza di vita misurandosi nel 2018 a 66 anni e 7 mesi di età e 67 anni e 2 mesi nel 2021.

La pensione di vecchiaia, nel sistema retributivo o misto e come requisito contributivo, viene erogata a favore di un'anzianità contributiva minima pari a 20 anni costituita da contributi versati o accreditati a qualsiasi titolo. Nel sistema contributivo, oltre a 20 anni di contribuzione effettiva ed al requisito anagrafico si ha accesso alla pensione a condizione che la prestazione pensionistica sia superiore di 1,5 volte l'ammontare dell'assegno sociale. Se non si posseggono tali requisiti si resta al lavoro fino ai 70 anni più 3 mesi (ferma restando un'anzianità contributiva effettiva di cinque

³⁰⁷ Legge 23 Aprile 1981 n. 155 - Adeguamento delle strutture e delle procedure per la liquidazione urgente delle pensioni e per i trattamenti di disoccupazione, e misure urgenti in materia previdenziale e pensionistica); Legge 11 Novembre 1983 n. 638 - Conversione in Legge, con modificazioni, del Decreto-Legge 12 settembre 1983, n. 463, recante misure urgenti in materia previdenziale e sanitaria); Decreto Legislativo 30 Dicembre 1992 n. 503 - Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici); Legge 8 Agosto 1995 n. 335 - Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare); Legge 23 Agosto 2004 n. 243 - Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria); Legge 24 Dicembre 2007 n. 247 - Norme di attuazione del Protocollo del 23 Luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale); Legge 30 Luglio 2010 n. 122 - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica); Legge 22 dicembre 2011 n. 214 - Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici).

anni); (obbligatoria, volontaria e da riscatto e non figurativa) ed a prescindere dall'importo della pensione.

In Spagna³⁰⁸, si parla invece di «*pensión de jubilación*», il cui requisito anagrafico andrà ampliandosi progressivamente fino al raggiungimento dei 67 anni nel 2027 (eccetto quelli che hanno compiuto 65 anni d'età ed hanno versato 38 anni e 6 mesi di contributi). Nel 2015 l'età pensionabile prevista è di 65 anni e 3 mesi. Il periodo di contribuzione richiesto è di 15 anni, dei quali, due devono essere immediatamente precedenti alla data della pensione. Tuttavia, per il calcolo pensionistico, il numero degli anni di contributi versati necessari da prendere in considerazione, raggiungerà i 25 nel 2022. Per far maturare pienamente il 100% della pensione, saranno necessari 37 anni di contribuzione. In vigore per le pensioni che si pagheranno a partire dal 2019, in forza del «*fattore della sostenibilità*», si applicherà il requisito dell'aspettativa di vita, a differenza dell'Italia, nell'adeguamento dell'ammontare in luogo dell'età.

Entrambi gli ordinamenti prevedono la cosiddetta «*pensione anticipata*». In Italia, a decorrere dal 1 gennaio del 2012, la pensione anticipata sostituisce la «*pensione di anzianità*». Nel sistema retributivo e misto, possono conseguire tale pensione chi ha maturato un'anzianità pari a 42 anni e 10 mesi per gli uomini e a 41 anni e 10 mesi per le donne. Tale requisito contributivo va aumentato secondo gli adeguamenti alla speranza di vita³⁰⁹. Coloro che accedono con un'età anagrafica inferiore ai 62 anni subiranno disincentivi, introdotti dalla Legge Fornero, con penalizzazioni pari al 2% per ogni anno di anticipo rispetto ai 60 anni di età e dell'1% per ogni anno prima dei 62. Tuttavia, la penalizzazione è stata congelata attraverso vari interventi del legislatore a partire dal 1° gennaio 2015 fino al 31 dicembre 2017³¹⁰. Con riguardo alla pensione anticipata nel sistema contributivo valgono simili requisiti anche se non opera il sistema di disincentivazione. Un'ultima possibilità per chi è all'interno del sistema contributivo: può accedere alla pensione a 63 anni a condizione che siano stati versati e accreditati 20 anni di contributi effettivi (il requisito anagrafico è soggetto ad adeguamento dell'aspettativa di vita e nel 2015 e 2016 sarà di 7 mesi).

³⁰⁸ Art. 204 e ss LGSS (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre); Orden Ministerial de 18 enero 1967; Real Decreto 1647/97 de 1997; Ley 35/2002 de 12 Julio 2002; Ley 27/2011 de 1 Agosto 2011; Real Decreto-Ley 5/2013 de 15 Marzo 2013

³⁰⁹ Art. 12, comma 12 bis del DL 78/2010 convertito con legge 122/2010

³¹⁰ Art. 1, comma 113 legge 190/2014

In Spagna il nuovo orientamento della *«pensión de jubilación anticipada»* tiene conto di due situazioni. La prima, cosiddetta, *«cessazione non volontaria del lavoro»* permette un'uscita anticipata dal lavoro massimo di 4 anni rispetto all'età pensionabile richiesta e sempre che siano stati versati e accreditati 33 anni di contributi e 6 mesi di iscrizione nel registro della disoccupazione. La seconda possibilità riguarda la *«volontà del lavoratore»*. In tal caso l'anticipo sarà concesso con: 2 anni in più rispetto all'età ordinaria, 35 anni di contributi e l'importo sarà ridotto con percentuali più severe rispetto al primo caso summenzionato. In Spagna denominata *«jubilación anticipada por tener la condición de mutualistas»* prevede un'uscita dal lavoro all'età di 60 anni per gli assicurati al sistema precedente al 1967. Ugualmente, in entrambi i paesi l'età pensionabile legale può essere anticipata per determinati collettivi che esercitano: in Italia, *«lavoro usurante»* e in Spagna, *«lavori gravosi, pericolosi, tossici o insalubri»*. L'ambito soggettivo varia significativamente in base al paese. In Italia rimane vigente il *«sistema delle quote»*.

f) Morte e Sopravvivenza

In Italia la cosiddetta prestazione per morte e sopravvivenza³¹¹, conosciuta come *«pensione di reversibilità o pensione indiretta»*, secondo se sia erogata a favore di pensionati o lavoratori, si concede agli aventi diritto dopo la morte del lavoratore assicurato (coniuge vedovo, coniuge divorziato, orfani, e altri familiari dipendenti dal deceduto). In Spagna³¹² lo schema dell'assicurazione comprende *«ausilio per decesso»*, *«prestazione temporale per le vedove»*, *«pensione di vedovanza»*, *«pensione orfanile»*; ai familiari che dipendono dal deceduto la *«pensione/sussidio a favore dei familiari»*.

In caso di decesso, in Italia, i requisiti che un lavoratore assicurato deve possedere affinché i superstiti ottengano la *«pensione indiretta»* sono: di aver maturato almeno 15 anni di contribuzione versati in tutta la sua vita previdenziale oppure, in alternativa, 5 anni di contribuzione di cui almeno 3 versati nel quinquennio precedente la data della sua morte.

Nella circostanza in cui il lavoratore ovvero il pensionato deceduto contrasse matrimonio dopo i 70 anni e con il coniuge superstite ci fosse una differenza d'età superiore a 20 anni la pensione di reversibilità sarebbe ridotta in caso di matrimonio

³¹¹ Art. 6 legge n. 222 del 1984

³¹² Art. 216 e ss LGSS (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre); Real Decreto 1647/97 de 31 Octubre; Orden Ministerial de 13 Febrero 1967

sotto i 10 anni. In particolar modo la quota ordinaria della pensione di reversibilità, pari al 60%, verrebbe ridotta del 10% per ogni anno mancante ai 10 anni di vita coniugale. La riduzione è esente in caso di figli sopravvissuti che hanno diritto ai benefici pensionistici. Contrariamente, in Spagna, per il lavoratore deceduto si richiede che abbia versato contributi per 500 giorni nel corso dei 5 anni precedenti la data del decesso (non si applica nel caso di pensione orfanile). Per il pensionato, invece, si richiede di aver versato contributi per almeno 15 anni.

In entrambi i paesi quando il decesso è causato da un incidente sul lavoro o malattie professionale si parla di «*indennizzo speciale*». In Italia «*pensione Inail*» mentre in Spagna di un indennizzo speciale, un indennizzo una-tantum erogato forfettariamente.

I soggetti beneficiari sono il coniuge superstite, il coniuge divorziato e la coppia convivente (in quest'ultimo caso ci sono notevoli differenza tra i due paesi). La quota di pensione che spetta al coniuge senza figli, in Italia, è pari al 60% mentre in Spagna la vedova/o riceverà una pensione pari al 52% sulla base di calcolo del defunto (in alcuni casi pari al 70%). In caso di morte per “malattia da causa non professionale”, iniziata prima del matrimonio, al coniuge superstite spetta la cosiddetta «*prestación temporal de viudedad o prestación provvisoria di vedovanza*» (della durata di 2 anni mantenendo lo stesso importo), quando non si può accedere alla pensione di reversibilità, perché non si può dimostrare la durata di 1 anno di matrimonio ovvero per l'inesistenza di figli in comune, sempre che si soddisfi il resto dei requisiti generali richiesti. In caso di nuovo matrimonio, come regola generale, la pensione cessa in entrambi i paesi, con le rispettive eccezioni.

Riguardo agli orfani nessuno dei due paesi stabilisce limiti di età in caso di figli disabili. Per il resto, si richiede che alla data della morte del genitore siano minorenni, inabili, studenti fino a 21 anni o fino a 26 anni se universitari e a carico alla data di morte del medesimo.

I vantaggi, in caso di orfani, variano a seconda dei paesi. In Italia, in caso di decesso di uno dei genitori, si dispensa un 20% della pensione dell'assicurato per ogni figlio superstite, ed in caso di 3 o più beneficiari si divide tra questi il 40% della pensione. Nell'ipotesi in cui il coniuge superstite non abbia diritto alla pensione si distribuisce un 40% per ciascun figlio superstite ovvero si riparte il totale della pensione fino al raggiungimento del 100%. Al contrario, prima del decesso di uno dei genitori, si

distribuisce un 40% per ciascun figlio superstite ovvero il 100% è diviso tra il numero dei beneficiari.

In Spagna, la pensione orfanile ammonta circa al 20% della pensione di reversibilità dei coniugi superstiti, per ciascun orfano, percentuali che posso accrescersi fino al 52% (corrispondente al vedovo/a) nel caso di pensione orfanile assoluta. Quando esistono vari beneficiari, la somma delle pensioni orfanili e di reversibilità in nessun caso può superare il 100% della base di calcolo; e nel caso in cui si è orfani di entrambi i genitori l'incremento corrisponderà unicamente ad uno dei beneficiari.

I genitori, fratelli, sorelle ed i nipoti in caso di non presenza di altri superstiti possono ricevere in Italia il 15% della pensione dell'assicurato. In Spagna, i beneficiari della *pensione a favore* dei familiari percepiscono un ammontare pari al 20% sulla base del calcolo.

g) Benefici a favore dei Familiari

Ambedue gli ordinamenti prevedono, in caso di responsabilità genitoriale, familiare ovvero in presenza di figli a carico, l'erogazione di prestazioni per tutelare situazioni di disagio economico o legati ad eccesso di spesa familiare. In Italia tali prestazioni sono finanziate principalmente dai contributi di imprenditori e lavoratori e in Spagna attraverso la riscossione di imposte.

Le prestazioni concesse in Italia comprendono³¹³, da un lato, «*l'assegno per il nucleo familiare*» che è un aiuto economico concesso alle famiglie dei lavoratori dipendenti o dei pensionati da lavoro dipendente; viene concesso a condizione che il reddito complessivo della famiglia non superi le fasce reddituali stabilite ogni anno dal Governo. Dall'altro lato, gli assegni familiari sono una prestazione a sostegno delle famiglie di alcune categorie di lavoratori nel territorio italiano, il cui nucleo familiare abbia un reddito complessivo al di sotto dei limiti stabiliti annualmente dalla legge.

In Spagna³¹⁴ «*la prestazione economica per figli o minori a carico*» consiste in un sussidio economico di carattere periodico che si versa per ciascun figlio o minore in custodia del beneficiario, purché sia minore di 18 anni, o maggiore di tale età, se è

³¹³ Decreto del Presidente della Repubblica 30 Maggio 1955, n. 797 - Testo unico delle norme concernenti gli assegni familiari); Legge 13 Maggio 1988, n. 153 - Conversione in Legge, con modificazioni, del Decreto-Legge 13 Marzo 1988, n. 69, recante norme in materia previdenziale, per il miglioramento delle gestioni degli enti portuali ed altre disposizioni urgenti

³¹⁴ Art. 226 e ss LGSS (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre); Real Decreto 1335/2005, de 11 Noviembre 2005, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

affetto da una disabilità tra il 65 e 100%. Esiste anche la «prestazione economica per nascita/adozione di figli, nei casi di famiglie numerose, monoparentali e nei casi di madri con invalidità³¹⁵» e la «prestazione per il parto o adozioni multiple», avendo quest'ultima, come scopo, compensare, in parte, l'aumento di spesa che si produce nelle famiglie con l'arrivo di due o più figli. L'ammontare si stabilisce in un numero di volte l'importo mensile del salario minimo in vigore secondo il numero di figli nati o adottati.

Effettivamente non rientra tra i sussidi familiari perché è una prestazione propria ma è opportuno citarla ora: l'assistenza all'infanzia di ammalati di cancro o altre infermità gravi.

Occorre anche menzionare le prestazioni per la nascita sebbene con differenze notevoli. In Italia *l'assegno di natalità*,³¹⁶ (c.d. bonus bebè), introdotto con carattere triennale dall'articolo 1, commi dal 125 a 129 della Legge 23 dicembre 2014, n. 190 e di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 febbraio 2015. L'assegno il cui importo è pari a 80 euro se l'ISEE del nucleo familiare non è superiore a 25.000 euro annui, oppure 160 euro se l'ISEE non supera i 7.000 euro annui, è erogato per massimo 36 mensilità che si computano a partire dal mese di nascita/ingresso in famiglia.

In Spagna, la «*prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo*» (prestazione in denaro sotto forma di pagamento unico per la nascita o l'adozione di un figlio, c.d. cheque bebé) inserito nel catalogo delle prestazioni familiari dalla Legge 35/2007 era esigibile indipendentemente dai redditi familiari e consisteva in un aiuto di 2.500 euro per nascita o adozione. E' stato soppresso, con effetti 1 gennaio 2011, dal RD Legge 8/2010.

h) Disoccupazione involontaria

Le prestazioni per la disoccupazione sono quelle che presentano maggiori differenze tra i paesi dovuto alla specificità di ogni normativa. Sinteticamente si può segnalare che l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria, in entrambi i paesi

³¹⁵ Sebbene originariamente sia stato introdotto dal RD 1/2000 come "prestazione per nascita di terzo o figli successivi" la Legge 35/2007 ha modificato il suo quadro oggettivo di copertura ma non ha alterato il resto delle condizioni alle quali si assoggetta il riconoscimento della prestazione che sono ancora pienamente applicabili.

³¹⁶ Assegno di natalità, art.1, commi da 125 a 129 della Legge 23 dicembre 2014, n. 190 e di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 febbraio 2015 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 83 del 10 aprile 2015

è finanziata parzialmente mediante i contributi e le imposte. In Spagna³¹⁷, lo schema di protezione comprende un livello contributivo, il «*sussidio di disoccupazione*», e un livello assistenziale, il «*Reddito Attivo di Inserimento*» (RAI). Esiste anche un'assicurazione volontaria per la *prestazione per cessazione di attività* di lavoratori autonomi. In Italia³¹⁸, l'organizzazione di queste prestazioni è stata ridisegnata costantemente negli ultimi anni ma in generale si può segnalare che non esiste una distinzione tra livelli previdenziali e assistenziali e nemmeno la possibilità di un'assicurazione volontaria.

Il campo di applicazione comprende in entrambi i paesi la disoccupazione totale e parziale. Con riguardo alla disoccupazione totale, in Italia, successivamente alla riforma mediante Legge n. 9 del 2012 (c.d. Riforma Fornero), si stabilivano 4 possibilità³¹⁹. *La più importante, Assegno Sociale per l'Impiego, Aspi*³²⁰, che sostituiva l'indennità di disoccupazione ordinaria. L'Aspi spettava a tutti i lavoratori subordinati, agli apprendisti, ai soci lavoratori di cooperative con rapporto di lavoro subordinato, ed ai dipendenti a tempo determinato delle pubbliche amministrazioni. Posteriormente, con l'entrata in vigore del Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 22 (cd. Jobs Act) a partire dal 1° maggio 2015 le ASPI e Mini Aspi, vengono sostituite dalla Nuova Assicurazione Sociale Per l'Impiego, NASPI.

I requisiti per beneficiare della prestazione NASPI sono tre: lo stato di disoccupazione involontario; il requisito contributivo (il lavoratore deve aver versato nei 4 anni precedenti lo stato del periodo di disoccupazione almeno tredici settimane di contributi); ulteriore requisito riconosciuto ai lavoratori con (trenta giornate di lavoro

³¹⁷ Art. 261 e ss LGSS (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre); Real Decreto 625/85 de 2 Abril 1985; Ley 45/2002 de 12 Diciembre 2002; Ley 52/2003 de 16 Diciembre 2003; Real Decreto 3/2004 de 25 Junio 2004; Real Decreto 200/2006 de 17 Febrero 2006; Real Decreto 1369/2006 de 24 Noviembre 2006; Real Decreto Ley 1/2011 de 11 Febrero 2011; Real Decreto Ley 16/2014 de 19 Diciembre 2014

³¹⁸ Art. 24 legge n. 88 del 1998.

³¹⁹ Mini Aspi è il trattamento di disoccupazione destinato ai lavoratori che non abbiano i requisiti per accedere alle prestazioni Aspi, sostituisce l'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti.

DIS-COLL: l'indennità di disoccupazione per contratto a progetto (c.d. co.co.pro) cui spetterà in via sperimentale per il 2015 l'indennità introdotta dall'art. 15 del decreto legislativo

L'indennità di mobilità: prestazione economica che spetta ai lavoratori che abbiano perso il posto di lavoro all'esito di una procedura di mobilità, venendo meno il percorso prefigurato nel programma di CIGS, ovvero che abbiano subito un licenziamento collettivo in conseguenza della cessazione dell'attività ovvero della riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro. La Legge 92/2012 ha disposto la soppressione dell'indennità di mobilità a partire dal 1° gennaio 2017.

³²⁰ Assegno Sociale per l'Impiego, ASPI): Dopo aver maturato almeno due anni di contributi assicurativi di lavoro, uno dei quali deve essere nel corso dei due anni precedenti l'inizio della disoccupazione; Mini Aspi: Dopo aver maturato per almeno 13 settimane (3 mesi) di contribuzione nei 12 mesi precedenti il licenziamento; Art. 2, comma 4 lett. b), della legge 28 giugno 2012 n.92

effettivo o equivalenti, a prescindere dal minimale contributivo, nei dodici mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione). La durata è pari alla metà dei mesi lavorati negli ultimi 4 anni, per un massimo di 2 anni. Per gli eventi di disoccupazione verificatisi dal 1° gennaio 2017 la durata di fruizione della prestazione sarà in ogni caso limitata a un massimo di 78 settimane.

In Spagna, a livello contributivo, si esige un minimo di contribuzione pari a 360 giorni negli ultimi 6 anni immediatamente precedenti alla situazione di disoccupazione. A livello assistenziale, il *Reddito Attivo di inserimento RAI*, il *Programma di riqualificazione professionale*, il *Programma di attivazione per l'impiego*, non richiedono nessun minimo, salvo persone maggiori di 55 anni. La durata delle prestazioni contributive varia tra 4 e 24 mesi, mentre quelle assistenziali, *di solito sono di 6 mesi, ad eccezione, nuovamente, delle persone maggiori di 55 anni, che si estende fino a raggiungere la prima età possibile per il pensionamento.*

Le percentuali italiane sulla prestazione da ricevere sono del 75% della retribuzione media mensile imponibile ai fini previdenziali degli ultimi quattro anni, se questa è pari o inferiore ad un importo stabilito dalla legge e rivalutato annualmente sulla base della variazione dell'indice ISTAT (per l'anno 2015 pari ad € 1.195,00); se la retribuzione media mensile imponibile è superiore al suddetto importo stabilito, del 75% dell'importo stabilito sommato al 25% della differenza tra la retribuzione media mensile imponibile ad euro 1.195,00. Comunque l'importo della prestazione non può superare il limite massimo individuato annualmente per legge (per l'anno 2015 pari ad € 1.300,00). Per gli eventi di disoccupazione verificatisi dal 1° gennaio 2016 all'indennità mensile si applica una riduzione del 3% per ciascun mese, a partire dal primo giorno del quarto mese di fruizione (91° giorno di prestazione).

Per la Spagna, a livello contributivo, si riconosce il 70% dei contributi versati e maturati durante i primi 180 giorni e, in seguito, il 50 %. Inoltre, d'accordo con il numero di figli a carico, si stabiliscono dei limiti nell'ammontare (minimi: 80% IPREM senza figli o 107% IPREM; e massimi: 175%, 200% o 225% IPREM). A livello assistenziale, variano le percentuali del 75-80% IPREM.

Sulla disoccupazione parziale o provvisoria, in Italia è stata istituita la *Cassa integrazione guadagni ordinaria (CIGO)*. E' una prestazione che ha lo scopo di integrare o ridurre la sospensione o riduzione dell'attività aziendale dipendente da eventi temporanei e transitori non imputabili né al datore di lavoro né ai lavoratori. Inoltre vi è

anche la *Cassa integrazione straordinaria* (CIGS) che è un'indennità erogata dall'INPS per integrare la retribuzione di lavoratori in gravi situazioni di eccedenza occupazionale che potrebbero portare a licenziamenti di massa con evidente ripercussione sul piano sociale. Con il Decreto Legislativo n. 148 del 14 settembre 2015 il Governo italiano ha attuato la legge delega n.183/2014 in materia di riordino degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in materia di cassa integrazione. La durata massima di CIG e CIGS è ridotta a 24 mesi, elevabili (eccezionalmente a 36 mesi con un contratto di solidarietà) e un'indennità pari all'80% della retribuzione che il dipendente avrebbe percepito per le ore di lavoro non prestate.

In Spagna, la disoccupazione si considera parziale quando il lavoratore riduce provvisoriamente la sua giornata di lavoro, tra un minimo del 10 e un massimo del 70 %, sempre che il salario sia oggetto di analoga riduzione. Secondo la disposizione finale quinta della Legge 3/2012, del 6 luglio, sulle misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro, si terrà conto unicamente della riduzione quando sia fatta secondo il procedimento stabilito nell'art.47 ET, mediante la Procedura per i Licenziamenti Collettivi temporanei (ERTE). Le percentuali applicate sono calcolate in uguale misura che per la disoccupazione totale.

i) Dipendenza

Prestazioni specifiche per le persone con disabilità, indipendentemente dall'età, sono concesse, in Italia³²¹, attraverso “*l'assegno di invalidità civile*”, e in Spagna³²², attraverso le «*prestaciones de dependencia*». Entrambe si qualificano come prestazioni assistenziali, vincolate alla residenza ed alla valutazione della dipendenza. In Italia, i gradi di dipendenza vengono stabiliti con Legge. Si differenziano tra quelle che stabiliscono per i lavoratori (33% a 100%), quelle che riconoscono alle persone non attive (45% a 100%). In Spagna, si prevedono 3 gradi di dipendenza: *Grado I, dipendenza moderata*, la persona necessita di aiuto almeno una volta al giorno; *Grado II, grande dipendenza*, la persona necessita di assistenza più di due volte al giorno;

³²¹ Legge 30 Marzo 1971, n. 118 - Conversione in Legge del D.L. 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili

Legge 11 Febbraio 1980, n. 18 - Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili

Legge 5 Febbraio 1992, n. 104 - Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

Legge n. 183 del 4 Novembre 2010, art. 24 - Modifiche alla disciplina in materia di permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazione di gravità).

³²² Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

Grado III, dipendenza severa, la persona necessita di aiuto in continuazione. A sua volta, ciascun grado include due livelli.

I benefici comprendono in entrambi i paesi l'attenzione della famiglia, della casa, servizi di assistenza domiciliare e vantaggi economici. I vantaggi dell'assistenza domiciliare (attenzione alla casa), in Italia, generalmente comprendono l'aiuto a domicilio, consegna del pasto, trattamento medico ed i servizi di infermeria. In Spagna, aiuto domestico e assistenza infermieristica. I benefici per i servizi residenziali, in Italia, si rapportano per i casi più gravi, ed il periodo della permanenza (soggiorno) varia secondo la gravità della situazione dello stato di dipendenza. In Spagna, esistono distinti centri (giornalieri o notturni), secondo la gravità. I vantaggi economici, in Italia, sono costituiti inoltre, dall'*assegno di accompagnamento*, *Indennità speciale per ciechi parziali ed indennità di comunicazione per sordomuti*. In Spagna, si riconoscono prestazioni economiche vincolate al servizio o assistenza nel contesto familiare.

j) Garanzia del reddito minimo

Entrambi gli ordinamenti, grazie alle organizzazioni amministrative che operano in diversi livelli, hanno disciplinato e previsto misure dirette agli individui o alle famiglie che necessitano di aiuto economico³²³. Unicamente, a livello statale, si può segnalare in Italia³²⁴, «l'*assegno sociale*», che si concede agli anziani oltre il 65° anno di età (più l'incremento secondo la aspettativa di vita) che non hanno altra pensione o reddito. Si tratta di una prestazione di tipo assistenziale e come tale non è reversibile ai superstiti. In Spagna³²⁵, la Legge 26/1990 avvia il riconoscimento delle pensioni non contributive e dell'*assegno d'invalidità «jubilación no contributiva e invalidez no contributiva»* e costituisce una chiara dimostrazione del cambio del modello della Previdenza Sociale che aveva dato luogo alla redazione dell'art. 41 CE.

³²³ Vid. GARCÍA ROMERO, B.: *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, CES, Madrid, 1999.

³²⁴ Legge 8 Agosto 1995 n. 335 - Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare.

³²⁵ Artt. 363-372 LGSS (RDLgs 8/2015, de 30 de octubre)

CAPITOLO SECONDO

ÁMBITO DE APLICACIÓN «RATIONE PERSONAE»

SOMMARIO: 1. La universalidad como tendencia.- 2. El criterio de profesionalidad.- 3. El criterio de territorialidad. 3.1. La protección social de los trabajadores nacionales emigrados a territorio extranjero. 3.1.1. Trabajadores nacionales emigrantes a países comunitarios 3.1.2 Trabajadores nacionales emigrantes a países firmantes de Convenios bilaterales 3.1.3. Trabajadores nacionales emigrantes a países extracomunitarios sin Convenios bilaterales o Convenios bilaterales parciales 3.2. La protección social de los trabajadores nacionales desplazados en territorio extranjero y trabajadores fronterizos 3.3. La protección social de los trabajadores inmigrantes en territorio nacional 3.3.1. Los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa regular 3.3.2. Los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular 3.3.3. Otros supuestos especiales: apátridas, refugiados y asilados.-

1. LA UNIVERSALIDAD COMO TENDENCIA

La superación de la pluralidad de Seguros Sociales en España y del modelo *previdenziale* corporativo fascista en Italia, implicó la instauración del «*principio de universalidad en la protección*» como principio fundamental de ambos sistemas de Seguridad Social³²⁶. El encaje en la Constitución del mismo, se puede abordar desde distintas ópticas, como se desprende de la mención española al concepto de ciudadanía o la reinterpretación italiana de la vinculación al trabajo, sea expresamente a «*lavoratori*» o matizada para «*inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere*».

Ciertamente, los sistemas italiano y español de Seguridad Social, a pesar de entroncar en una prominente base profesional-contributiva, el alcance previsto por ambas fórmulas constitucionales permite albergar una vocación universalista, que busque la protección de la población en su conjunto³²⁷. De un modo u otro, ambas Constituciones exigen que se tienda a la protección social de todos los ciudadanos, y no sólo de aquellos que ejercen una actividad profesional y, en consecuencia, cotizan previamente, y en este sentido, se podría hablar, en última instancia, de una tendencia hacia la «*deslaborización*» de la Seguridad Social³²⁸.

³²⁶ En España, incluso, positivado en el art. 2.1 LGSS

³²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V., *et. alt.*, *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 288.

³²⁸ CAVAS MARTINEZ, A: “El modelo de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes, *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social* n. 128, p. 85.

La inconfundible idea formulada por la doctrina sobre la vocación universalista de este precepto constitucional, se constata tanto en los hechos históricos como en la técnica jurídica.

Según la perspectiva histórica, la evolución se hace palpable en el tránsito desde el reclamo a la nacionalidad para la concreción del derecho a la Seguridad social, hasta la amplia interpretación de dicho precepto, que alcanza en la actualidad y, en ciertas condiciones, más allá de los ciudadanos, a los extranjeros residentes en territorio nacional³²⁹. Entonces se entendía que, al estar la protección dispensada encuadrada respecto a un Estado concreto (principio de soberanía), debía reflejarse el innegable vínculo entre ciudadanía y nacionalidad. Así, en Italia, la propuesta del l'On. TOGNI³³⁰ «*al cittadino italiano deve essere assicurata (...) dal lavoro consegue il diritto all'assistenza materiale in caso di malattia, di infortunio, di perdita della capacità lavorativa, di disoccupazione involontaria*», y en España, la enmienda presentada por el Sr. DE LA FUENTE que preveía un régimen público general de Seguridad Social que garantizase prestaciones dignas y suficientes «*para todos los españoles*³³¹».

Desde una perspectiva técnica, la plena efectividad de ese principio de *universalidad subjetiva* difícilmente puede alcanzarse a través de formas de protección exclusivamente contributivas, en tanto éstas, por definición, exigen, precisamente, que los sujetos protegidos hayan realizado una cotización o aportación económica previa, durante un cierto tiempo y en una cuantía determinada, al sistema de Seguridad Social. Sólo pues, a través de formas de protección no contributiva, se puede organizar adecuadamente una extensión de las prestaciones sociales a todos los ciudadanos que la Constitución exige a los poderes públicos³³². Aparece, de nuevo, la naturaleza mixta de sistema de Seguridad Social, y especialmente, en España, en cuanto entiende por desarrollada la parte contributiva e insta a desarrollar la asistencial.

Frente al ideal constitucional de una Seguridad Social para todos los ciudadanos, la legislación ordinaria configura un modelo de aseguramiento sumamente estructurado, que imprime en dicho ideal importantes matices, como las diferencias de protección

³²⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*...op. cit. p.659

³³⁰ La terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 11 settembre 1946.

³³¹ BARRADA, A.: “Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978...op. cit. p. 72, Según el cual no cabe duda de que los “españoles” son “los ciudadanos” de este Estado, por lo que tanto da hablar de los “españoles, como de “los ciudadanos” y justifica este razonamiento en el art. 2 y la declaración de la nación española como “patria común e indivisible de todos los españoles” y el art. 1.1 de “Estado social y democrático de Derecho”.

³³² SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, p. 43-44.

entre aquellas prestaciones derivadas del nivel contributivo y las correspondientes al no contributivo. Esta desigualdad en la protección ha sido avalada por el Tribunal Constitucional español, al considerar en la SSTC 103/1984 que «*la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico*»; es más, según la STC 77/1995, tampoco vulneran el principio de igualdad³³³.

En definitiva, se puede afirmar acerca del campo de aplicación de ambos sistemas, que aun siendo muy amplio, no es universal, pues la existencia de criterios delimitadores (profesionales, territoriales), conlleva que algunos sujetos puedan quedar fuera del sistema. La pretensión de articular los sistemas sobre una vertiente universal no ha sido enteramente conseguida ni en Italia, ni en España³³⁴, pues hay casos en que los sujetos han optado por permanecer al margen, como los profesionales liberales³³⁵, los ociosos, o los acaudalados, que cuentan con recursos económicos suficientes.

Dicho de otro modo, desde un planteamiento quizás más optimista, el principio de universalidad es entendido como que todo ciudadano que se encuentren en situación de necesidad tiene derecho a algún tipo de tutela por parte del Sistema. Se trata de ofrecer a toda persona una garantía de resultado. Cualquier ciudadano en caso de encontrarse en situación de necesidad (pero sólo de las recogidas en la Ley como tales), debe tener acceso a algún tipo de protección del sistema, similar a la que se otorgue a otras personas que se encuentren en su misma situación y condición³³⁶.

En cualquier caso, la práctica totalidad de los modelos contributivos frente a los universalistas, han erigido su campo de aplicación sobre cuatro pilares³³⁷: la profesionalidad, la territorialidad, la nacionalidad y el estado de necesidad. Una vez desechados los llamados principios personales (sexo, edad, estado civil), propios del

³³³ STC 349/2006 de 11 de diciembre; STC 33/2007 de 12 de febrero; STC 89/2009 de 20 de abril; vid. LUJÁN ALCARAZ, J., y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los regímenes especiales de Seguridad Social”, en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *El modelo social en la Constitución española de 1978*, 2003, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, pp. 1007-1032.

³³⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., *et. alt.*, *Políticas sociolaborales...* op.cit., p. 289.

³³⁵ Los profesionales liberales que hagan uso de la facultad prevista en la Disp. Adic. 15ª Ley 30/1995, de 8 noviembre, de Ordenación y Supervisión del seguro privado; Sobre la materia, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: un proceso inacabado”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pp. 68-81.

³³⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGINA, J.R.: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 113.

³³⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi Editorial, 2006, p. 30

modelo corporativo fascista, que no tienen cabida en la actualidad, y toda vez que el criterio de nacionalidad se encuentra en declive, por la paridad de tratamiento -art. 7 LGSS en España y art. 2 TU immigrazione en Italia-, el estudio se centra en los criterios de profesionalidad y territorialidad.

2. EL CRITERIO DE PROFESIONALIDAD

El criterio profesional es el primer principio que regía en ambos sistemas bismarckianos, y especialmente aplicado al trabajo asalariado, de ahí que la doctrina tradicional definiera la posición de sujetos tutelados por la previsión social usando las expresiones de asegurado, asegurante y asegurador, hoy consideradas impropias, por no responder ni a la estructura del sistema jurídico de la Seguridad Social, ni adecuarse a su funcionamiento³³⁸.

Con la evolución, el sistema adoptó una perspectiva más amplia permitiendo la entrada al mismo, de manera heterogénea, a todo aquel que realizase o no un trabajo asalariado³³⁹, atendiendo a las particularidades de cada colectivo, lo que a su vez repercutiría en la organización de la protección³⁴⁰, hablándose entonces, no de asegurado, sino de sujeto protegido, aquel que ostenta un derecho genérico, potencial o actual a la protección del Estado³⁴¹.

La nueva orientación universalista ha ido expandiendo el radio de acción de la aseguración social a prácticamente todas las manifestaciones de la actividad productiva humana, realizando de este modo el objetivo de tutelar a todos aquellos que de un modo u otro «*svolgono una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società*», como manifiesta el art. 4 co.2 CI. En España, la LBSS pretendió que para aquellas actividades profesionales que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciera preciso, «*se*

³³⁸ PERSIANI, M.: *Diritto della previdenza sociale*...op.cit. p. 46.

³³⁹ Sobre la ductilidad de la relación laboral, véase CAMPANELLA, P.: “*Gratuità e contratto di lavoro* (Nota a Cass. sez. lav. 23 agosto 2000, n. 11045)”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, n.4 pp. 624-634, la autora revisa los preceptos *iustolaboristas* de voluntad de las partes, la finalidad de la prestación entre onerosidad y gratuidad, la carga de la prueba, los trabajos familiares y religiosos, el voluntariado, las prácticas formativas. Sobre la paulatina expansión de los beneficios de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en España, véase, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi Editorial, 1996.

³⁴⁰ CARDO RODRÍGUEZ, I.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*...op.cit., p. 46.

³⁴¹ ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 1991, p. 175.

establecerán regímenes especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social».

Tal equiparación se ha ido efectuando bien mediante la simple equiparación de los trabajadores a los trabajadores dependientes, bien con la creación de nuevos regímenes de seguridad social, originando una evolución desigual; en España los criterios profesionales se encuentran desarrollados en el art. 7.1 LGSS letras a) a e), mientras en Italia se recopilan de manera más fragmentaria, creando una profunda deformidad de ámbitos y disciplinas, por lo que la reforma estructural de 1995 debió actuar para recomponer y armonizar. No obstante, sí que se puede señalar, que en ambos países existe una tendencia hacia la homogenización de los sistemas³⁴²; de hecho, en España, figura como objetivo político del *Pacto de Toledo*, la aglutinación en dos únicos regímenes (atendiendo “a sus peculiaridades específicas y objetivas”) el RGSS, para los trabajadores por cuenta ajena y el RETA para aquéllos por cuenta propia³⁴³.

Sin entrar en detalle en consideraciones sobre las condiciones precisas que lleva aparejada cada tutela singular, la primera extensión de ambos sistemas se dirigió hacia la Seguridad Social de los trabajadores autónomos³⁴⁴, en especial aquellas categorías que por su particular debilidad socio-económica podían ser consideradas contiguas al trabajo subordinado³⁴⁵: trabajadores de agricultura, (legge 26 octubre 1957, n. 1047), artesanos (legge 4 julio 1959 n. 463) y pequeños comerciantes (legge 22 julio 1966, n. 613). En época reciente, se extendió a trabajadores que desarrollasen una actividad laboral bajo forma de colaboración coordinada y continuada, pero sin vínculos de subordinación (*lavoratori parasubordinati, coordinati ed a progetto*, art. 2 párrafos de 26 a 32 legge 335/1995 y art. 38 párrafo 5 legge 289/2002, art. 61 D.Lgs 10 septiembre

³⁴² En la última década, en Italia la integración en el INPSS de los siguientes colectivos: régimen de los dirigentes empresariales con la supresión del Istituto Nazionale di Previdenza dei Dirigenti Industriali (INPDAI) mediante el art. 42 Legge 289/2002; la supresión del régimen de funcionarios públicos (INPDAP) con art. 21 co. 1 DL n. 201/2011; el régimen de trabajadores del espectáculo (ENPALS) con art. 21 co. 1 DL 201/2011. Mientras en España, los trabajadores sujetos al régimen especial agrario, primero aquellos por cuenta propia, Ley 18/2007, y a continuación aquellos por cuenta ajena, Ley 28/2011, han quedado integrados respectivamente en el RETA y RGSS; también el régimen especial de empleados del hogar, integrado en el RGSS por la Ley 27/2011.

³⁴³ Recomendación 4ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/128563.pdf p. 80

³⁴⁴ Sobre el régimen jurídico de los trabajadores autónomos, véase en Italia MAINARDI, S. e CARINCI, A.: *Lavoro autonomo e riforma delle professioni*, Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro, Cedam, Milano, 2008; y en España LÓPEZ ANIORTE, M.C., y FERRANDO GARCÍA, F.M.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos: Nuevo régimen jurídico. Hacia la construcción del régimen común de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Civitas, Madrid, 2005.

³⁴⁵ LAMBERTUCCI, P.: *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, 2010, p. 549.

2003, n. 276) y en España, por todos el art. 23 Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo.

También a los socios de cooperativas de trabajo asociado, en Italia Legge 142/2001, y en España, Ley 27/1999 y DA 4ª LGSS (redacción RDLgs 1/1994), y los profesionales liberales colegiados (*liberi professionisti forniti di albo*³⁴⁶). En Italia, las cajas históricas, reguladas por el DLgs. 509/1994 y aquellas categorías desprovistas de una tutela social específica mediante su propia *cassa di preevidenza*, reguladas por el D.Lgs 10 febbraio 1996, n. 103. En España, la Disposición Adicional 15ª Ley 30/1995 ofreció dos posibilidades para la incorporación al sistema, la afiliación a la mutualidad o el ingreso en el RETA, pudiendo ejercer el cambio de la primera a la segunda, pero no a la inversa.

Al principio de profesionalidad habría que sumar el grado de parentesco o a la consideración de cónyuge, que puede actuar como elemento excluyente, no del sistema, pero sí de la consideración de trabajo por cuenta ajena³⁴⁷, con la consiguiente repercusión en el encuadramiento del trabajador en alguna de las modalidades por cuenta propia de los regímenes que internan el sistema, en Italia autónomos artesanos y comerciantes³⁴⁸, y España, fundamentalmente el RETA³⁴⁹.

De modo directo, la premisa de la que parten ambos sistemas, es la extensión de la protección a familiares participantes en el negocio familiar, que no siendo técnicamente trabajadores dependientes, obtienen del trabajo del cabeza de familia el único medio de subsistencia. En términos españoles, se habla de *autónomo* colaborador, dada la colaboración de forma habitual, personal y directa, en la realización de trabajos en la actividad de que se trate. El grado de parentesco presenta una ligera variación; en Italia parientes dentro del tercer grado y parientes políticos hasta el segundo grado; en

³⁴⁶ Un análisis particular en BOSCATI, A.: “Dirigenza sanitaria ed esercizio di attività libero professionale”, *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, n.6, pp.595-604.

³⁴⁷ No pueden ser considerados dependientes en sentido *iustlaboralistico*; véase para Italia la sentencia Corte Cost. 10 diciembre 1987, n. 476; respecto de familiares participantes en empresas familiares, véase las sentencias Corte Costituc. n. 476 del 1987, n. 485 del 1992 y n. 170 del 1994. En España consultar las SSTC 79 y 92 del 1991; SSTC 2 y 59 del 1992; STC 49/1994.

³⁴⁸ Art. 230 bis Código Civil italiano.

³⁴⁹ Sobre el requisito de habitualidad/profesionalidad en el concepto de autónomo en España, véase, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la «habitualidad» al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial”, *Revista de Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 9, 2013, pp. 67-102. Por su parte, sobre el nuevo concepto de autónomo en la LGSS 2015, y sus diferencias con el concepto de empresario y de emprendedor, véase, LÓPEZ ANIORTE, M.C “Precisando conceptos: autónomo, empresario y emprendedor”, en (M. FARIAS BATLLE y F. FERRANDO GARCÍA, Dir.), *Fomento del trabajo autónomo y la economía social*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 33-60.

España, el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive³⁵⁰, además de adopción (art.3.b Decreto 2530/1970 y art 2.1.2 Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970).

De modo indirecto, o en términos italianos en modo de *reversibilità*, en caso de muerte del trabajador cabeza de familia, las previsiones de protección a los familiares supervivientes, los convierte en sujetos titulares de derecho propio. Si bien la organización y soluciones a esta pensión es distinta entre los ordenamientos³⁵¹, los problemas afrontados en cuanto a los sujetos beneficiarios guardan cierta similitud: ambos Tribunales Constitucionales declararon inconstitucional, en razón al principio de igualdad (art. 3 CI y art. 14 CS), la discriminación al viudo que únicamente se beneficiaba de la prestación en caso de invalidez³⁵²; ambos ordenamientos dispensan una fracción de la pensión al cónyuge en caso de sentencia de divorcio o de cese de los efectos civiles del matrimonio (scioglimento); ambos ordenamientos han extendido también la protección a los hijos inválidos, menores de edad, o mayores mientras continúen cursando estudios³⁵³; igualmente ambos cubren a otros miembros de la familia dependientes del trabajador (padres sexagenarios, hermanos/as solteros, nietos bajo condiciones de incapacidad y carencia de medios propios de vida); por el contrario, ambos ordenamientos lo restringieron a las parejas de hecho del mismo sexo³⁵⁴.

³⁵⁰ Aunque el art. 3.b del Decreto 2530/1970 extiende la inclusión de familiares que colaboren con el trabajador autónomo hasta el tercer grado, la misma debe entenderse modificada para adecuarla a la presunción de extralaboralidad que tanto el art. 1.3.e del ET como el art. 7.2 LGSS limitan al trabajo realizado por familiares hasta el segundo grado, quedando relegado de la prueba de su carácter asalariado para ser incluido en el régimen general el pariente de grado ulterior.

³⁵¹ Vid. *supra*, cap. primo, p. 90

³⁵² En Italia las Sentencias Corte Cost. n. 72 del 1971 y n. 119 del 1972 y en España SSTC 103/1983, 104/1983, 42/1984, 253/1988, 144 y 176 del 1989, y 142/1990. Al respecto, la mítica serie viudo discriminado de ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: Jurisprudencia Constitucional de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, Civitas, Tomo I, refs. 77 y 78, Tomo II, ref. 105, Tomo II, ref. 134.

³⁵³ Vid. *supra*, cap. primo, p. 92.

³⁵⁴ Históricamente se consideró que *matrimonio* y *convivencia more uxorio* eran situaciones jurídicas diferentes, por lo que la regulación de las pensiones de viudedad no contenía discriminación alguna en función de una circunstancia social que trataba de excluir socialmente a las parejas que no hubieran contraído nupcias. Y, por otro lado, era irrelevante que la inexistencia de vínculo matrimonial fuese fruto de un impedimento legal ajeno a la voluntad de los integrantes de la pareja. En la actualidad, en España, desde la aprobación de la Ley 13/2005, que modifica el Código civil en materia de matrimonio y la Ley 40/2007 de medidas en materia seguridad social, se ha producido la igualdad en el acceso. Además, la STC de 19 febrero de 2013 elimina, por ser discriminatorio, el requisito de la existencia de hijo en común a las parejas de hecho. No obstante, no es de aplicación a los supuestos de hecho acaecidos con anterioridad a la norma (STC 21 de julio 20014 y STC 10 junio de 2015). En Italia, Sentenza Corte Cost, n. 138 de 14 de abril de 2010 defiende que las uniones homosexuales no pueden ser situaciones homologables al matrimonio. No obstante, la reciente sentencia CEDH 21 julio 2015, en base al art. 8 del Convenio, compele al Gobierno italiano a legislar sobre la materia “*l’Italia non sta prendendo in debita considerazione gli interessi della comunità nel suo complesso(...)*” e “*il Governo italiano ha oltrepassato il margine di apprezzamento attribuito ad ogni Stato in materia*” A nivel de doctrina científica, véase

Otra matización al principio de profesionalidad, en pro de una universalidad de sujetos, radica en la extensión de la tutela a categorías productivas no destinadas al mercado, de riqueza indirecta, como cuidados de responsabilidades familiares en general no retribuidos y especialmente los trabajos del cuidado doméstico o *casalinghe*. En estos últimos se constata una diferencia relevante entre ordenamientos, porque no se trata únicamente de trabajo retribuido y calificado como tal, sino de la necesidad de afirmación y reconocimiento estatal del valor social y económico concedido a los beneficios que dichos trabajos aportan a la entera colectividad.

La protección social de este colectivo en Italia viene regulada por la legge n. 493/1999, sobre aseguración contra los accidentes en ámbito doméstico, donde se establece la obligación de asegurar a las personas (mujeres y hombres) de edad comprendida entre 18 y 65 años, que desarrollen de manera habitual y exclusiva, sin vínculo de subordinación y a título gratuito, labores de cuidado de personas y entorno doméstico. Para ello, se prevé el pago de una pequeña cuota obligatoria anual de 12,91 euros en 2015. Tanto la base jurídica de esta obligación, como su éxito relativo han sido cuestionados.

En materia de pensiones, la legge n. 565/1996, en base a las previsiones de la del art. 2, co. 33, legge 335/1995, instituye un fondo económico de previsión social «*per le persone che svolgono lavori non retribuiti derivanti da responsabilità familiari*». Pueden inscribirse voluntariamente, e independientemente de su género, los sujetos que desarrollen sin vínculo de subordinación, trabajo no retribuido en relación a las responsabilidades familiares, y que no presenten otra actividad por cuenta propia o ajena, ni tampoco sean titulares de una pensión directa³⁵⁵. La cuota a pagar mínima mensual para contabilizar un mes de contribución son 25,82 euros, no obstante, para devengar pensión el importe final debe ser superior al importe del assegno social incrementado en un 20 por 100.

Por el contrario, en España, las prestaciones de trabajo de los empleados del hogar quedan protegidas en tanto los servicios domésticos sean prestados a cambio de una remuneración, quedando excluidos de la contratación, el cónyuge y parientes del

KAHALE CARRILLO, D.T.: “La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales”, *Relaciones laborales*, n.1, 2008, p. 225-254; SCHILLACI, A.: “Pensione di reversibilità e coppie omosessuali: quadro comparativo”, *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2015.

³⁵⁵ A su vez el Fondo dispensa prestaciones de *vecchiaia* y pensione di *inabilità*, pero no *reversibilità*.

cabeza de familia hasta el segundo grado³⁵⁶ (art. 2 Real Decreto 1620/2011). Además, ha de tenerse presente que no está prevista la cotización voluntaria (salvo convenio especial), debiendo mediar en todo caso el principio de profesionalidad. Hasta 2012 se contaba con un régimen propio de Seguridad Social³⁵⁷. En la actualidad, siguiendo las tendencias homogeneizadoras impulsadas por el Pacto de Toledo, la Disp. Adic. 39ª. Ley 27/2011, acogió el acuerdo de Agentes Sociales de 2006, por el que se integran como “sistema especial” dentro del RGSS, mediante una escala anual de bases y tipos de cotización, progresivamente crecientes hasta el año 2019, momento en el que el cálculo tanto de las bases como de los tipos de cotización se realizará aplicando íntegramente las normas que rigen el RGSS.

Otras categorías no productivas con cabida dentro del criterio amplio en la consideración de trabajador por cuenta ajena, son el estudio y el culto religioso. El primero comprende tanto los estudios generales como los oficiales no obligatorios; en Italia, la normativa en materia de aseguración obligatoria cubre los accidentes acaecidos durante el transcurso de aquellas actividades indicadas en el punto 28 del art.1 del T.U. 1124/65, en concreto, los accidentes que se verifican en el transcurso de prácticas experimentales tecno-científicas y ejercicios de educación física y deportes, con la excepción de los accidentes *in itinere* no relacionadas a dichas actividades.

Del mismo tenor son la Ley de Seguro Escolar española de 17 junio 1953³⁵⁸ y la Orden 11 agosto 1953, que además incluyen prestaciones por “infortunio familiar”, entendiéndose por tal aquella contingencia que impida al estudiante continuar su formación, por fallecimiento o ruina del cabeza de familia.

En un ámbito superior, para enseñanzas de doctorado, en Italia, los *assegni di ricerca* (art. 51, c. 6 Legge 449/97), los doctorandos (Legge 315/98, art. 1, c. 1) y los beneficiarios de becas de estudios de doctorado, quedan comprendidos dentro de la

³⁵⁶ Anteriormente, según el antiguo art. 3.1.a D 2346/1969, se preveía hasta el tercer grado, no obstante, por interpretación analógica entre normativa de empleo y normativa de seguridad se consideró hasta el segundo grado.

³⁵⁷ SELMA PENALVA, A.: “Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas”, *Actualidad Laboral*, n. 2, 2012, p. 1 y ss; ID.: “Inconcreciones en cuanto al régimen de Seguridad Social de los empleados al servicio del hogar familiar tras la Ley 27/2011: Algunas reflexiones prácticas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n. 350, 2012, p. 53-88

³⁵⁸ SORIANO GARCÉS, V.: “El Seguro Escolar. Seguridad Social de los estudiantes”, *RISS*, n. 2, 1978, p. 384-389.

Gestione Separata del INPS³⁵⁹, cuya protección excluye las prestaciones por desempleo³⁶⁰; por contra, en España, la entrada en el sistema de Seguridad Social de esta categoría no se ha producido por asimilación, sino por la propia condición de trabajador asalariado, gracias a la aprobación del Estatuto del Becario de Investigación (RD 1326/2003), sustituido por el Estatuto del Personal Investigador en Formación (RD 63/2006), que supone la inclusión en el RGSS de los contratados predoctorales y postdoctorales³⁶¹. La Ley 14/2011, de la Ciencia, Tecnología y la Innovación, ha extendido la consideración de relación laboral a todo el período formativo y no a los últimos dos años del periodo formativo (Disp. Trans. 5ª), como preveía la normativa de 2003, con la consiguiente, extensión de la prestación por desempleo a este colectivo.

Por su parte, en lo que se refiere a las personas dedicadas al culto religioso, en Italia, la relación jurídica de Seguridad Social del clero secular y ministros de culto de confesiones religiosas distintas a la católica, viene regulada por la Legge 903/1973, que instituyó un único fondo de previsión social específico. El fondo acoge a todos los sacerdotes católicos y otros ministros de culto, que sean ciudadanos italianos residentes desde el momento de su ordenación; en cambio, no comprende a los miembros de las órdenes religiosas que viven en comunidad y a las religiosas. En España, cabe destacar el RD 2389/1977, que incorpora al Régimen General a los Clérigos de la Iglesia Católica y Ministros de otras Iglesias y Confesiones, así como el RD 3325/1981, de 19 diciembre, que incluye en el ámbito aplicativo del RETA a los Religiosos y Religiosas de la Iglesia Católica³⁶².

Por último, la tendencia universalizadora implica la inevitable superación del principio de profesionalidad, en la medida en que éste, al limitarse a los sujetos protegidos en el nivel profesional, descuida al resto de sujetos susceptibles de protección. Los nuevos principios constitucionales en Seguridad Social conducen a una ampliación de los fines perseguidos por los sistemas de Seguridad Social.

³⁵⁹ La Gestione Separata es un fondo financiero para las pensiones pagado con las cotizaciones obligatorias de los trabajadores asegurados. Fue creado con la Legge 335/95 (art. 2, c. 26) con el objetivo de asegurar protección social a categorías de trabajadores excluidas hasta el momento.

³⁶⁰ En 2015, el sindicato FLC-CGIL junto a la Asociación de Doctores y Doctorandos Italianos (ADI) ha lanzado una campaña para pedir al Ministerio del Lavoro e delle Politiche Sociali el reconocimiento del derecho a la *indennità di disoccupazione Dis-Coll* para estas categorías.

³⁶¹ CRISTOBAL RONCERO, R.: “El personal investigador en formación: un contrato común con peculiaridades”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 83, 2009, p. 324. LUJÁN ALCARAZ, J. (2004). “A propósito del Estatuto del becario de investigación”, *Aranzadi Social*, n. 5, p.23-34

³⁶² Vid. ORTIZ CASTILLO, F.: *La protección social de los ministros de culto, religiosos y secularizados*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2014.

Consecuentemente, esto ha comportado el reconocimiento del derecho a las prestaciones de Seguridad Social a otros sujetos a pesar de no ser trabajadores, como la pensión asistencial a los ciudadanos afectados de patologías congénitas o adquiridas, que no permiten la realización del trabajo, en Italia la *pensione di invalidità civile*, introducida por el art. 12 Legge 118/1971, y en España la *pensión de invalidez no contributiva* regulada en los arts. 363 y ss LGSS, o también la atención a los ancianos *utrassesantaincqueeni* que se encuentren en condiciones económicas paupérrimas, en España con la *pensión de jubilación no contributiva* regulada por los arts. 369 y ss LGSS, y en Italia mediante el antiguo *asegno sociale* (art.3 co. 6 Legge 335/1995).

3. EL CRITERIO DE TERRITORIALIDAD

El principio de territorialidad, *lex loci laboris*, es decisivo para la determinación del campo de actividad de la Seguridad Social³⁶³ y tiene como efecto colateral el nada despreciable fortalecimiento de los vínculos del extranjero con el país de acogida³⁶⁴. Dicho principio se manifiesta en dos vertientes³⁶⁵, la residencia en suelo nacional y el lugar de ejercicio de la actividad, lo que remite de nuevo al criterio de profesionalidad. La lógica hace que ambos sean imprescindibles para que pueda ser técnicamente viable la dispensación de las prestaciones³⁶⁶.

En relación a ellos, se presentan tres posibilidades: trabajadores nacionales (italianos y españoles) que prestan servicios respectivamente en su propio territorio nacional; trabajadores nacionales residentes en territorio extranjero; y ciudadanos extranjeros (no comunitarios) que desarrollan la prestación de trabajo en Italia o España. No obstante, el principio encuentra excepciones, hasta el punto de calificar de territorial no tanto al sistema como a las leyes mismas³⁶⁷.

³⁶³ DE COMPADRI, F. ed GUALTIEROTI, P.: *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 111.

³⁶⁴ CORREA CARRASCO, M.: "El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones", *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Dirección general de ordenación de la Seguridad Social, p. 29.

³⁶⁵ RODRIGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social...* op.cit., p. 129. Otros autores consideran la residencia criterio personal, y únicamente mantienen el ejercicio de la actividad propiamente como criterio territorial. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. M.; QUESADA SEGURA R., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 88.

³⁶⁶ MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Curso de Seguridad Social...* op.cit., p.92.

³⁶⁷ CORREA CARRASCO, M.: "El contrato de trabajo internacional..." op. cit. pág. 29

El primer supuesto es el general por antonomasia, y no reviste mayor inconveniente. Se presenta íntimamente ligado al criterio de profesionalidad. El art. 7 LGSS exige en principio que las personas que desarrollan alguna de las actividades ya descritas «*residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional*».

Por tanto, para causar derecho a las prestaciones, se exige además el requisito de residencia, careciendo de protección quienes carecen de esta vinculación³⁶⁸.

Sobre el segundo supuesto, la emigración, ambas Cartas Constitucionales han previsto una especial atención a este fenómeno, pues en el momento de su promulgación ambos países eran preeminentemente emisores de mano obra³⁶⁹. La emigración fuerza al desplazamiento del trabajador a distintos Estados, con la concurrencia de más de un ordenamiento de Seguridad Social y la consiguiente problemática en la adquisición de derechos de pensión (la legislación aplicable, la acreditación del alta, el cómputo de cotizaciones, la composición de la base reguladora, la liquidación y pago de la prestación, etc).

En España, de acuerdo con el número 3 del art. 7 LGSS, el Gobierno puede establecer medidas de protección a estos conciudadanos españoles, de acuerdo con las características de los países de residencia. En este sentido, aparecen dos posibilidades en las que los no residentes en territorio nacional, pueden quedar integrados en el sistema, con determinadas particularidades: el desplazamiento y la emigración. Las previsiones normativas referidas a estos dos supuestos se han basado en la coordinación entre sistemas, vía Reglamentos comunitarios o Convenios bilaterales, que se desgranar en los siguientes epígrafes.

A nivel constitucional, se puede reseñar, en Italia, el art. 35, co. 4 CI, que garantiza que la República «*riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero*» y en España el art. 42 CS, donde se prevé que «*el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno*». Resulta llamativo, y nada ingenuo, que la fórmula empleada por el constituyente español, a diferencia del homólogo

³⁶⁸ Una manifestación extrema es la exclusión del ámbito subjetivo de un trabajador con nacionalidad española, desplazado desde el extranjero, con residencia y prestación de servicios en España (STS de 11 julio de 1970).

³⁶⁹ AZNAR LÓPEZ, M.: “Anche la Spagna da paese di emigrazione a paese di immigrazione”, *Affari Sociali Internazionali*, 2003, n. 1, p. 81

italiano, evite cualquier referencia al término emigrante, tal vez, derivado de la posición tradicional del franquismo respecto a este fenómeno, basada en la creencia de la amplia labor tuitiva del Estado en este terreno como forma de ocultar su falta de control sobre los flujos migratorios y sobre los abusos y la explotación de que fueron objeto numerosos emigrantes³⁷⁰.

Finalmente, acerca del último supuesto, inmigración de trabajadores extracomunitarios, Italia y España son entre los Estados miembros de la UE, el caso más significativo de transición de un país de emigración a un país de inmigración³⁷¹. En ambos países, la inmigración comienza a manifestarse en un contexto de tendencias demográficas negativas, con necesidad de mano de obra adicional en sectores específicos (agricultura, trabajo doméstico y construcción, este último especialmente en España), a menudo en forma de empleo irregular.

Estos cambios en la configuración social se reflejaron en la legislación sobre inmigración, y especialmente sobre los derechos sociales y el acceso a la previsión y asistencia social. Aun con las peculiaridades nacionales, se puede confirmar, a grandes rasgos, una tendencia inmigratoria cronológica y normativa similar.

Desde el ámbito de la OIT, el fenómeno de la inmigración se ha abordado desde dos aproximaciones; de un lado, los Convenios que expresamente se refieren a los trabajadores migrantes, y, por tanto, tienen en cuenta la carencia de la nacionalidad, y en algunos casos, también las situaciones administrativas en las que se hallen; y, de otro lado, aparecen Convenios que se refieren a una materia concreta y que pueden o no, tener un tratamiento diferenciado³⁷².

Los primeros son de especial interés respecto del tema que aquí se aborda, destacando cuatro de ellos: 1) el Convenio n. 97, que establece la condición de

³⁷⁰ BABIANO, J. y FERNANDEZ ASPERILLA, A.: “El fenómeno de la irregularidad en la emigración española de los años sesenta. Documento de trabajo 3/2002”, Fundación 1º Mayo, p. 2; www.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc302.pdf. A su vez, Sobre la discriminación en las condiciones laborales y en la protección social de los trabajadores españoles en Francia, vulnerando incluso los acuerdos bilaterales de emigración, es muy ilustrativo el artículo BABIANO, J.: “El vínculo del trabajo: los emigrantes españoles en la Francia de los treinta gloriosos”, *Migraciones & Exilios*, nº2, 2001, pp. 9-3.

³⁷¹ BONETTI, P.: “Italia”, en AA.VV, Aja, E. y Diéz L. (coord.): *La regulación de la inmigración en Europa*. La Caixa, Barcelona, 2005, p. 145.

³⁷² VALDUEZA BLANCO, M.D.: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, LexNova, Valladolid, 2008, p.56. Respecto de los segundo la autora destaca el convenio n. 87 relativo a la libertad sindical, cuyo art. 2, sin ninguna distinción y sin autorización previa, otorga a los trabajadores y empleadores, el derecho de constituir las organizaciones que estimen oportunas, así como afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

encontrarse legalmente a la hora de otorgar un trato no menos favorable respecto a determinadas materias; 2) El Convenio n. 19, sobre igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo; también refiriéndose a los inmigrantes, es de vital importancia en materia de derechos prestacionales por contingencias profesionales, el art. 1.2, que dispone que «*esta igualdad será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia*»; 3) el Convenio n. 143, cuyo art. 9 prevé que los trabajadores migrantes en situación irregular, así como su familia, deberán disfrutar de igualdad de trato en lo concerniente a derechos derivados de empleos anteriores entre otras materias la Seguridad Social³⁷³; 4) el Convenio n. 118 relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social, deja abierta la posibilidad de que cada miembro, para algunas prestaciones y bajo determinados supuestos pueda exigir la residencia del extranjero. Todos ello han sido ratificados por Italia, mientras los dos últimos no han contado con la ratificación española³⁷⁴.

En cuanto a la definición nacional del status del extranjero, ambos países trazan una línea de demarcación entre ciudadano y extranjero respecto a los derechos en general. Los preceptos constitucionales de referencia a la titularidad y al ejercicio de derechos por parte de los extranjeros se encuentran, en el principio de derechos inviolables (art. 2 CI y art. 10 CS), la impronta de las normas internacionales (art. 10.1 CI y arts. 10.1 y 13 CS), el derecho al trabajo (art. 4 CI y art. 35 CS) y la no discriminación en su acceso y ejercicio (art. 3 CI y art. 35 CS), por lo que ambas Cartas otorgan un protagonismo similar al extranjero³⁷⁵, con el objetivo (explícitamente en Italia) de alcanzar la justicia y paz entre pueblos³⁷⁶.

Sobre la base de estas disposiciones el principio de igualdad opera sin restricción alguna entre los extranjeros y los ciudadanos, se puede retener que tanto los derechos civiles como los sociales deben ser incluidos en las situaciones jurídicas para las cuales no es admisible la discriminación, mientras la esfera de derechos políticos permanece cerrada a los no ciudadanos³⁷⁷.

³⁷³ El Convenio fue ratificado por Italia con Ley del 10 abril 1981, n. 158.

³⁷⁴ www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11001:0::NO

³⁷⁵ VENEZIANI, B.: “Il popolo degli immigranti e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta”, *Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2007, p. 494.

³⁷⁶ CORSI, C.: *Lo straniero e lo Stato*, Cedam, Padova, 2001, p. 121.

³⁷⁷ BUZZACCHI, C.: “Cittadinanza e liveas”, in BALBONIO, E.: *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Jovene Editore, Napoli, 2008, vol. 1, p. 350.

Estas conclusiones han sido ratificadas por la jurisprudencia constitucional de los dos países. En Italia, la Sent. Corte Cost. n. 62 del 1994 afirmó que «*il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tolera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero*», y continuó diciendo en la Sent. Corte Cost. n. 432 del 2005, «*così da rendere legittimo, per il legislatore ordinario, introdurre norme applicabili soltanto nei confronti di chi sia in possesso del requisito della cittadinanza – o all'inverso ne sia privo – purché tali da non compromettere l'esercizio di quei fondamentali diritti*», de modo que sin perjuicio de los derechos políticos, todos los demás derechos de libertad –y correspondientes obligaciones- deben ser reconocidos también a los extranjeros³⁷⁸.

Por tanto, también los derechos sociales son considerados derechos inalienables que el ordenamiento reconoce al sujeto extranjero, y a partir de esta premisa básica se puede construir el discurso sucesivo sobre la garantía de un nivel esencial de tutela de dichos derechos³⁷⁹.

En España, el Tribunal Constitucional ha venido defendiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13. 1 de la CS, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde la STC 107/1984 de 23 de noviembre, el Tribunal ha mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal.

En base a ello, las SSTC 99/1985 y 130/1995, declaraban que los extranjeros gozan en nuestro país, «*en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana; por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos como los reconocidos en el art. 23 CS; y, finalmente, que existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo*

³⁷⁸ CORSI, C.: *Lo straniero e lo Stato*, Cedam, Padova, 2001, p. 121.

³⁷⁹ BUZZACCHI, C.: “Cittadinanza e liveas”, in BALBONIO, E.: *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Jovene Editore, Napoli, 2008, vol. 1, p. 351.

*admisibile en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales, como es el caso de las prestaciones de Seguridad Social*³⁸⁰».

Sobre la articulación legislativa del derecho a la Seguridad Social respecto a los trabajadores que sean nacionales de terceros países, ambos ordenamientos recogen el principio de igualdad a los trabajadores extranjeros respecto de sus nacionales³⁸¹, y por tanto, la aplicabilidad de sus legislaciones de Seguridad Social en relación con otro principio básico en la materia, la territorialidad de la aseguración obligatoria³⁸².

De modo que, para la inmigración, se entrelazarán dos vectores con el criterio de territorialidad, la naturaleza de las prestaciones de Seguridad Social (contributivas y no contributivas), y la situación legal del inmigrante (administrativamente regular o irregular). La relación entre estas variables ha sido ambivalente. A finales de los años '90, se abrió una fase de profundización que condujo a la aprobación de sendas leyes orgánicas, 1998 en Italia, y 2000 en España, con el fin de permitir y facilitar su integración y estabilización en la sociedad civil³⁸³. En el transcurrir de la década del 2000, se produjeron simultáneas intervenciones legislativas en ambos países (2002 y 2009), caracterizadas las dos por su carácter restrictivo, que han redimensionado el alcance de las normas originales, pero sin derogarlas. En el fondo subyace un debate ideológico³⁸⁴, necesario por otra parte per una política migratoria consolidada.

³⁸⁰ Por todas la STC 95/2000, de 10 de abril de 2000.

³⁸¹ El art. 11 Directiva n. 2003/109, establece el principio de igualdad de trato a los titulares del permiso de residencia CE de larga duración respecto a los ciudadanos nacionales en materia de prestaciones de Seguridad Social.

³⁸² COSATTI

³⁸³ TORSELLO, L.: *L'accesso dell'extracomunitario all'assistenza sociale, in Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, Bari, 2007, p. 332.

³⁸⁴ Ya desde el inicio de la Asamblea Constitución italiana se presencié un apasionado debate en torno a al principio de reciprocidad, de un lado, l'On TIERI afirmava Seduta 26 marzo 1947, *“Ma pensate per un momento agl'innumerevoli e singolari privilegi che sono conferiti generalmente a un uomo per il solo fatto di esser egli uno straniero. Si direbbe che la qualità di straniero sia cosa tanto alta da permettere a chi la possiede, per il solo fatto che la possiede, anche quello che non è consentito ai più probi, ai più meritevoli, ai più illustri nati nel paese. Non basta, dunque, la enorme facilità con cui si distribuiscono fra stranieri quelle stesse onorificenze che spesso e crudelmente si negano a tanti ingenui, seppure avidi, connazionali?”*, www.camera.it/dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed076/sed076.pdf ; De otro lado l'On. DELLA SETA manifestaba: *“Se venisse in Italia uno straniero, vorrei che a questo straniero noi riconosciamo quegli stessi diritti, che noi riconosciamo ad altri stranieri di altre nazioni, quand'anche la nazione dalla quale lo straniero proviene non riconoscesse per noi quei diritti che noi allo straniero riconosciamo. Roma si dice, è madre del diritto: cominciamo noi, dunque, a dare agli altri una lezione di diritto, anzi di una maggiore civiltà”*. Seduta del 28 marzo 1947, [/www.camera.it/dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed080/sed080.pdf](http://www.camera.it/dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed080/sed080.pdf)

3.1. La protección social de los trabajadores nacionales emigrados a territorio extranjero

3.1.1. Trabajadores nacionales emigrantes a países comunitarios

Desde el punto de vista subjetivo de los mecanismos de protección, la incidencia de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social es muy escasa. La extensión personal no coincide, ni tiene por qué hacerlo, con la del campo de aplicación de los sistemas de los distintos Estados Miembros³⁸⁵, al ser la configuración de cada sistema de Seguridad Social una competencia de soberanía nacional.

Los Reglamentos comunitarios están ideados en pro de garantizar la libre circulación de trabajadores, coordinando las normativas de los distintos sistemas nacionales. Únicamente comenzó a mostrarse interés en la materia en tanto los sistemas de Seguridad Social obstaculizaban la libre circulación³⁸⁶. Esta situación se explica por la génesis económica que inspiraba a los Tratados constitutivos, y la clásica expresión “frigidez social” de las Comunidades Europeas³⁸⁷.

Por tanto, la intervención de la Unión Europea ha de encargarse de salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición del trabajador migrante, así como los derivados de su familia. Desde el 1 de mayo del 2010, la nueva normativa en vigor es el Reglamento (CE) n. 883/2004, y el Reglamento de aplicación (CE) n. 987/2009. Estos han venido a reemplazar a sus antecesores, los Reglamentos CEE 1408/71 y 574/1972 con la intención de modernizar y simplificar la cada vez más compleja normativa de coordinación dadas las constantes reformas³⁸⁸, e intervenciones del TJUE³⁸⁹, que han impuesto la necesidad de agilizar la coordinación y sistematizar su aplicación, incluyendo a trabajadores que otrora permanecían al margen.

Igualmente, desde el inicio de los primeros Reglamentos 3 y 4 de 1958, los principios inspiradores se han mantenido constantes: 1) la igualdad de trato, la cual requiere que cada Estado garantice el mismo trato y los mismos beneficios reservados a

³⁸⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social, ...op.cit.*, p. 187

³⁸⁶ ROMÁN VACA, E.: “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, 2006, p. 110.

³⁸⁷ MANCINI, F.: “Principi fondamentali di diritto del lavoro nell’ordinamento delle Comunità europee”, in AA.VV.: *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, p. 26; ID.: “Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, I, 1986, p.1180.

³⁸⁸ Hasta un total de 39 veces fue modificado el Reglamento 1408/71 según CORNELISSEN, R.: “50 years of European Social Security Coordination”, in *European Journal of Social Security*, 2009, n.11, p.11, citado en FOGLIA, R. e COSSIO, R.: *Il diritto del lavoro nell’Unione Europea*, Giuffrè, p.199

³⁸⁹ Casi el 20% de todas las sentencias corresponden al Reglamento 1408/1971, según GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, 2006, p. 52.

sus nacionales; 2) la totalización de los períodos cotizados, gracias a la cual, los períodos asegurados madurados en diferentes Estados, se acumulan, si no se superponen, de conformidad y dentro de los límites de cada ley nacional, a fin de permitir el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a las prestaciones; 3) el pago a prorrata de los derechos adquiridos entre todos los Estados donde se hubiera prestado servicios; 4) el derecho a la exportación de prestaciones, es decir, obtener el pago de las prestaciones en el país de residencia, incluso si es a cargo de otro Estado.

En concreto, las previsiones del campo subjetivo del art. 2 del Reglamento 883/2004 se han extendido paulatinamente, desde los trabajadores por cuenta ajena, hasta ser de aplicación a la totalidad de las personas aseguradas en la actualidad, primero incluyendo a los trabajadores por cuenta propia³⁹⁰, a continuación, con la incorporación de los funcionarios de Regímenes Especiales³⁹¹, y los estudiantes³⁹²; y, en el mismo sentido, de los seis Estados miembros originarios en 1971 a los actuales 28 Estados miembros, y ciudadanos de los Estados EEC³⁹³ (Suiza, Islandia, Liechtenstein y Noruega).

El nuevo Reglamento incluye, además, a todas las personas laboralmente activas o no, y a los nacionales no comunitarios, lo que, sin duda, dinamita la vinculación laboral del Reglamento y abre nuevas opciones, dirigidas a la protección del ciudadano en su condición de tal, abandonado la noción de *market citizen*³⁹⁴, el ciudadano entendido como sujeto de la economía productiva y no por su condición de simple ciudadano.

³⁹⁰ Reglamento n. 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, que extiende a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento (CEE) 1408/71, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a los miembros de su familia que se desplazan por el interior de la Comunidad (DOCE L 143, de 29 de mayo de 1981)

³⁹¹ Reglamento n. 1.606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 1408/71, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad, con objeto de incluir a los Regímenes Especiales de funcionarios (DOCE L 209, de 25 de julio de 1998)

³⁹² Reglamento CE n. 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 1408/71 relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad con vistas a ampliarlo para que cubran a los estudiantes (DOCE L 38 de 12 de diciembre de 1999).

³⁹³ Los Reglamentos (CEE) n. 1408/71 e n. 574/72 de aplicación a los desplazamientos en territorio italiano y español a los ciudadanos suizos (Acuerdo CEE/Suiza del 21 junio 1999, en vigor desde el 1 junio 2002) y los ciudadanos precedentes de países de los países del Espacio Económico Europeo, Islandia, Liechtenstein y Noruega (Acuerdo EEE del 2 mayo 1992, en vigor desde el 1 enero 1994 para Islandia y Noruega, y del 1 mayo 1995 para Liechtenstein).

³⁹⁴ GIUBBONIS, S.: “Libertà di circolazione e protezione sociale nell’Unione Europea”, *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1998, p. 111

En cuanto a los nacionales de terceros países que desarrollan su actividad laboral en territorio comunitario, su inclusión en el campo de aplicación personal de las normas de coordinación ha sido la última en producirse, y lo ha hecho de manera indirecta, suprimiendo la nacionalidad como criterio de aplicación de los Reglamentos, con base jurídica en el art. 63.4 del Reglamento específico 859/2003, que extiende las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 a este colectivo (los nuevos reglamentos no han derogado los anteriores que continúan de aplicación únicamente para los nacionales de terceros países), y no en el art. 48 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo 42), dos preceptos que pueden tener una vida distinta y sufrir modificaciones en el futuro de naturaleza diferente³⁹⁵. La aplicación de este Reglamento vino condicionada por la excepción expresa de Dinamarca, y la aceptación *opting in* del Reino Unido e Irlanda³⁹⁶.

Ahora bien, conviene precisar que la referencia a los extracomunitarios viene hecha siempre que no estén cubiertos debido a su nacionalidad, así como los miembros de sus familias y sus supervivientes, siempre que estén en situación de residencia legal en el territorio de un Estado Miembro, y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no concurren en el interior únicamente de un solo estado miembro.

A su vez, la inclusión en los Reglamentos tampoco garantizará la igualdad de trato en el acceso al Sistema de Seguridad Social, pues, de un lado, los extracomunitarios carecen del derecho a la libre circulación y están sometidos a las legislaciones nacionales de extranjería³⁹⁷, y de otro lado, la finalidad de los Reglamentos comunitarios es puramente instrumental, y entre sus funciones no se encuentra, en sentido estricto, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato. Además, la libre circulación impide el nacimiento de situaciones de irregularidad, tan frecuentes en la extranjería, que acaban distorsionando el ámbito subjetivo y objetivo de protección³⁹⁸, de modo que se trata de planos distintos.

³⁹⁵ GARCÍA CORTAZAR Y NEBREDA, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”... op.cit., p. 57

³⁹⁶ Se entiende por *opting in* la declaración de voluntad en virtud del cual se manifiesta el deseo de un Estado que cuenta con potestad para ello, de quedar obligado por el contenido de las negociaciones de la normativa comunitaria y el resultado final de la misma que de otra forma no le afectaría

³⁹⁷ Las cuales puede reconocer, como en la actualidad lo hacen, la igualdad de trato, como también podrían apostar por el criterio de la reciprocidad.

³⁹⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social*,...op. cit. p. 193.

También se ha de tener presente la extensión que la Directiva 2004/38/CE, opera respecto al derecho de los familiares de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La transposición de la norma ha sido efectuada casi literalmente en Italia por el Decreto Legislativo n. 30/2007 del 6 febrero 2007, mientras que en España, el Real Decreto 240/2007, de 17 febrero, estableció, en su transposición, una serie de cautelas adicionales, que posteriormente el Tribunal Supremo anuló en Sentencia de 10 junio 2010.

Entre las exigencias más destacadas consideradas contrarias a la Directiva 2004/38/CE se encontraban: la conservación del vínculo matrimonial o relación de hecho sin divorcio o *separación legal*³⁹⁹; para los casos de unión análoga a la conyugal, la inscripción en un registro público *que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado*⁴⁰⁰; sobre los ascendientes y descendientes del titular de libre circulación y de su cónyuge, se exceptuaban aquellos *mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes directos a cargo*⁴⁰¹; en los supuestos de ruptura familiar por el fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea, los miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, transcurridos seis meses desde el fallecimiento, salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter

³⁹⁹ La expresión “*separación legal*” no puede considerarse como un supuesto de ruptura familiar, pues el artículo 13 de la Directiva 2004/38/CEE, las tres únicas referencias que se contienen son las relativas al “*divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada*”; además, tanto la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto Aussatou Diatta c. Land Berlín) como el propio Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 2002) han puesto de manifiesto que no es posible la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes. Incluso, atendiendo al propio ámbito interno español, la situación de “*separación legal*” no es asimilable al divorcio (art. 82 83 y 84 Código Civil) y por ende no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial.

⁴⁰⁰ Sobre el requisito de imposibilidad de inscripción simultánea de dos registros en dicho Estado, la norma interna española sólo va a considerar la pareja de hecho susceptible de someterse al régimen recogido en el Real Decreto a aquella pareja inscrita en un registro *ad hoc* de un Estado miembro cuando este Estado tenga un sistema de registros de parejas de hecho “*que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado*”. O, dicho de otra forma, sólo a aquellos Estados miembros que tengan establecido un sistema de registro único. Tal exigencia excede de lo establecido en la Directiva (Artículo 2.2.b), que, al referirse, para definir, a los “*Miembros de la familia*”, sólo menciona a “*la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro*”, sin más exigencias.

⁴⁰¹ Sobre las excepciones a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes directos a cargo, se trata de otra restricción evidente; ni en el artículo 2.2.d) de la Directiva, ni en el 23, podemos encontrar restricción alguna en el ámbito laboral —y similar— reseñado en relación con estos miembros de la unidad familiar que se define, ya que la Directiva es clara e incondicionada, en sus expresiones y en el significado de las mismas, constituyendo, sin duda, una ampliación subjetiva, en relación con la anterior normativa que modifica y deroga (Directivas 90/364, 90/365, 93/96, y Reglamento 1612/68). Por otra parte, este derecho no puede considerarse como un derecho condicionado o dependiente de la situación —o evolución de la situación— económica de su titular. Se trata, pues, de una transposición restrictiva y limitadora, tanto del derecho de libre circulación de ciudadanos comunitarios (artículo 18 del Tratado de la Unión Europea), como del derecho de libre circulación de trabajadores (artículo 39.1 del mismo Tratado).

permanente, deberían «solicitar una autorización de residencia conforme a la Ley de extranjería⁴⁰²».

En suma, se permite la libre circulación y el desarrollo de una actividad productiva a los siguientes familiares:

- El cónyuge del titular de la libre circulación en tanto no se encuentren separados de derecho.
- La pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida.
- Los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja.
- Los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja⁴⁰³.

Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia, en Italia a través de la Ley 6 agosto 2013, n. 97, y en España, con el reciente Real Decreto 987/2015.

- La pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.
- Cualquier otro familiar que acompañe o se reúna con el ciudadano comunitario y acredite que en el país de procedencia está a su cargo o vivía con él, así como en los supuestos que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente

⁴⁰² Otra interpretación restrictiva de la Directiva 38/2004/CEE. Frente al art. 12.2 de la Directiva, el precepto interno español impugnado, impone la obligación de solicitar una autorización de residencia conforme al régimen general de extranjería, transcurridos seis meses desde el fallecimiento, y salvo en el supuesto de que se haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente y, para ello, deberá demostrar, alternativamente: estar de alta en el régimen de la seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena, o propia; o, la disponibilidad de medios económicos suficientes; o, la integración en otra familia, en el país de acogida, de una persona que cumpla los anteriores requisitos. Tal remisión al régimen general de extranjería (artículo 96.5 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2003) y el cumplimiento de las exigencias expresadas para la obtención de una nueva e independiente autorización de residencia, implica una extralimitación restrictiva en la función de transposición de la norma comunitaria que debe de ser depurada en atención al efecto directo del contenido de la Directiva 38/2004/CEE, que no puede servir de apoyo a la expresada restricción.

⁴⁰³ El nuevo RD 240/2007 nada dice a diferencia del anterior art. 3.2 RD 178/2003 sobre el derecho de entrada, residencia y de acceso a un empleo, de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, que anteriormente pasaban al campo de aplicación de la normativa de extranjería

necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

Por último, cierra el ámbito subjetivo previsto por el art. 2 del Reglamento de Coordinación n. 883/2004 los apátridas y refugiados que residan en un Estado miembro sujeto a la legislación de uno o más Estados miembros, incluidas sus familias y sobrevivientes, en los términos antes previstos para los ciudadanos de la Unión.

3.1.2. Trabajadores nacionales emigrantes a países extracomunitarios firmantes de Convenios bilaterales

Los Convenios bilaterales entre Estados en materia de Seguridad Social surgen para coordinar las distintas legislaciones y respetar su aplicación individual para cada periodo en que el trabajador migrante se encuentre en su ámbito de aplicación. Mediante la firma de estos actos jurídicos de Derecho Internacional se establecen puntos de conexión entre los diferentes regímenes jurídicos nacionales de Seguridad Social, garantizando generalmente al nacional de uno de los Estados contratantes, que presta servicios en territorio del otro Estado contratante, quedará sujeto a la normativa social de aquel último⁴⁰⁴.

Estos puntos de conexión se manifiestan para cada una de las fases que atraviesa el sujeto protegido en el Sistema de Seguridad Social extranjero para acceder a la prestación, y están formulados a través de los principios jurídicos de: a) igualdad de trato; b) preferencia de aplicación de la legislación interna; c) exportación de la prestación; y, d) conservación de derechos en curso de adquisición; colaboración administrativa.

A pesar de las similitudes entre los contenidos, no todos los convenios bilaterales suscritos por el Estado italiano y el Estado español tienen la misma extensión personal ni material. En cualquier caso, todos los Acuerdos prevén que el trabajador que hubiera versado contribuciones a diversas instituciones de seguridad social de distintos países firmantes, podrá totalizar los diversos períodos cubiertos a los fines de madurar el derecho a la prestación contributiva.

⁴⁰⁴ A excepción de los trabajadores desplazados, vid. *infra*, cap. secondo, p. 127.

Recientemente, la Comisión Europea publicó una comunicación con el objetivo de fomentar una mayor cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la coordinación con terceros países en materia de seguridad social⁴⁰⁵.

Ambos países han negociado la mayoría de los acuerdos con Estados comunes⁴⁰⁶: Argentina⁴⁰⁷; Australia⁴⁰⁸; Brasil⁴⁰⁹; Canadá⁴¹⁰; Cabo Verde⁴¹¹; Méjico⁴¹²; Estados Unidos⁴¹³; Túnez⁴¹⁴; Uruguay⁴¹⁵; y Venezuela⁴¹⁶. También cabe destacar los Acuerdos con Chile⁴¹⁷; Filipinas⁴¹⁸; Marruecos⁴¹⁹, que han sido firmados por Italia, pero se hallan faltos de ratificación.

⁴⁰⁵ COM (2012) 153 final, de 30 marzo 2011: La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la UE.

⁴⁰⁶ Los Convenios están disponibles para Italia en www.inps.it/portale/default.aspx?itemdir=9600; para España en www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/Internacional/Conveniosbilaterales/index.htm

⁴⁰⁷ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y Argentina se firmó el 3 de noviembre de 1981 y entró en vigor el 1 de diciembre de 1984. El Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina se firmó el 28 de enero de 1997 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2004.

⁴⁰⁸ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y Australia se firmó el 13 de septiembre de 1993 y entró en vigor el 1 de octubre de 2000. El Convenio de Seguridad Social entre España y Australia se firmó el 31 de enero de 2002 y entró en vigor el 1 de enero de 2003.

⁴⁰⁹ El Acuerdo de emigración entre Italia y Brasil se firmó el 9 de diciembre de 1960 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965. El Protocollo Aggiuntivo se firmó el 30 de enero de 1974 y entró en vigor el 5 de agosto de 1977. El Convenio de Seguridad Social entre España y Brasil se firmó el 16 de mayo de 1991 y entró en vigor el 1 de diciembre de 1995, sustituye al anterior de fecha 25 de abril de 1969. A partir de la aplicación por parte de Brasil del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (19 de mayo de 2011), el Convenio bilateral sólo se aplicará para las prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal, prestaciones de protección familiar y subsidio de defunción.

⁴¹⁰ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y Canadá (comprendido Quebec) se firmó el 17 de noviembre de 1977 y entró en vigor el 1 de enero de 1979. El Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá se firmó el 10 de noviembre de 1986 y entró en vigor el 1 de enero de 1988.

⁴¹¹ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y la República de Cabo Verde se firmó el 18 de diciembre de 1980 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1983. El Convenio de Seguridad Social entre España y Cabo Verde se firmó el 23 de noviembre de 2012 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2013.

⁴¹² El Convenio de Seguridad Social entre Italia y Méjico se firmó el 2 de febrero de 1977 y entró en vigor el 1 de abril de 1977. El Convenio de Seguridad Social entre España y México se firmó el 25 de abril de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1995.

⁴¹³ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y los Estados Unidos de América se firmó el 23 de mayo de 1973 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1978, modificado del acuerdo aggiuntivo firmado el 17 de abril de 1984 y en vigor desde el 1 de enero de 1986. El Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América se firmó el 30 de septiembre de 1986 y entró en vigor el 1 de abril de 1988.

⁴¹⁴ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y Túnez se firmó el 7 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 1 de enero de 1987. El Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez se firmó el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002.

⁴¹⁵ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y Uruguay se firmó el 7 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de junio de 1985. El Convenio de Seguridad Social entre España y Uruguay se firmó el 1 de diciembre de 1997 y entró en vigor el 1 de abril de 2000. Éste sustituye al Acuerdo Administrativo, de fecha 21 de junio de 1979.

⁴¹⁶ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y Venezuela se firmó el 7 de junio de 1988 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1991. El Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela se firmó el 12 de mayo de 1988 y entró en vigor el 1 de julio de 1990.

⁴¹⁷ El Convenio de Seguridad Social entre España y Chile, firmado el 28 de enero de 1997 y entró en vigor el 13 de marzo de 1998, sustituye al anterior de fecha 9 de marzo de 1977.

⁴¹⁸ El Convenio de Seguridad Social entre España y Filipinas de 12 de noviembre de 2002, que sustituye al anterior de 20 de mayo de 1988, entró en vigor el 1 de agosto de 2012.

El resto de los acuerdos responde a la lógica de las relaciones sociopolíticas y económicas de cada Estado; así, respecto a la parte italiana aparecen Acuerdos firmados con Israel⁴²⁰; Jersey y otras islas del canal⁴²¹; países de la ex-Yugoslavia⁴²²; Mónaco⁴²³; Estado del Vaticano⁴²⁴; Turquía⁴²⁵.

Por la parte española, se han firmado acuerdos con Andorra⁴²⁶; Colombia⁴²⁷; Corea⁴²⁸; Ecuador⁴²⁹; Japón⁴³⁰; Paraguay⁴³¹; Perú⁴³²; República Dominicana⁴³³ y Rusia⁴³⁴.

⁴¹⁹ El Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982.

⁴²⁰ El Convenio de Seguridad Social entre Italia e Israel se firmó el 2 de febrero de 2010 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2015, sustituye al Acuerdo firmado el 7 de enero de 1987.

⁴²¹ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y las Islas del Canal nació del Convenio de Seguridad Social entre Italia y Reino Unido firmado el 28 de noviembre de 1951. Su ámbito territorial se fue extendiendo a las isla de Jersey (19 de mayo de 1958), las islas de Alderney, Herm e Jethou nel (7 junio de 1967) y la isla de Man.

⁴²² El Convenio de Seguridad Social entre Italia y la República Popular Federal de Yugoslavia se firmó el 14 de noviembre de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1961, además es de aplicación el Tratado de Osimo entre Italia y la República Socialista Federal de Yugoslavia, firmado el 10 de noviembre de 1975 y en vigor desde el 3 de abril de 1977. En la actualidad el ámbito territorial se entiende que comprende a los países con autonomía reconocida: República de Bosnia-Erzagovina, República de Kosovo, República de Macedonia, República de Montenegro, República di Serbia e Vojvodina (Región autónoma).

⁴²³ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y el Principado de Mónaco se firmó el 12 de febrero de 1982 y entró en vigor el 1 de octubre de 1985.

⁴²⁴ El Convenio de Seguridad Social entre Italia y la Santa Sede se firmó el 16 de junio de 2000, y entró en vigor el 1 de enero de 2004; el nuevo Convenio amplía el campo di aplicación del anterior Acuerdo de 6 de junio de 1956.

⁴²⁵ El Convenio Europeo de Seguridad Social del 14 de diciembre de 1972, en vigor el 12 de abril de 1990, contiene disposiciones en materia de Seguridad Social que vinculan a Turquía con Italia y España (también con Austria, Países Bajos, Luxemburgo, Portugal, Bélgica). Para los países de última incorporación prevalecen los Reglamentos Comunitarios.

⁴²⁶ El Convenio de Seguridad Social entre España y Andorra y el Acuerdo Administrativo para la aplicación del convenio se firmaron el 9 de noviembre de 2001 y están en vigor desde el 1 de enero de 2003.

⁴²⁷ El Convenio de Seguridad Social entre España y Colombia se firmó el 6 de septiembre de 2005 y entró en vigor el 1 de marzo del 2008.

⁴²⁸ El Convenio de Seguridad Social entre España y Corea se firmó el 14 de julio de 2011 y entró en vigor el 1 de abril de 2013.

⁴²⁹ El Convenio de Seguridad Social de 4 de diciembre de 2009, entre España y Ecuador, sustituye al anterior de 8 de mayo de 1974, entró en vigor el 1 de enero de 2011.

⁴³⁰ El Convenio de Seguridad Social entre España y Japón se firmó el 12 de noviembre de 2008 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2010.

⁴³¹ El 1 de marzo de 2006 entró en vigor un nuevo Convenio de Seguridad Social entre España y Paraguay, firmado el 24 de junio de 1998, que sustituye al Convenio General sobre Seguridad Social de 25 de junio de 1959 y al Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social de 2 de mayo de 1972.

⁴³² El nuevo Convenio de Seguridad Social entre España y la República del Perú se firmó el 16 de junio de 2003 y entró en vigor el 1 de febrero de 2005.

⁴³³ El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana se firmó el 1 de julio de 2004 y entró en vigor el 1 de julio de 2006.

⁴³⁴ El Convenio de Seguridad Social entre España y la Federación de Rusia se firmó el 11 de abril de 1994 y entró en vigor el 22 de febrero de 1996.

De otro lado, la relación entre Italia y España en materia de Seguridad Social, previa a la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de España, el 1 enero de 1986, se regía en virtud de convenios internacionales, en concreto, el convenio internacional de 21 julio 1956, reemplazado con posterioridad por el Convenio de 30 octubre 1979, basado sobre los principios clásicos de paridad de tratamiento, totalización de los períodos cotizados y pro-rata de las prestaciones.

Igualmente, en esta línea, seguían acuerdos respecto al resto de países europeos, como los firmados por ambos países con socios comunes: Alemania⁴³⁵, Austria⁴³⁶, Bélgica⁴³⁷, Francia⁴³⁸, Luxemburgo⁴³⁹, Países Bajos⁴⁴⁰, Reino Unido⁴⁴¹, Suecia⁴⁴² y Suiza⁴⁴³. Además de los respectivos italianos con Liechtenstein⁴⁴⁴ y Noruega⁴⁴⁵, e hispanos con Finlandia⁴⁴⁶ y Portugal⁴⁴⁷.

No obstante, estos convenios continúan aplicándose respecto a sus ámbitos personal y objetivo en cuanto resulten condición más beneficiosa para el sujeto protegido (incluyendo en su campo personal de aplicación los trabajadores de otras nacionalidades diferentes a las de los Estados) con el fin de evitar que la entrada en

⁴³⁵ Convenio de 5 de mayo de 1953 entre la República Federal de Alemania y la República Italiana sobre Seguros Sociales. Convenio sobre Seguridad Social entre España y Alemania de 29 de octubre de 1959.

⁴³⁶ Convenio entre Italia y Austria sobre seguros sociales de 30 de diciembre de 1950. Convenio entre el Reino de España y la República de Austria sobre la Colaboración en el ámbito de la Sanidad, de 1 de febrero de 1978 y Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Austria y protocolo final de 6 de noviembre de 1981.

⁴³⁷ Convenio General de 30 de abril de 1948 entre Italia y Bélgica sobre Seguros Sociales. Convenio de Revisión del Convenio entre España y Bélgica sobre Seguridad Social de 28 de noviembre de 1956.

⁴³⁸ Convenio General de Seguridad Social entre Italia y Francia de 31 de marzo de 1948. Convenio franco-español sobre Seguridad Social de 31 de octubre de 1974.

⁴³⁹ Convenio General de 29 de mayo de 1951 entre la República Italiana y el Gran Ducado de Luxemburgo sobre Seguridad Social. Convenio entre el Estado Español y el Gran Ducado de Luxemburgo sobre Seguridad Social, de 25 de mayo de 1971.

⁴⁴⁰ Convenio General de 18 de octubre de 1952 entre el Reino de los Países Bajos y la República Italiana sobre seguros sociales. Convenio entre España y el Reino de los Países Bajos sobre Seguridad Social y Protocolo final, de 5 de febrero de 1974.

⁴⁴¹ Convenio de Seguridad Social entre la República Italiana y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 28 de noviembre de 1951. Convenio sobre Seguridad Social entre España y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 13 de septiembre de 1974.

⁴⁴² Convenio de 25 de septiembre de 1979 entre la República Italiana y el Reino de Suecia en materia de Seguridad Social. Convenio entre España y Suecia sobre Seguridad Social y el acuerdo administrativo para su aplicación, de 4 de febrero de 1983.

⁴⁴³ Convenio de Seguridad Social entre la República Italiana y la Confederación Suiza de 14 de diciembre de 1962. Convenio sobre Seguridad, Social entre España y la Confederación Suiza de 13 octubre de 1969.

⁴⁴⁴ Convenio de Seguridad Social entre Italia y Liechtenstein de 1 de noviembre de 1976.

⁴⁴⁵ Convenio de Seguridad Social entre la República Italiana y el Reino de Noruega de 2 de junio de 1959.

⁴⁴⁶ Convenio de Seguridad Social entre España y Finlandia de 19 de diciembre de 1985.

⁴⁴⁷ Convenio General entre el Gobierno Español y el Gobierno de Portugal sobre Seguridad Social de 11 de junio de 1969.

vigor de los Reglamentos de Coordinación supusiera una merma de los derechos establecidos con anterioridad en los Convenios bilaterales.

Para ser operativos al interior de los ordenamientos estatales deben ser ratificados mediante ley ordinaria, lo cual levanta dudas acerca de la primacía en caso de contradicción, por el igual valor jurídico del Acuerdo una vez ratificado y publicado respecto a las normas internas, a tenor de los arts. 10 co.1 CI y artículos 1º. 5 Código Civil español y art. 96 CE. No resultan aplicables ni el principio de condición más favorable (supondrían llevar al absurdo la existencia de los convenios), ni el principio de especialidad (versan sobre la misma materia), ni la temporalidad de la norma (aplicando una u otra según sea el momento de su entrada en vigor, ya que ello daría lugar a situaciones jurídicamente insostenibles⁴⁴⁸).

Al establecer el art. 41 D.Lgs. n. 286 del 25 julio 1998, en Italia, y, en España los art. 7. 1 LGSS y 10 LOE, la paridad de trato a los extranjeros que residan legalmente respecto al reconocimiento de las prestaciones contributivas, se puede decir que las normas se presenta como «*normas marco*», y no implican el reconocimiento de forma automática del derecho de los extranjeros a ninguna de las prestaciones contributivas en concreto, sino sólo a aquellas en las que reúnan todos los requisitos legales exigidos, entre ellos, los establecidos en los Acuerdos bilaterales⁴⁴⁹.

En cuanto al ámbito concreto de aplicación personal, las figuras principales a definir son las de trabajador y miembros familiares. Respecto a la definición de trabajador, suele presentarse con carácter amplio, como la definición genérica de «*persone che possono far valere periodi di assicurazione*» en los Convenios italianos con Argentina, Cabo Verde, San Marino, Vaticano, Túnez o Uruguay. Los Convenios españoles suelen repetir mayoritariamente la fórmula de «*toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad laboral por cuenta propia o ajena está o ha estado sujeta a la legislación de las Partes contratantes*» (Convenios suscritos con Rusia, Ucrania, Chile, Filipinas, Túnez, Venezuela, Brasil, Méjico, Andorra, Uruguay, Marruecos).

En cuanto a la definición de miembros familiares, salvo omisión expresa, como en el Convenio italo-coreano o en los Convenios españoles con Argentina y Uruguay,

⁴⁴⁸ SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 47, p. 20.

⁴⁴⁹ SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L.: “Los convenios bilaterales...*op.cit.*”, p. 21.

así como la aparición puntual y concreta de la mención al cónyuge, compañero o viudo de ambos Convenios con Australia, se suele recurrir a la legislación nacional de cada Estado para definir a los beneficiarios y/o a sus familiares. Ocurre así en los Convenios italianos con Argentina, Canadá, Israel, Cabo Verde, Vaticano, Túnez, Uruguay, y los Convenios hispanos con Chile, Filipinas, Túnez, Paraguay, Venezuela, Ucrania, Perú, Brasil, Rusia, Ecuador, EEUU, Ucrania, Canadá, Uruguay, Marruecos y Andorra.

Algunos Acuerdos solamente amparan a los nacionales de los dos países firmantes que desarrollen su actividad profesional en el territorio de uno u otro Estado, incluyendo los familiares, como los convenios italianos con Brasil (art. 37), Israel (art. 2), Mónaco (art. 2); y los convenios españoles con Argentina (art. 1), Colombia (art. 3), Chile (art. 2), Ecuador (art. 1), Méjico (art. 2), Perú (art. 3), República Dominicana (art. 2) y Rusia (art. 2).

Los hay que independizan la nacionalidad de los trabajadores, como criterio decisivo, bastando que hayan estado sometidos a las legislaciones de ambos países, incluyendo a familiares, como los convenios firmados por Italia con Argentina (art. 2), Australia (art. 3), Canadá (art. 3), Cabo verde (art. 3), Estados Unidos (art. 3), Uruguay (art. 3); y los respectivos Convenios españoles firmados con Andorra (art. 2), Brasil (art. 3), Canadá (art. 2), Estados Unidos (art. 2), Paraguay (art. 2), Uruguay (art. 2) y Australia (art. 3).

En cambio, otros, incluso, extienden el ámbito a familiares beneficiarios de un trabajador que no ostente la nacionalidad de ninguno de los Estados contratantes, pero siempre que los familiares sean nacionales de una de las partes y el trabajador haya estado sometido a alguna o a ambas legislaciones, como contemplan los convenios italianos con San Marino (art. 3), la Santa Sede, (art. 3), Venezuela (art. 3), países de la exyugoslavia (art. 3); y los convenios hispanos con Ucrania (art. 3) y Venezuela (art. 3).

Otros convenios, además de extender el campo de aplicación personal a los nacionales y familiares, acogen también a los apátridas, refugiados y familiares, como el Convenio italiano con Mónaco (art. 2), San Marino (art. 3); y los convenios españoles con Túnez (art. 3), Filipinas (art. 2), Marruecos (art. 2), Paraguay (art. 2), Ucrania (art. 2) y Venezuela (art.2).

Por último, procede hacer referencia al Convenio Multilateral Iberoamericano⁴⁵⁰, cuyo art. 2 extiende el ámbito subjetivo a todas las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados Parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes; no otorga una cobertura social equiparable a los trabajadores nacionales, sino que las prestaciones se obtendrán de acuerdo con la legislación del Estado Parte en cuyo territorio ejerzan la actividad, totalizando los períodos de cotización cubiertos en otros territorios.

También, cabe hacer mención a los Acuerdos euro-mediterráneos entre la Unión Europea, sus Estados miembros y países del área mediterránea como Marruecos, Túnez, Argelia y Turquía. Según el art. 310 TCE la Unión posee la capacidad *ius ad tractatum* para celebrar acuerdos internacionales con terceros sujetos. Éstos contienen una cláusula referente a los trabajadores inmigrantes (regulares) de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad en materia de Seguridad Social. Según la jurisprudencia comunitaria, el concepto de Seguridad Social ha de ser interpretarse de manera similar a los Reglamentos de coordinación, y por tanto, ninguna discriminación puede entenderse razonable en el acceso de los inmigrantes a las prestaciones, sean contributivas o asistenciales⁴⁵¹.

Incluso, se ha llegado a plantear, como hipótesis, la suma futura de acuerdos entre ambos continentes, puesto que se presentan estructuralmente muy similares, a excepción de un campo objetivo obligatorio de aplicación del Convenio más reducido

⁴⁵⁰ Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2011. El Convenio se firmó en la XVII Cumbre Iberoamericana del 10 noviembre de 2007; fue firmado por 14 países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela). La entrada en vigor se ha producido el 1 de mayo de 2011, tras su ratificación por 7 Estados. No obstante, para que la entrada en vigor en los Estados Parte que lo han ratificado tenga efectividad es necesario que dichos Estados Parte suscriban el Acuerdo de Aplicación que lo desarrolla. Hasta el momento, las dos condiciones reseñadas en el apartado anterior han sido satisfechas por España, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Paraguay y Uruguay. En España y Bolivia el Convenio tiene efectividad desde el 1 de mayo de 2011, en Brasil desde el 19 de mayo de 2011, en Ecuador desde el 20 de junio de 2011, en Chile desde el 1 de septiembre de 2011, en Uruguay desde el 1 de octubre de 2011, en Paraguay desde el 28 de octubre de 2011 y en El Salvador desde el 17 de noviembre de 2012.

⁴⁵¹ CHIAROMONTE, W.: “Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea”, *Giornale di diritto del Lavoro e delle Relazioni industriali*, 2008, p. 119. PALOMARES AMAT, M.: “La cooperación social entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb”, *Affers Internacionals*, n. 48, p. 89.

que los Reglamentos de coordinación, dando lugar a una mayor cooperación interregional euro-iberoamericana⁴⁵².

3.1.3. Trabajadores nacionales emigrantes a países extracomunitarios sin Convenios bilaterales o Convenios bilaterales parciales

En caso de no existir ningún convenio bilateral, o cuando no se contemplan todas las formas de tutela, se genera una nueva dimensión problemática, pues suele ser común en los Convenios bilaterales no reconocer a los extranjeros todas las prestaciones sociales que tienen los nacionales, o al menos no en toda su extensión⁴⁵³. Ambos ordenamientos han previsto medidas para la extensión de sus sistemas nacionales de Seguridad Social.

El legislador italiano, mediante el art. 1 Decreto Legge 317/1987 (conversión Legge 398/1987), garantiza la tutela económica y normativa a los trabajadores empleados en países extracomunitarios sin Acuerdo, de forma similar a la situación de Acuerdo parcial, estipulando obligatoriamente⁴⁵⁴: el aseguramiento contra la invalidez, la vejez, la muerte y supervivencia, la tuberculosis, el desempleo involuntario, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las enfermedades y la maternidad⁴⁵⁵.

El legislador español ha previsto que el trabajador, en el supuesto de no poder acogerse a dicho sistema o de que éste sea inferior al español, pueda opcionalmente

⁴⁵² GARCÍA CORTÁZAR, C.: “La dimensión externa de las normas de coordinación europea de Seguridad Social. El Reglamento 883/2004 y el Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. extra 1, 2010, p. 275.

⁴⁵³ Las Circulares INPS n. 87/1994; n. 118/2002; n. 25/2003; n. 15/2004; n. 64/2004 recopilan la tipología de Convenios.

⁴⁵⁴ PROIA, G. En Passarelli G.S.: *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Questa tesi sarebbe non condivisibile, poichè non tiene conto, da un lato, che –come piú volte ricordato- la disciplina delle convenzioni internacionli è stata fatta salva dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 349/1985 e, d’altro lato, che non può escludersi che la diversità della situazioni esistenti nei singoli paesi esteri può giustificare differenze di trattamento previdenziali, soprattutto quando queste non riguardino le forme direttamente previste dall’art. 38, co. 2 Cost. Soprattutto, resta il fatto che l’art. 1 legge n 398/1987 individua il campo di applicazione di tale legge, senza assegnare rilievo alla completezza ed ai contenuti di tali accordi, la cui adeguatezza, comunque, deve presumersi sia già stata valutata dal legislatore al momento della loro ratifica.*

⁴⁵⁵ Detallado por la Circular INPS n. 90/1992. Además, según art. 1, comma 4, D.Legge n. 317/1987 “i lavoratori italiani che sono disponibili a svolgere attività all’estero devono iscriversi in apposita lista di collocamento tenuta dall’ufficio regionale del lavoro del luogo di residenza, il quale rilascia il nulla osta all’assunzione che può avvenire con richiesta nominativa. L’iscrizione nella lista è compatibile con quella nella lista ordinaria di collocamento. Il lavoratore che stipula un contratto per l’estero può chiedere di mantenere l’iscrizione nella lista ordinaria.” Tale regola vale per tutti i lavoratori, compresi i dirigenti.

suscribir un convenio especial en el nivel contributivo, a través de dos modalidades: a) asistencia sanitaria en favor de emigrantes que retornen a España de forma temporal o definitiva (Orden TAS 2865/2003 13 octubre); b) la cobertura de otras prestaciones (invalidez, jubilación y muerte y supervivencia) en favor de emigrantes o hijos de emigrantes (RD 996/1986, de 25 abril, y O. 28 julio 1988).

Además, en Italia, el legislador italiano ha habilitado la posibilidad del trabajador subordinado de rescatar, a título oneroso, las contribuciones correspondientes al trabajo desarrollado en el extranjero⁴⁵⁶, según art. 51, c. 2, Legge 153/1969. La situación inversa no está contemplada, no obstante, según artículo 1, c. 20 Legge 335/1995, los extranjeros extracomunitarios repatriados pueden tener derecho a pensión al cumplimiento de la edad pensionable, independientemente del requisito contributivo mínimo previsto⁴⁵⁷.

3.2. La protección social de los trabajadores nacionales desplazados en territorio extranjero y trabajadores fronterizos

Cuando el traslado del trabajador para la prestación de servicios en otro Estado es con carácter temporal, se entiende que estamos ante un caso de desplazamiento. El cambio de país no se produce bajo la búsqueda de un trabajo sino en ejecución del que ya se dispone. Ya sea dentro del marco europeo⁴⁵⁸, o con terceros países, se trata de una excepción al principio de territorialidad, que viene comprendido junto al principio de unicidad legal. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria concibe que toda vez que el Estado de origen ha considerado la inclusión en su sistema de Seguridad Social, el Estado de destino no está legitimado para desvirtuar esa inicial declaración, y su sistema de Seguridad social debe inhibirse⁴⁵⁹. Además, tiene poco sentido incluir en la

⁴⁵⁶ Las cotizaciones se encuentran reguladas por el art. 4, co. 2, D.Legge n. 317/1987, y son fijadas anualmente por Decreto del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta las retribuciones de Convenios Colectivos según sector y categoría profesional. Además, el INPS, ha precisado que los susodichos trabajadores italianos en países extracomunitarios sin Acuerdos bilaterales, están sujetos a cotizar para la financiación de la prestación de *indennità di mobilità*, regulada por la Legge n. 223 del 1991 si se trata de empresas comprendidas en su campo de aplicación (Circular INPS n. 229/1991), mientras permanecen excluidas de la disciplina de la *Cassa integrazione guadagni* (Circular INPS n. 229/1991).

⁴⁵⁷ Según las reglas del sistema contributivo.

⁴⁵⁸ El principio de territorialidad en la legislación de Seguridad Social viene recogido en el art. 13.1, letra a, del Reglamento (CEE) n. 883/2004, “*la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estar sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros*”.

⁴⁵⁹ STJUE Herbosch Kiere de 26-1-2006, asunto C-2/05

Seguridad Social del país de ejecución al trabajador desplazado por un corto periodo de tiempo, obligando en su momento a poner en marcha todo el complicado y costoso sistema de totalización de periodos de cotización y de cálculo a *pro rata* de las prestaciones. Es más sencillo que, en estos periodos temporales, se mantenga el alta en la Seguridad Social de origen⁴⁶⁰.

El principio de territorialidad cede ante la primacía de las normas comunitarias. Para aquellos supuestos de desplazamientos de trabajadores entre dos Estados Miembros de la Unión Europea, según el art. 12.1 Reglamento 883/2004, la legislación aplicable al trabajador será la correspondiente al primer Estado Miembro donde ejerce normalmente sus actividades, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra. La reforma operada en 2004 sobre el Reglamento 1408/71, supone un cambio respecto al ámbito de actuación, pues según el viejo art. 14.1, ampliando la duración del desplazamiento se amplía (anteriormente doce meses prorrogables hasta veinticuatro), y permitiendo la aplicación de la norma al trabajador desplazado que sustituyera a otro. En cualquier caso, la nacionalidad del trabajador, a tenor del Reglamento 859/2003, viene siendo indiferente.

El régimen jurídico del desplazamiento ha de entenderse en un sentido amplio, aplicándose tanto a la prestación de servicios por cuenta propia, como a los casos de cesión de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal radicada en un Estado Miembro distinto del correspondiente a la empresa usuaria. El primer supuesto está contemplado en el art. 12.2 Reglamento 859/2003 (antiguo art. 14 bis Reglamento 1408/1971); sobre el segundo supuesto, la resonada sentencia STJCE 17-12-1970, asunto Manpower, donde se consideró que «*la empresa que contrata a los trabajadores continua siendo su único empleador*». Igualmente, a tenor del régimen de excepción del art. 16 del Reglamento, se posibilita el acuerdo entre Estados miembros que permita los desplazamientos de determinadas categorías de personas.

Al continuar el trabajador desplazado encuadrado en la Seguridad Social del Estado de origen, las cotizaciones y las prestaciones se saldan respecto a dicho sistema de Seguridad Social. No obstante, el Reglamento prevé algunas peculiaridades,

⁴⁶⁰ DESDENTADO BONETE, A.: “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, 2006, p. 20.

especialmente en cuanto a asistencia sanitaria y desempleo. La primera se extiende al trabajador desplazado y sus familiares, cuando “sean necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia”⁴⁶¹. La segunda, se trata, sin duda, de la prestación con mayor carácter de territorialidad tanto en el acceso a la protección como en la exportación de prestaciones⁴⁶². Éstas se reconocen normalmente con cargo al Estado de origen por ser el Estado competente, porque es en él donde jurídicamente se ha realizado la cotización. En caso de cambio de domicilio al Estado de empleo, continua la regla del art. 71.1.b) ii del Reglamento 1408/1971, convirtiéndose el Estado de empleo en Estado competente y las prestaciones correrían a cargo suyo y por cuenta de su legislación.

Fuera del contexto europeo, en el ámbito internacional, se ha de prestar especial atención a los convenios bilaterales de Seguridad social, ratificados con terceros países, que permiten en general la derogación del principio de territorialidad, conservando los trabajadores italianos y españoles desplazados al extranjero, o situación inversa, de continuar versando cotización a sus países de procedencia (atendiendo a los límites previstos en cada Acuerdo, protocolos administrativos o eventuales actualizaciones o Circulares del INPS e INSS).

Como premisa general, la regulación de los Convenios bilaterales es similar a la de los reglamentos comunitarios; se mantiene la legislación del “Estado de origen o Estado de envío” si la duración previsible del trabajo es inferior a un determinado plazo, con la posibilidad de admisión de prórrogas⁴⁶³, operando subsidiariamente el sistema interno respecto a los trabajadores que no quedan cubiertos por los Reglamentos comunitarios y por los Convenios bilaterales⁴⁶⁴. No obstante, la casuística es muy variada, encontrándose:

Extensiones generalizadas de previsiones análogas para los trabajadores por cuenta propia, como los acuerdos españoles con Andorra, Australia, Brasil, Chile,

⁴⁶¹ Este criterio mejora a los seguidos con anterioridad: el art. 22 *ter* del Reglamento 1408/1971 garantizaba tanto al trabajador desplazado como sus familia el derecho a la asistencia sanitaria en el país de empleo “*en cualquiera situación que requiera esa asistencia*”; previo a ese inciso normativo, el art. 22.1 a) del Reglamento 1408/1971 únicamente regulaba la asistencia sanitaria con cargo al Estado de origen cuando fuese requerida “*de modo inmediato las prestaciones durante el desplazamiento*”.

⁴⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 348.

⁴⁶³ Normalmente entre 1 y 5 años (salvo el italiano para Jersey de 6 meses).

⁴⁶⁴ En España, el art. 125.2 LGSS y el art. 36.1.5º RD 84/1996 califican como situación asimilada al alta el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

México, Ucrania; o, en sentido contrario, limitaciones de la extensión del sistema de Seguridad Social del Estado de envío a ciertas categorías de trabajadores, como ocurre respecto a los acuerdos de ambos países con Argentina.

Dualidad, también, respecto a la nacionalidad de los sujetos protegidos; existen Acuerdos para cuya aplicación es indiferente la nacionalidad de los trabajadores, como los Convenios de Italia con Canadá, Corea, Israel, República de San Marino, la Santa Sede, Uruguay y Venezuela; por el contrario, otros restringen el ámbito subjetivo sólo hacia los ciudadanos de los países firmantes, como los acuerdos italianos con Brasil, Cabo Verde, Jersey y otras islas del Canal, Mónaco, Estados Unidos, Túnez y Turquía.

Algunos de ellos no permiten aplicar el régimen de desplazamiento a aquellos trabajadores relevistas de un compañero que haya agotado su período de desplazamiento (así, los acuerdos españoles con Brasil, Filipinas, Marruecos, Méjico, República Dominicana, Túnez, Ucrania y Uruguay).

En ocasiones más excepcionales, las previsiones pueden ser bastante amplias, como en los acuerdos hispano-mexicanos o italo-estadounidenses, que conceden a los trabajadores desplazados el derecho a optar por el sistema de Seguridad Social del país de destino (no ligados a ningún límite de tiempo máximo); o contener una absoluta falta de previsión legal del instituto de desplazamiento en el Acuerdo italo-australiano.

Por último, se encuentran los casos de trabajadores fronterizos, que si bien no suponen ninguna excepción al principio general de *lex loci laboris*, como ocurría con los trabajadores desplazados, sí genera ciertas necesidades de coordinación técnica dada la separación territorial entre trabajo y residencia. El nuevo art. 1 f) Reglamento 883/2004, no contiene innovación alguna respecto al art. 13.2 a) del Reglamento 1408/1971, entendiéndose por trabajador fronterizo a cualquier persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro al que regrese a diario o, al menos, una vez por semana, estando, por tanto, incluido en el ámbito de la Seguridad Social del país donde desarrolla su trabajo.

No obstante, determinadas prestaciones como la asistencia sanitaria, el desempleo y las prestaciones familiares cuentan con reglas específicas.

Sobre asistencia sanitaria, el Reglamento 883 contiene dos novedades. De un lado, el art. 18.2 amplía las previsiones en materia de asistencia sanitaria para los familiares del trabajador fronterizo durante su estancia en el Estado miembro

competente⁴⁶⁵, pues hasta la fecha, el Reglamento de 1971 limitaba a los familiares la asistencia sanitaria del Estado competente en caso de urgencia o mediante acuerdo entre las instituciones de los Estados miembros. De otro lado, el art. 28 prevé para aquellos trabajadores fronterizos jubilados, la posibilidad de optar por seguir recibiendo prestaciones en especie en el Estado miembro cuando haya ejercido su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, siempre y cuando dichas prestaciones sean continuación de un tratamiento iniciado en dicho Estado miembro.

En cuanto a la protección por desempleo, el art. 65 Reglamento 883/2004, continua con las excepciones previstas por el antiguo art. 71 para los trabajadores fronterizos. En caso de desempleo parcial, resulta aplicable la legislación del Estado competente, creando la ficción de la residencia en dicho Estado pero con cargo a la institución competente; por contra, en caso de desempleo total se disfruta de las prestaciones conforme a la legislación del Estado de residencia, como si hubiese estado sometido a su legislación en el último empleo, y con cargo a la institución de ese Estado miembro.

Las prestaciones familiares del nuevo art. 67 reiteran las previsiones del anterior art. 73 Reglamento 1408/1971, por el cual, el trabajador sometido a la legislación de un Estado miembro tiene derecho a las prestaciones de protección a la familia en el Estado de empleo por los familiares que residan en el territorio de otro Estado. Para los supuestos de trabajadores fronterizos en desempleo total, lucrarán las prestaciones del mismo que abona las prestaciones de desempleo, esto es, el Estado de residencia.

3.3. La protección social de los trabajadores inmigrantes en territorio nacional

3.3.1. Los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa regular

En Italia, la dualidad del art. 38 CI no realiza distinciones basadas en la ciudadanía. En efecto, el primer párrafo del art. 38 CI, está inspirado en el del principio de universalidad, garantiza el derecho a la asistencia a «*ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere*», mientras el derecho a la previsión social reconocido en el segundo párrafo está dirigido a la figura del trabajador. De modo que una aproximación amplia conduce a incluir en su ámbito de aplicación subjetivo

⁴⁶⁵ Salvo que dicho Estado miembro figure en el anexo III: Dinamarca, España, Irlanda, Países Bajos, Finlandia, Suecia y Reino Unido.

también al extranjero legalmente residente en el territorio nacional, en virtud del derecho del ciudadano no comunitario de acceder a las prestaciones de carácter asistencial en condiciones de paridad respecto a los ciudadanos nacionales⁴⁶⁶.

Con la recopilación de la normativa de extranjería en una sola norma, D. Lgs. n. 286 del 25 julio 1998, Testo Unico disciplina dell'immigrazione e condizione dello straniero (en adelante TU), viene recogido el principio de igualdad de trato entre trabajadores italianos y extranjeros, art. 2, comma 2, se garantiza *«a lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa e' accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione»*.

Específicamente para la asistencia social, el art. 41 TU, había previsto aquellos extranjeros portadores de carta de soggiorno o de permesso di soggiorno de duración no inferior a un año, y los menores inscritos en ella, *«sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti»*.

De modo que el acceso a la protección está ligado a la condición de residencia legal, y no al requisito de la nacionalidad, para la cual, el extranjero es igualado al resto de trabajadores italianos –salvo cuanto sea diversamente previsto- también en relación a las afiliación, alta y cotización, al deber aplicarse las mismas normas prevista para los trabajadores de nacionalidad italiana empleados en el mismo sector⁴⁶⁷. Pero esta extensión, quizás se ha demostrado su insostenibilidad financiera bien pronto, y por lo tanto, lamentablemente, ha sido contradicha por cada una de las regulaciones sucesivas, tendentes a operar restricciones y estrechar el acceso.

En el ámbito contributivo, la reforma BOSSI-FINI, a través del art. 18 Legge n. 189/2002 suprimió el reembolso de las cotizaciones efectuadas por trabajadores

⁴⁶⁶ CHIAROMONTE, W.: “Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 117, 2008, p. 101.

⁴⁶⁷ FERRANTE, V.: “Il caso italiano”, in FERRANTE, V., e ZANFRINI, L.: *Una parità imperfetta, esperienze a confronto sulla tutela previdenziale dei migranti*, Edizioni Lavoro, Roma, 2008, p. 35.

extracomunitarios en caso de repatriación al país de origen tras el cese del trabajo, incrementados en un 5% anual, a excepción de cuanto hubiese regulado en los Convenios internacionales.

Se trataba de una medida creada por art. 3, co13 Legge 8 agosto 1995, n. 335, con el fin de animar a la repatriación y fomentar la emersión del trabajo irregular no declarado⁴⁶⁸. El TU de inmigración lo acogió en el art. 22, co11 –para los trabajadores extracomunitarios subordinados tanto a tiempo determinado como indeterminado- y art. 25, co5 – para los trabajadores extracomunitarios vinculados con contrato de trabajo *stagionale*-. Esta supresión se criticó por impulsar un recurso al trabajo en negro⁴⁶⁹ además de una vía de financiación de las desangradas administraciones públicas y de control de los flujos migratorios⁴⁷⁰.

Pero es en materia de asistencia social donde mayor desencuentro a nivel nacional se ha presentado⁴⁷¹; las previsiones del art. 41 TU que introducían específicamente el principio de igualdad de trato a los ciudadanos extracomunitarios respecto a los ciudadanos italianos, fueron reformulados por la Legge Finanziaria del 2001, art. 80 comma 19 Legge n. 388/2000, cerrando la posibilidad de disfrutar de las mismas prestaciones; con efecto desde el 1 enero 2001, únicamente reconociéndolas «*al cittadino non comunitario titolare di carta di soggiorno e ai minori a suo carico*», es decir, venía introducida una distinción sustancial en el parámetro de referencia para el acceso a las prestaciones asistenciales a favor de los trabajadores extracomunitarios en base a la tipología del título de residencia en posesión, es decir, los *lungoresidenti*⁴⁷².

⁴⁶⁸ NAPPI, S.: “La disciplina e le politiche in materia di immigrazione”, in *Diritto del mercato del lavoro*, p. 112.

⁴⁶⁹ TURSI, A.: “La nuova disciplina dell’immigrazione per lavoro: una ricognizione critica”, in TURSI, A, et. at.: *Lavoro e immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 27.

⁴⁷⁰ FERRANTE, V: “Il caso italiano...op.cit., 2008, p. 44.

⁴⁷¹ LASSANDARI, A.: “Gli italiani o a nessuno: I c.d. bonus bebè e la ritorsione discriminatoria (Nota a Trib. Brescia sez. lav. 12 marzo 2009)”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, n. 1, p.198-201. En un primer momento, el Tribunal de Brescia anuló la decisión del *Comune di Brescia* de reconocer el bonus bebé a los progenitores extranjeros, lo que condujo al Comune a adoptar una contradecisión, eliminando el incentivo económico para todos, italianos y extranjeros. Según la sentencia, “*l’evidente strumentalità dell’operazione giustifica l’attribuzione del carattere ritorsivo alla condotta in quanto l’iniziativa si è limitata a paralizzare gli effetti della decisione giudiziale “ e “la parità di trattamento si tradurrebbe in un danno per tutti”*”.

⁴⁷² TURRATO, G.: “La tematica dei cittadini stranieri in riferimento all’accesso alle prestazioni non contributive a dieci anni di distanza dall’approvazione della legge n. 40/1998”, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, 2008, II, p. 499.

La acogida de esta medida ha sido problemática en términos de igualdad⁴⁷³ con una disparidad de pronunciamientos judiciales⁴⁷⁴, pero especialmente significativo fue una línea jurisprudencial que abogaba por la aplicación del principio de no discriminación del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁴⁷⁵, «*in virtù della latitudine universale del principio di eguaglianza (...) consentono di affermare il diritto degli immigrati extracomunitari alle provvidenze economiche destinate allo scopo di assistenza dall'ordenamento nazionale, senza che siano rilevanti distinzioni dettate dal possesso di uno o altro documento di regolare soggiorno, e di disapplicare la disciplina nazionale che introduca siffatte distinzioni di regime, perché radicalmente contrastante con il detto generale principio di eguaglianza ed il divieto di discriminazione per nazionalità, in ragione dell'affermato primato degli ordinamenti comunitario ed internazionale in materia*».

Varios pronunciamientos de la Corte Constitucional italiana han declarado parcialmente la inconstitucionalidad del art. 80, co. 19 Legge 388/2000 en diversas ocasiones:

En un primer momento, la sentencia Corte Cost. n. 324/2006⁴⁷⁶, declaró inadmisibile la cuestión de *legittimità costituzionale* precisando que los jueces remitentes habrían podido interpretar la disposición censurada excluyendo el alcance retroactivo en referencia a todas aquellas situaciones en las que los ciudadanos no comunitarios sin permiso de residencia, ya recibiesen beneficios de este tipo en base a la legislación anterior.

⁴⁷³ POGGI, M.: “La Corte costituzionale e le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini extracomunitari”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.4, 2006, p. 77; CASTAGNOLI, L.: “Il diritto alle prestazioni assistenziali di invalidità dello Straniero in Italia, nella normativa interna e comunitaria. Orientamenti giurisprudenziali”, in *Immigrazione.it*, n. 87-88, 2009.

⁴⁷⁴ BIONDI DAL MONTE F.: “I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche”, *Istituzioni del federalismo*, p.557. La disapplicazione del art. 80, co.19, en venía por reducir su aplicación alle sole prestazioni che potessero essere erogate dai servizi sociali presso gli enti locali e non per le prestazioni assistenziali regolate dalla legge (indennità di frequenza, assegno per invalidi civili, assegno sociale, ecc.). Altre pronunce se fondamentavano nell regolamento comunitario n. 859/2003, il quale preveda la extensión de derechos de seguridad social al lavoratore non comunitario ed ai suoi familiari conviventi alle stesse condizioni del cittadino nacional siempre que svolgere un'attività lavorativa e non ai lavoratori extracomunitari rimasti esclusivamente nel primo d'ingresso.

⁴⁷⁵, Corte di Appello di Firenze, sentenza 9 giugno 2007, n. 702; Tribunale di Ravenna, sentenza 16 gennaio 2008, n. 476; Tribunale di Pistoia, sentenza 4 maggio 2007 commentata da CHIAROMONTE, W.: “La disapplicazione delle norme nazionali confliggenti con la CEDU e l'accesso dei non comunitari alle prestazioni di assistenza sociale. Nota a Tribunale di Pistoia, 4.5.2007”, *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n.2, 2007, p. 89 e ss.

⁴⁷⁶ POGGI, M.: “La Corte costituzionale e le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini extracomunitari”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.4, 2006, p. 81.

Posteriormente, la sentencia Corte Cost. n. 306/2008 declaró la inconstitucionalidad de la medida junto al art. 9, comma 1 TU, en la parte en que excluyen del disfrute de las *prestazioni d'indennità di accompagnamento* a los extranjeros privados de los requisitos de rentas previstos en la carta de residencia. La Corte considera que *«sia manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono, come si è detto, la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita – al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito»*.

Esa irracionalidad afecta al derecho fundamental a la salud, ya que afecta a la finalidad de la indemnización, en contraste con los arts. 2, 32 e 38 CI, así como por el art. 1 co. 1 CI, dado que las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, comprenden también aquellas que garantizan los derechos fundamentales de la persona independientemente del lugar de pertenencia, y prohíben la discriminación contra los extranjeros que residan legalmente en el territorio del Estado.

Finalmente en la sentencia n. 11/2009⁴⁷⁷, la Corte Costituzionale declaró la inconstitucionalidad del art. 80, co. 19, della Legge 388/2000, e dell'art. 9, co. 1 TU, modificado por el D.Lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, en relación a la pensión de inabilidad. La Corte considera una violación del art. 3 CI por *«intrinseca irragionevolezza del complesso normativo qui censurato e la disparità di trattamento che esso determina tra cittadini e stranieri legalmente e non occasionalmente soggiornanti in Italia – sussistono a maggior ragione anche con riguardo alla pensione di inabilità. Mentre, infatti, l'indennità di accompagnamento è concessa per il solo fatto della minorazione, senza che le condizioni reddituali vengano in alcun modo in rilievo, la pensione di inabilità è preclusa dalla titolarità di un reddito superiore ad una misura fissata dalla legge. La subordinazione dell'attribuzione di tale prestazione al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un reddito, rende ancor più evidente l'intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio»*.

⁴⁷⁷ BIONDI DAL MONTE, F.: "Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione", *Le Regioni*, n.6, 2008, p. 1099

De modo que la extensión de las prestaciones asistenciales a los residentes no comunitarios ha sido vía judicial y no legislativa, debiendo los ciudadanos iniciar un contencioso en el caso que INPS no concediera tales prestaciones. A estos pronunciamientos se les ha criticado la falta de una verdadera pronunciación sobre el tema de nuclear, la razonabilidad o no del requisito económico en una estancia de cinco años en Italia como condición de acceso a las prestaciones asistenciales⁴⁷⁸.

Este segundo criterio, ha estado negado con posterioridad en una serie de sentencias Corte Cost. n. 187/2010, 329/2011, 3/2013, 40/2013, han considerado con respecto a estas prestaciones destinadas a satisfacer las necesidades básicas de la vida, el acceso no se puede limitar a la calidad del permiso de residencia o ciudadanía, y por ello, se ha eliminado el requisito del permiso de largo plazo, tanto en términos de ingreso mínimo, como de estancia quinquenal⁴⁷⁹.

Según la reciente sentencia Corte Cost. n. 22/2015, sobre el acceso de los ciudadanos no comunitarios a las prestaciones de invalidità, «*non può essere giustificata, nella dimensione costituzionale della convivenza solidale, una condizione ostativa, inevitabilmente discriminatoria, che subordini la fruizione di detti benefici al possesso della carta di soggiorno la fruizione di benefici intrinsecamente raccordati alla necessità di assicurare a ciascuna persona, nella più ampia e compatibile misura, condizioni minime di vita e di salute*». Por tanto, en este escenario de incertidumbre de derecho, la cuestión se sitúa ahora en una actuación del legislador, o esperar a futuros pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre las dos prestaciones asistenciales todavía pendientes de enjuiciamiento, las prestaciones en beneficio de las personas ciegas y aquellas a favor de las personas sordas.

Por cuanto se refiere a España, la LGSS tradicionalmente ha sido insuficiente, cuando no restrictiva, sobre la extensión de la cobertura a los no nacionales, aun tratándose de trabajadores. No será hasta 1997 cuando se extienda plenamente el nivel contributivo a los extranjeros que realicen una actividad profesional en España, siempre y cuando residan o se encuentren legalmente en el país.

⁴⁷⁸ CHIAROMONTE, W.: "Previdenza e assistenza sociale degli stranieri. Prospettive nazionali e comunitarie", *Lavoro e Diritto*, n.4, 2009, p. 603

⁴⁷⁹ VINCIERI, M.: "Verso la parità tra cittadini italiani e stranieri nell'accesso alle prestazioni assistenziali (Nota a Sent. C. Cost. 15 marzo 2013, n. 40)", *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013 n. 4, II, pp. 954-958.

Hasta esa fecha, la nacionalidad española era el requisito exigido por la norma, la cual, a su vez, discriminaba entre dos grupos de extranjeros en función de su país de procedencia: los nacionales de países que hubieran suscrito Convenios al respecto y los ciudadanos de «*estirpe ibérica*» (ALMANSA PASTOR), hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos, filipinos y ecuatoguineanos⁴⁸⁰, residentes en territorio español⁴⁸¹, a quienes el antiguo art. 7.4 LGSS (redacción RD Lgs 1/1994) equiparaba en términos absolutos con los españoles⁴⁸².

La Ley 13/1996, de 30 diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, introdujo un punto de inflexión en la materia, al incluir en los entonces apartados 7.1 y 7.5 LGSS una equiparación amplia en el nivel contributivo, y excepcional en el no contributivo⁴⁸³.

En el nivel contributivo, la mención para todos «*los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional*» superaba las previsiones del Convenio n. 97 OIT⁴⁸⁴, a la par que puso fin a las dudas suscitadas por el anterior art. 7.5 LGSS sobre la protección de los trabajadores desplazados temporalmente en España, que exigía la concurrencia tanto de la residencia como de la estancia legal. El entonces nuevo artículo 7.1 LGSS disipó las dudas al enunciarse de forma alternativa ambos requisitos⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ MALDONADO MOLINA, J.A.: “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ L.A.; FERNANDEZ AVILÉS, J.A. (Coord.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, pp.269-270.

⁴⁸⁰ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales...op.cit.* p. 271.

La inclusión de este colectivo era problemática, pues si bien la Ley 58/1980 los equiparó con los españoles, a efectos de Seguridad Social, dicha Ley fue derogada por la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 7/1985 aunque su preámbulo afirmaba conservarles un tratamiento preferencial.

⁴⁸¹ Además, recordar de nuevo el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, Quito 26 enero 1978 y ratificado por España el 15 marzo 1979, entrando en vigor el 15 marzo de 1981, ratificación BOE 17 agosto 1982.

⁴⁸² GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *Aspectos Internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 74 y ss. No se trata de una mera reciprocidad, sino el trato igual que a un nacional y, por consiguiente, la ausencia de toda discriminación, el máximo que un individuo puede reclamar.

⁴⁸³ GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 2, 1997.

⁴⁸⁴ La Ley amplía su margen a trabajadores por cuenta ajena, trabajadores fronterizos, trabajadores del mar, los artistas y profesionales libres, que ejerzan esas labores por un corto periodo de tiempo, que eran excluidos del Convenio, al referirse únicamente este a trabajadores migrantes: “*toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta*”.

⁴⁸⁵ TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Actualidad Laboral*, n. 39, 1998, p. 727-737.

Este cambio fue asumido por la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOE), manteniéndose en las reformas posteriores de ésta, con lo que se manifiesta la coordinación técnico-jurídica entre ambas legislaciones en el reconocimiento del derecho y sus implicaciones en el ejercicio del mismo⁴⁸⁶, al constatar el art. 10 LOE que «*tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente*», y el art. 14 LOE que los «*los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles*»; este último supuso una ruptura con la política imperante hasta entonces de reservar a los nacionales la protección asistencial.

De modo que con el nuevo ordenamiento se desecha el principio de reciprocidad, pues ni en la modalidad contributiva -desde la Ley 13/1996- ni en la no contributiva -desde la LOE- la inclusión en el campo de aplicación o la acción protectora del Sistema se condicionan al trato dispensado a los españoles por el ordenamiento del que el extranjero es nacional⁴⁸⁷.

En efecto, en la vertiente asistencial, el art. 7.3 LGSS (tras el texto refundido de 2015, art. 7.2 LGSS) limitaba en principio el campo de aplicación del sistema únicamente a los españoles residentes en territorio nacional. Por tanto, en principio, puede parecer que los criterios de nacionalidad y territorialidad eran los delimitantes del ámbito subjetivo del nivel asistencial; sin embargo, la propia LGSS establecía excepciones a tales reglas: sobre la nacionalidad, el art. 7.5 LGSS extendía la igualdad de condiciones a los ciudadanos de países iberoamericanos⁴⁸⁸; y en cuanto a la residencia, el art. 7.4 LGSS (ahora convertido en art. 7.3 LGSS por el RD Lgs 8/2015), daba soporte legal al Gobierno al legislar sobre protección social a favor de los españoles no residentes en España, quedando el resto de extranjero a expensas de los Tratados, Convenios o Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados, o cuando fuera posible en función de la reciprocidad táctica o expresamente reconocida.

⁴⁸⁶ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, p. 271.

⁴⁸⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: Comentario al art. 7 LGSS, en MARTÍN VALVERDE Y GARCÍA MURCIA (dirs), *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2009, p. 60.

⁴⁸⁸ Esta modificación fue introducida por el art. 91 Ley 13/1996 que dio una nueva redacción al art. 7.5 LGSS, extendiendo la protección no contributiva a los extranjeros de estirpe ibérica, indicando respecto a los demás, que habrá que estar a los tratados, convenios, acuerdo o instrumentos ratificados.

Con la aprobación de la LOE, a tenor de las menciones «*extranjeros residentes*» y «*en las mismas condiciones que los españoles*» (art. 14) y de las omisiones, pues no concreta nada respecto a la actividad profesional, se abría a los extranjeros y sus familiares residentes, al acceso a prestaciones de nivel no contributivo, suprimiéndose el criterio de la reciprocidad.

De este modo, si su residencia en territorio español se mantiene durante el tiempo exigido para tener derecho a la cobertura no contributiva, obtendrán protección como si se tratara de nacionales españoles, sea cual sea su nacionalidad. No se precisa que el extranjero tenga autorización para el trabajo, sino que basta residencia legal, sin que el empadronamiento del sujeto pueda ser tomado en consideración⁴⁸⁹.

En consecuencia, el antiguo art. 7.3 LGSS debía entenderse derogado, máxime en virtud de la disposición Derogatoria Única de la LO 4/2000, que declara derogadas «*cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley*», lo que también podía predicarse del número 5 del art. 7⁴⁹⁰. Con la publicación del nuevo texto refundido 8/2015, se ha optado por no eliminar la premisa inicial, pero sí por añadir un nuevo párrafo remitiendo a los términos previstos en la LOE.

Como se ve, desde 1997 hasta 2000 se adoptó idéntica fórmula que la que hasta entonces se aplicaba para el nivel contributivo⁴⁹¹.

3.3.2. Los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular

En un principio, en España, la LGSS no contenía mención alguna respecto de la protección social de los extranjeros en situación irregular. Incluso sin las reformas de extranjería operadas en 2003 y 2009 se debería de entender que no existía un derecho de acceso al sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo⁴⁹². No obstante, se apreciaba que incurrían en una situación de alta presunta o de pleno derecho conforme al art. 125 LGSS (nuevo art. 166.4 redacción RDLgs 8/2015) y se les dispensaba protección a los solos efectos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en virtud del Convenio n. 19 OIT, sobre igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo.

⁴⁸⁹ CABEZA PEREIRO, J.: “Protección social de las personas extranjeras en España”, p. 257

⁴⁹⁰ MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 448.

⁴⁹¹ MALDONADO MOLINA, J.A.: “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica”, op. cit. 2010, p.279

⁴⁹² TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales...op.cit.* p. 271.

La versión inicial de la LOE tampoco recogía previsión normativa alguna, únicamente se contaba con dos menciones para hacer frente a estas situaciones: la primera, el art. 14.3 LOE reconocía el derecho a servicios y prestaciones básicas, «*cualquiera que fuera la situación administrativa*», en donde cabe subsumir también los irregulares; la segunda, el art. 33.3 LOE declaraba la no invalidez del contrato de trabajo celebrado en ausencia de la correspondiente autorización administrativa, «*sin perjuicio de las responsabilidades a las que dé lugar*». Este vago precepto era una de las instituciones más enigmáticas y confusas de la Ley⁴⁹³, pero al mismo tiempo significaba un cambio importante, al equiparar los derechos en función del trabajo en sí mismo, por la condición de trabajador *de facto* del ciudadano extranjero⁴⁹⁴, y no por la presencia de una autorización del trabajo, lo que suponía resucitar la vieja teoría de las relaciones laborales de hecho⁴⁹⁵.

La reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre, transformó el art. 33.3 en el art. 36.3 LOE, añadiendo una mención expresa a las responsabilidades del empresario incumplidor: «*la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario (...) no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*». Doctrinal y jurisprudencialmente se abrió un debate de diferentes sentidos y alcances⁴⁹⁶, para determinar cuáles eran tales prestaciones. El epicentro se situaba en el reconocimiento de los efectos de la validez del contrato de trabajo, anteriormente reputado como nulo por incumplimiento de los requisitos formales, hacia efectos más allá de la retribución (art. 9.2. ET).

Para un sector de la doctrina y cierta línea de interpretación judicial, suponía el una ruptura del binomio afiliación/alta-prestación, con el consiguiente acceso pleno al catálogo de prestaciones del sistema⁴⁹⁷, incluso superador de las dificultades exigidas para el acceso a las prestaciones por desempleo – «*pudiendo y queriendo trabajar*,

⁴⁹³ CAVAS MARTINEZ, F. y FERNANDEZ COLLADOS, M.B.: “Las autorizaciones de trabajo”, AA.VV.: SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A. (coord.), *Derecho del Extranjería*, Diego Marín, Murcia, 2005, p. 531; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales...op.cit.* p. 271; y más en profundidad COLLADOS FERNÁNDEZ, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Murcia, Laborum, 2007.

⁴⁹⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Civitas, Madrid, 2005, p. 129, contraviniendo además el art. 41 CE

⁴⁹⁶ AZÓN VILAS, F.V.: “Sobre la progresiva tendencia a la protección social de los inmigrantes irregulares: la STS (sala 4ª) de 29 de septiembre de 2003”, *Revista de Derecho Social*, n. 24, 2003, pp.151-161.

⁴⁹⁷ LÓPEZ CUMBRE, L.: “La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros”, *Tribuna Social*, n. 187, 2006, p. 18.

pierdan su empleo» (art. 203.1 LGSS)- al tratarse de una situación de alta de pleno derecho conforme al art. 166.4 LGSS⁴⁹⁸, máxime cuando el criterio *lex loci labori* implicaba implícitamente que la persona trabajadora debía de ser incluida en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social como consecuencia de un contrato de trabajo plenamente válido y como una condición de trabajo más⁴⁹⁹.

Otros autores, en cambio, consideraban que, en tal caso, se reduciría al absurdo distinguir entre legales e ilegales si, a la postre, se les reconoce el mismo estatuto jurídico, interpretación que chocaba con el espíritu del propio art. 36.3 LOE⁵⁰⁰.

Una línea jurisprudencial acerca del art. 36.3 de la LOE, sostuvo, en base al art. 106.1 LGSS (nuevo art. 144.1 LGSS), la obligación de cotizar por aquellos trabajadores inmigrantes irregulares, aun a pesar de no proceder de afiliación y alta, pues tal obligación se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena⁵⁰¹.

A todo ello se sumaba el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, sobre afiliación, altas, bajas en la Seguridad Social, que precisaba que, si bien no se les considerará incluidos en el Sistema de la Seguridad Social, sí que podrán «*considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley*», lo que conducía implícitamente a determinar el reconocimiento del derecho de prestaciones de carácter profesional y no comunes, dado que el derecho estaba otorgado a la persona extranjera en su condición de trabajadora.

Finalmente, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo fue mucho más restrictiva. En STS 18 marzo 2008, disoció la protección de carácter laboral de la social, negando la última. Para el Alto Tribunal, las consecuencias son diferentes dependiendo de si el trabajador cuenta o no con la autorización de residencia. En caso afirmativo, «*la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, ex. art. 14.1 de la propia LOE, en pie de igualdad con los trabajadores españoles*».

Por el contrario, si carece de ella, *pese* a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener «*las prestaciones que pudieran corresponderle*». «*Pero tales*

⁴⁹⁸ MARÍN MARÍN, J., y GALLEGU MOYA, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bormazo, Albacete, 2005, p.80.

⁴⁹⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales...op.cit.* p. 271.

⁵⁰⁰ MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes...op.cit.* p. 126.

⁵⁰¹ STS de 2 diciembre 1998

prestaciones, de acuerdo con el art. 14.3 LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 solo a los extranjeros «residentes», sino los «servicios y prestaciones sociales básicas»; entendiéndose por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el art. 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26-5-2004 calificó de “asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado”».

Con posterioridad, la Ley Orgánica 2/2009, recogió este parecer, reubicó el art. 36.3 en 36.5 LOE, con una nueva redacción, se mantuvo la no invalidez del contrato de trabajo en casos de extranjeros carentes de autorización de residencia y de trabajo, y se añadió un inciso, liberando de obstáculos a «*las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle siempre que sean compatibles con su situación*», salvo exclusión expresa al desempleo⁵⁰²; y en cualquier caso, no supondrá una modificación en la situación administrativa del extranjero, un contraste grande respecto a los trabajadores regularizados⁵⁰³.

En cuanto al nivel asistencial, con las modificaciones traídas por la Ley Orgánica 14/2003, aun en tanto el art. 7.3 LGSS (nuevo art. 7.2 RDLgs 8/2015) reserve este tipo de prestaciones a los españoles residentes, como se veía en el apartado anterior, los art. 10.1 y 14.1 LOE la extienden hacia los extranjeros (e iberoamericanos) con residencia legal en España que reúnan los demás requisitos exigidos en la legislación de Seguridad Social. En este sentido, los arts. 144.1.b, 167.1 y 182.1.a LGSS (nuevos artículos 363.1.b, 369.1, 352.1.a RDLgs 8/2015) exigen la residencia legal en España para tener derecho a las pensiones no contributivas de invalidez, jubilación y prestaciones familiares. En cuanto a las prestaciones de desempleo en su modalidad no

⁵⁰² Supone una quiebra al tradicional principio de automaticidad de las prestaciones por desempleo, precisamente, frente a un colectivo de entre los más necesitados de protección. FERNÁNDEZ AVILES, J.A.: “La protección de Seguridad Social del trabajador inmigrante extracomunitario (puntos críticos de la reforma)”, en AA.VV.: MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p. 603.

⁵⁰³ En cambio, si son beneficiarios de la prestación contributiva de desempleo o prestaciones asistenciales públicas, podrán ver renovada su autorización de trabajo y residencia, FERNÁNDEZ AVILES, J.A.: “La protección de Seguridad Social del trabajador inmigrante extracomunitario...*op. cit.* p. 604.

contributiva, tampoco podrán ser disfrutadas por los inmigrantes que no residan legalmente en España y cumplan además las restantes exigencias legales arts. 215 y ss (arts. 274 y ss LGSS).

En Italia, el encaje de los inmigrantes irregulares en el Texto Único, la recoge el art. 2, co. 1 TU, donde las previsiones, a diferencia del resto del artículo omiten la referencia a la estancia irregular, otorgando al extranjero presente en la frontera o territorio estatal, los derechos fundamentales reconocidos a la persona humana en virtud de las normas del derecho interno, de los Tratados internacionales en vigor y de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.

Destaca también el reconocimiento de la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 22559 del 5 noviembre 2010, de la obligación empresarial de cotizar al INPS en favor de los trabajadores extracomunitarios sin permiso de residencia, al entender que la nulidad del contrato (*l'illegittimità del contratto*) por la violación de normas imperativas del Texto Único no excluye ni la obligación retributiva, ni tampoco la contributiva, «*in tema di prestazioni lavorative rese dal lavoratore extracomunitario privo del permesso di soggiorno, l'illegittimità del contratto per la violazione di norme imperative poste a tutela del prestatore di lavoro, sempre che la prestazione lavorativa sia lecita, non esclude l'obbligazione retributiva e contributiva a carico del datore di lavoro*». De lo contrario, se alterarían las reglas del mercado y de la competencia, permitiendo a aquellos que violan la ley de inmigración, beneficiarse de condiciones más ventajosas que las aplicadas a empresarios cumplidores con los requisitos de una inmigración legal.

Una cuestión particular al caso de Italia ha sido el art. 10 bis TU «*reato di ingresso e soggiorno illegale*⁵⁰⁴», introducido por la Legge 94/2009 (cuya derogación definitiva se encuentra en proceso, dada la delega conferida al Gobierno por el art. 2 co. 3 lettera b Legge 67/2014) en tanto impedían y alejaban a los extranjeros irregulares de las Administraciones Públicas.

Por último, cabe señalar las previsiones de ambos ordenamientos respecto a las prestaciones sanitarias por maternidad. Si bien se han omitido las referencias de los extranjeros a las prestaciones sanitarias, por ser un tema cuya envergadura desborda este apartado, se puede apuntar al reconocimiento en ambos ordenamientos del derecho de

⁵⁰⁴ Un antecedente de la medida fue el art. 6, comma 5 bis, Legge. 125/2008 que preveía la obligación de los alcaldes de informar a las autoridades judiciales o de seguridad pública la situación de irregularidad de los extranjeros extracomunitarios como inicio del proceso de expulsión.

todas las trabajadoras extranjeras, aun sin residencia legal, a recibir asistencia sanitaria por maternidad.

Según los arts. 35, III comma, T.U. 286/98⁵⁰⁵ en Italia y en España art. 3 ter Ley 16/2003⁵⁰⁶, en España, independientemente de la calificación jurídica de su estancia, tienen derecho a la atención sanitaria durante el embarazo, parto y postparto ya que se trataría de un derecho absoluto sin limitación, hasta la recuperación postparto, dirigido a garantizar el ciclo terapéutico y de rehabilitación completo. Estas previsiones vienen a dar cumplimiento de la protección a la salud y a las madres de los arts.39.2 y 43 CS, así como del art. 32 CI, que no contienen distinción alguna en relación al status jurídico de la persona presente en el país, pues la salud se concibe no solo como derecho del individuo sino contemporáneamente, el propósito de proteger la salud colectiva.

3.3.3. Otros supuestos especiales: apátridas, refugiados y asilados

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 de Ginebra, y la Convención de New York de 1954 sobre apátridas, ratificados en 1962 por Italia⁵⁰⁷, y en 1997, por España⁵⁰⁸, prevén una dualidad en el tratamiento jurídico de los apátridas, unas veces equiparándose al resto de extranjeros extracomunitarios, y otras con los nacionales, como sucede en cuanto al derecho a la Seguridad Social.

Respecto a la Seguridad Social, se prevé igualdad en el acceso siempre que residan legalmente en el territorio del Estado y cumplan los requisitos normativos aplicables. Esta materia viene regulada, en España, por el art. 36.1.f) Ley 12/2009 y el art. 13 del RD 865/2001, de 20 julio, que aprueba el Reglamento para el reconocimiento del Estatuto del apátrida, y en Italia, por el art. 23 Legge 306/1962 y el art. 27 del D.Lgs 251/2007, el apátrida recibe el tratamiento de trabajador y asegurado al sistema de Seguridad Social. También quedan dentro del ámbito personal del Reglamento europeo de coordinación.

Por su parte, en España, el art. 9.10 Código Civil, los equipara plenamente al resto de ciudadanos españoles, al considerar «*ley personal de los que carezcan de*

⁵⁰⁵ Véase la Circolare del Ministero della Sanità n. 5/2000

⁵⁰⁶ Con anterioridad regía el art. 14.1.d) Decreto 2766/1967. En la actualidad, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en su nueva redacción al art. 3 no ha modificado los requisitos de asistencia sanitaria durante el embarazo.

⁵⁰⁷ Legge de 1 febbraio de 1962, n. 306

⁵⁰⁸ Boletín Oficial del Estado de 4 de julio de 1997

nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley de su residencia habitual», habida cuenta, de un lado, la imposible aplicabilidad del principio de reciprocidad, sea por incoherencia o por la inexistencia de un término de comparación, y de otro, por el distinto fundamento respecto a las políticas de inmigración⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ RODRIGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social...* op. cit., p. 201

CAPITOLO TERZO

AMBITO D'APPLICAZIONE «RATIONE MATERIAE»

SOMMARIO: 1. La liberazione dalle necessità come base di ambedue Costituzioni.- 2. Il rilievo della sussistenza del bisogno.- 3. La prevalenza dell'avveramento del rischio nella tutela dei eventi protetti.-

1. LA LIBERAZIONE DALLE NECESSITÀ COME BASE DI AMBEDUE COSTITUZIONI

Il meccanismo di tutela, con il quale identifichiamo la Sicurezza Sociale, si attiva di fronte a determinate necessità che si accumulano progressivamente fino a formare poi, all'interno di ogni società, quello che è l'obiettivo e le fondamenta della stessa Sicurezza Sociale, ovvero *la garanzia ideale o ideal de cobertura*⁵¹⁰. Tanto l'assicurazione privata, quanto la libertà sovvenzionata, così come l'assicurazione sociale obbligatoria, venivano delimitate dalle diverse tecniche di assicurazione, e non secondo lo scopo della garanzia, che era centrato sul concetto di rischio⁵¹¹.

Il concetto di rischio può essere definito come una condizione potenziale in cui si subisce un evento, futuro e incerto, che non dipende solo ed esclusivamente dalla volontà dell'assicurato⁵¹², poiché si tiene in considerazione la possibilità che si verifichi un evento che possa alterare l'equilibrio esistente tra le necessità degli individui e i beni di cui dispongono per far fronte alle stesse⁵¹³. Più precisamente, si tratta di una visione commerciale tradizionale del concetto di rischio.

Secondo i nuovi principi che hanno ispirato il Piano Beveridge, la tutela si orientava verso una condizione generale obiettiva, indipendentemente dal rischio che causava la situazione e condizione di bisogno. In altre parole, l'unica eventualità ricade

⁵¹⁰ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, p. 21.

⁵¹¹ SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: "Delimitación jurídica del objeto de protección de la Seguridad Social española", *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V.*, n. 20, 2009, p. 61.

⁵¹² DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad social*, Trd. A cargo del prof. VIDA SORIA, J., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1991, p. 58-64.

⁵¹³ GARCÍA ORTUÑO, F.: *Seguros Privados y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1976, p. 45

nell'assenza delle risorse necessarie e sufficienti per la sopravvivenza -senza che sia rilevante avere un'invalità- aver perso il lavoro, ecc⁵¹⁴.

E' dunque di fondamentale importanza conoscere il concetto di necessità che è stato delineato all'interno di ogni Paese, così in funzione dell'approccio adottato si delimiterà principalmente l'estensione obiettiva di ogni sistema di tutela. Bisognerà quindi verificare se il sistema di Sicurezza Sociale mantiene lo stesso schema di tutela centrato nel rischio, o se al contrario, l'oggetto della garanzia dipende da un elemento diverso da quella che è la relazione di assicurazione.

Il bisogno, inteso come la mancanza di un bene⁵¹⁵, può essere ritenuto, alternativamente, in una versione astratta e presunta in cui la tutela viene accordata al momento della verifica dell'evento protetto, la «*situazione di bisogno*»; ovvero ritenuto in termini concreti, occorre altresì verificare l'inesistenza di redditi, personali o familiari, ritenuti sufficienti per fronteggiare gli effetti dannosi di quell'evento⁵¹⁶, cioè lo «*stato di bisogno*».

I sistemi di contribuzione proteggono dai rischi, cercando di compensare il danno prodotto dagli stessi, indipendentemente dal fatto che il soggetto che subisce si ritrovi in una situazione reale di bisogno economico. La base di questa tutela sta proprio nella condizione di rischio, considerando in questo caso la necessità obiettiva che il soggetto potrebbe avere di fronte al rischio stesso⁵¹⁷.

In un sistema del genere, il diritto alla prestazione richiede, oltre al compimento di determinate circostanze legate ai rapporti giuridici stabiliti tra la Sicurezza Sociale e il soggetto protetto, anche il compimento di tutti gli atti che stabiliscono i rapporti giuridici della Sicurezza Sociale e i contributi, effettuati in funzione degli incassi ottenuti dalla sua attività lavorativa, in un determinato periodo di tempo.

Al contrario, per quei sistemi sociali che seguono un orientamento pubblico-universalista, l'oggetto della tutela non è l'eventualità di rischio, ma la situazione o stato di bisogno inteso come un'assenza dimostrata delle risorse, indipendentemente dal motivo che la scatuisce.

⁵¹⁴ ALARCON CARACUEL, M.R.: *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, p. 81

⁵¹⁵ SANTORO PASSARELLI, F.: "Rischio e bisogno nella previdenza sociale", in *Rivista italiana di Previdenza Sociale*, 1948, p. 181

⁵¹⁶ ANDREONI, A.: *Lavoro, diritti sociali, e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 324

⁵¹⁷ ALONSO OLEA, M, y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones...op.cit.* p.19

L'organizzazione di tale situazione rappresenta una di quelle differenze che ritroviamo nella costituzionalizzazione della Sicurezza Sociale di entrambi gli Stati. L'espressione «*situazione di bisogno*» non viene menzionata *expressi verbis* nell'art. 38 CI, come invece accade nell'art. 41 CS; al contrario viene esposto un catalogo di eventi generatori di situazioni meritevoli di tutela, «*infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*», del tutto in sintonia con la Costituzione spagnola del 1931, il cui art. 46 tutela «*malattia, disoccupazione forzata, anzianità, invalidità e morte*».

In questo modo, in Italia, la *situazione di bisogno* è il presupposto per il sorgere del diritto alla prestazione previdenziale, ai sensi del comma 2 dell'art 38 CI, al verificarsi degli eventi protetti dalla norma, condizioni che incidendo sulla capacità produttiva dei lavoratori, e dunque sulla loro capacità reddituale, li rende beneficiari di prestazioni previdenziali⁵¹⁸, mentre lo *stato di bisogno* è intenso come mancanza dei mezzi necessari per vivere, concorrente con l'invalidità al lavoro, è il presupposto della prestazione assistenziale alla luce del comma 1 art. 38 CI⁵¹⁹.

In Spagna, l'espressione «*situazione o stato di bisogno*», non sono caratterizzate da un significato univoco (uso indifferente), poiché sono varie le considerazioni e i significati che gli sono stati attribuiti: da un sinonimo di copertura ideale, fino alla mancanza delle risorse sufficienti alla sussistenza, o anche la considerazione di difetto o di insufficienza delle risorse economiche personali che sorgono a causa di un determinato avvenimento⁵²⁰.

La Ley de Bases del 1963, che ha segnato il passaggio dall'assicurazione sociale alla Sicurezza Sociale, ha particolarmente insistito sul superamento del concetto di “rischio”, per centrare la tutela nel danno prodotto dal rischio stesso, chiamato “sinistro” in termini di assicurazione, e “contingenza” in termini di Sicurezza Sociale, così come viene denominato dalla LGSS; tutto ciò con l'intenzione di «*ottenere nei limiti delle possibilità un'uniformità delle prestazioni di fronte ad uno stesso evento*», secondo quanto esposto dal suo preambolo, mantenendosi così in perfetta sintonia con i principi «*beveridgiani*» della nuova Sicurezza Sociale.

⁵¹⁸ BARTOLE, BIN.: Commentario breve alla costituzione, Cedam, 2008, p.378.

⁵¹⁹ CHIARELLI, G.: Appunti sulla Sicurezza Sociale”, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1965, I, p. 300

⁵²⁰ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución...*op.cit. p. 89.

Non si tratterebbe dunque di tutelare gli individui di fronte alla possibilità che si verificano determinati avvenimenti futuri e incerti, quanto piuttosto tutelarli di fronte a tutti quei possibili eventi rappresentati e stabiliti dalla legge, indipendentemente dal fatto che il sistema abbia potuto prevedere la possibilità di rischio o meno, e indipendentemente dal momento in cui l'evento si sia verificato.

Così, la pensione italiana di vecchiaia e la pensione spagnola di «*jubilación*», possono dirsi sinonime, in quanto concedono all'assicurato una tutela per il «*ritiro*» causato dalla cessazione effettiva della sua attività. Tuttavia, entrambe, rispondono ad una natura differente, poiché, mentre in Italia la pensione si concentra sul superare la vecchiaia biologica come rischio coperto, - la risarcibilità del danno economico determinato dalla decadenza fisica dell'età⁵²¹ (che a differenza di altri rischi non appare in forma immediata e imprevedibile, ma, piuttosto, in quanto conferma naturale di una previsione futura⁵²²)-, in Spagna la tutela si elargisce in base al rischio protetto, la pensione, intesa come garanzia che si ottiene con il raggiungimento di un'età determinata che va di pari passo con il termine dell'attività lavorativa⁵²³.

Tuttavia, il cambio supposto dalla Ley de Bases non è stato raggiunto nella sua totalità. Ciò è dovuto al fatto che tutte le successive leggi di Sicurezza Sociale hanno continuato a far sì che il versamento previo dei contributi previdenziali condizionasse il diritto alle prestazioni; mantenendo –addirittura- un diverso tipo di trattamento tra i rischi professionali e quelli comuni⁵²⁴.

Ciononostante, per dimostrare un maggiore punto in comune tra i due ordinamenti, è indispensabile verificare la duttilità della versione italiana attraverso la somma di tutte le sue parti, e a sua volta, bisogna anche verificare la capacità del «tutto» spagnolo di scomporsi in un elenco ancora più dettagliato.

⁵²¹ ORICCHIO, M.: *Il contenzioso previdenziale. Lineamenti sostanziali e processuali*, Cedam, Milano, 2010, p. 69.

⁵²² ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La reforma del sistema de pensiones en España”, *Temas Laborales*, n. 48, 1998, p.9.

⁵²³ MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 40. Questione che si ricollega ai fondamenti della tutela della vecchiaia, che questo autore raggruppa all'interno del “fondamento ottimista” –da un lato-, ovvero, la vecchiaia intesa come equivalente di *anzianità*, che dà luogo ad un meritato riposo, e il “fondamento pessimista” –dall'altro-, in cui la vecchiaia viene intesa come *senilità*, sulla base di una presunta invalidità.

⁵²⁴ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, Reus, Madrid, 2008, p. 11; Senza dubbio, sarebbe stato meglio se il legislatore costituente si fosse riferito direttamente alla tutela dei rischi predeterminati dalla legge, se questa fosse stata la sua intenzione nel far riferimento alla situazione di bisogno, considerando che l'opacità dell'espressione utilizzata ha fatto sì che il legislatore post-costituzionale si allontanasse dalla direzione marcata – a suo tempo- dalla Legge di Basi della Sicurezza Sociale.

In primo luogo, se ci atteniamo letteralmente alla disposizione italiana, vediamo come quest'ultima può limitare il suo campo di applicazione ad un elenco già stimato. Ciò è quanto si deduce dall'emendamento -respinto in sede- dell'on. MERIGHI⁵²⁵, il quale pretendeva aggiungere al testo costituzionale la frase «in caso di morte la famiglia ha diritto alla pensione». In base a questo accordo, altri eventi, come la pensione ai superstiti o la pensione di anzianità, non avranno la medesima copertura costituzionale e possono essere liberamente disposti dal legislatore senza incorrere necessariamente in una violazione della Carta.

E così è stato dedotto da ALIBRANDI⁵²⁶, che considerava perfino la letteralità del testo come un vantaggio per i lavoratori, «*ciò corrisponde allo spirito della norma. Al stabilire un minimum che non impedisce uno sviluppo ulteriore fino ad un maximum di protezione*».

Nonostante ciò, questo progetto venne presto rifiutato⁵²⁷ e, attendendoci a PERSIANI⁵²⁸, la partecipazione italiana nel programma di liberazione del bisogno, trova maggiore significato attraverso il nesso con l'art. 3, comma 2 CI e l'attuazione progressiva di un percorso di azioni ed interventi in funzione della garanzia a tutti i cittadini delle condizioni strumentali all'effettivo godimento dei diritti civili e politici.

In questo modo, l'elencazione contenuta nel art. 38 co. 2 CI, non ha valore tassativo, essa pone solo un vincolo al legislatore ordinario nel senso di rendere irreversibili l'evoluzione cui finora si è giunti, ma non esclude la possibilità di una ulteriore evoluzione in senso estensivo⁵²⁹, come succede con la tutela che il legislatore ordinario ha garantito ai famigliari superstiti del lavoratore, la tutela di quella particolare situazione generatrice di bisogno, che è rappresentata dai carichi di famiglia, la maternità, disciplinata tradizionalmente unita alle forme di tutela contro le malattie comuni, ovvero anche, in attuazione di precetti posti da fonti comunitarie, per i crediti retributivi dei lavoratori nel caso di insolvenza del datore di lavoro, sicché

⁵²⁵ Vid. *supra*, cap. primo, p. 39.

⁵²⁶ ALIBRANDI, G.: "La previdenza sociale nella nuova Costituzione", *Diritto del Lavoro*, 1948, p. 385.

⁵²⁷ GUARINO, G.: "La previdenza sociale nella Costituzione italiana e nelle altre costituzioni", *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1952, p. 16.

⁵²⁸ PERSIANI, M.: "Sicurezza sociale e persona umana", *Problemi della sicurezza sociale*, 1970, p. 609; OLIVELLI, P.: *La Costituzione e la Sicurezza Sociale*, Giuffrè, Milano 1988,

⁵²⁹ PERSIANI, M.: *Diritto della Previdenza Sociale*, ...op.cit. p. 16.

l'allargamento della tutela ad altri rischi da parte del legislatore ordinario realizzerebbe la costituzionalizzazione irreversibile dei medesimi.

In secondo luogo, nel caso spagnolo, l'art. 41 CS garantisce una tutela a quegli individui che si trovano in determinate situazioni che vengono genericamente valutate carenziali, ed è la presenza di queste situazioni che determina e attiva il meccanismo di garanzia della Sicurezza Sociale, che però non è caratterizzato da una disposizione specifica che stabilisca il confine tra le varie situazioni di bisogno. Occorre ricordare l'emendamento presentato al Progetto di Costituzione da parte del gruppo socialista, affinché l'articolo 36 di allora riportasse espressamente le diverse situazioni di bisogno che meritavano e richiedevano la tutela da parte dei poteri pubblici, «*circostanze di malattia, incapacità di lavorare, vecchiaia, disoccupazione volontaria, stato vedovile, orfanezza, carichi familiari e altre situazioni di bisogno non determinabili*». Il suo rifiuto evidenziò la volontà del costituente di lasciare nelle mani del legislatore ordinario l'identificazione delle concrete situazioni di bisogno coperte dal sistema.

Questa affermazione trova però un'eccezione, ovvero quella della disoccupazione, espressamente menzionata nell'art. 41CS, in modo che il compito di precisare le questioni incidentali, che possono essere protette e che corrispondono al legislatore ordinario, trovi una prima limitazione esplicita nell'art. 41CS, poiché in qualunque caso, il sistema di tutela sociale che si articola dovrà contemplare tutte quelle prestazioni destinate a proteggere gli individui di fronte alle necessità derivate dalla disoccupazione.

Insieme a quanto detto, bisognerebbe aggiungere il fatto che la Costituzione non parla di singole situazioni di bisogno, quanto piuttosto di stati di bisogno al plurale, e cioè, non esiste una concezione astratta delle cause di queste situazioni o un «rischio unico nella sua totalità», lo stato di bisogno⁵³⁰.

Inoltre, nel resto degli articoli della Costituzione, vengono esposte delle ulteriori informazioni, orientate verso altri contesti e situazioni che dovranno essere coperte allo stesso modo: i carichi di famiglia (art. 39 CS), l'assistenza sanitaria (art. 43 CS), l'assistenza ai disabili (art.49 CS) e l'assistenza agli anziani (art. 50 CS). Tuttavia, questi diritti non hanno un carattere esaustivo.

⁵³⁰ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución...*op.cit. p. 44-45.

Dunque, se il principio basilare del sostegno fosse lo stato di bisogno, bisognerebbe capire che il principio contributivo – delineato in tempi anteriori rispetto all'entrata in vigore della Costituzione- è effettivamente stato superato⁵³¹, anche se questa teoria non riesce a trovare una comoda posizione all'interno della giurisprudenza.

Ad ogni modo, corollario di quanto già esposto, è possibile dedurre che in realtà non esiste una ontologia circa la natura necessariamente previdenziale ovvero assistenziale di un determinato bisogno, serva come prova il bisogno di cure è storicamente transitato dal versante previdenziale, organizzato in forma mutualistica, a quello proprio del servizio pubblico sanitario⁵³².

Entrambe le Costituzioni, che presentino o no una lista numerata dei rischi causanti, si centrano – con maggiore o minore incidenza- sul raggiungimento del risultato e sulla liberazione del singolo dal bisogno, basandosi quindi su una obbligazione di risultati e non di mezzi⁵³³. Al fine di raggiungere quest'obbligo, è compito del legislatore determinare tutti gli eventi dai quali può scaturire la copertura pubblica della Sicurezza Sociale, insieme ad una vera e propria configurazione di tutte le circostanze e di tutti i requisiti che porterebbero al sorgimento di questo diritto di tutela. I criteri utilizzati dal legislatore per stabilire quelli che sono i rischi – tanto nel livello minimo quanto nel contributivo- sono di natura extra giuridica e si riferiscono al contesto economico, politico e sociale.

Questo vincolo con il legislatore, per determinare la situazione di bisogno, è stato confermato da entrambe le Corti Costituzionali. In Italia, la sentenza della Corte Cost. n. 286 del 1987 afferma che la prestazione pensionistica è uno «*strumento necessario per il raggiungimento dell'interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno e alla garanzia di quelle minime condizioni che consentono l'effettivo godimento dei diritti civili e politici, con una riserva, costituzionalmente riconosciuta, a favore del lavoratore di un trattamento previdenziale, rispetto alla generalità dei cittadini*».

In Spagna, la STC 65/1987 «*l'art. 41 della CS converte la Sicurezza Sociale in una funzione Statale, in cui il rimedio delle situazioni di bisogno occupa una posizione centrale, tuttavia queste situazioni devono essere stabilite tenendo in considerazione il*

⁵³¹ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución...* op.cit. p. 80-81.

⁵³² ANDREONI, A.: *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 211.

⁵³³ CINELLI, M.: “Appunti sulla nozione di previdenza sociale”, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 1982, p. 161.

contesto generale all'interno del quale vengono prodotte, la situazione economica, le disponibilità del momento e i bisogni dei diversi gruppi sociali».

Di fronte a queste due situazioni, nessuna di ambedue giurisprudenze costituzionali mostra di non aver un criterio unico e definito, che metta in ordine il dilemma dal rilievo prevalente del rischio, ovvero del bisogno come fondamento della prestazione costituzionalmente dovuta. Nei successivi paragrafi, entrambe le giurisprudenze verranno poste a confronto da due diverse prospettive nazionali.

2. IL RILIEVO DELLA SUSSISTENZA DEL BISOGNO

La giurisprudenza costituzionale dei due Paesi oggetti di studio si pronuncia su questa linea.

Con un'enfasi particolare, probabilmente perché si tratta delle sue prime decisioni, risaltano le sentenze della Corte Costituzionale spagnola STC 103 e 104 del 1983, riguardo la discriminazione maschile per l'accesso alla pensione di reversibilità, secondo le quali «il riferimento ad una «situazione di bisogno» o ad uno «stato di bisogno» obbedisce alla volontà di superare una prima prospettiva legale, in cui era priorità il concetto di «rischio», che venne prodotto dalla Ley de Bases de la Seguridad Social del 1963, anche nel caso in cui sussista ancora parzialmente una situazione diversa dello stato di bisogno secondo il rischio dal quale deriva: incidente sul lavoro o no, ovvero, un'interpretazione di difficile adattamento ai postulati di un sistema professionale contributivo, con elementi propri di un sistema pubblico-universalista.

Continua affermando che accogliere lo stato o situazione di bisogno come oggetto e fondamento della tutela, implica una tendenza a garantire ai cittadini un minimo di reddito, stabilendo una linea al di sotto della quale inizia ad attivarsi la tutela⁵³⁴, il che potrebbe supporre l'identificazione dello stato di necessità con l'assenza di alcune entrate minime⁵³⁵.

Questa linea ermeneutica viene però messa in discussione, poiché non si può sostenere l'idea secondo la quale l'assenza di un reddito minimo costituisce l'oggetto di

⁵³⁴ STC 96/2006 de 27 de marzo, 22/2010 de 27 de abril.

⁵³⁵ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Valores constitucionales y Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 13, 1998, p. 201.

protezione della Sicurezza Sociale, visto che nel livello contributivo –per poter accedere alla tutela⁵³⁶- non viene richiesta una situazione di assenza di entrate economiche.

La Corte riconosce che si tratta di una «tendenza», poiché nella normativa legale non si parla di tutela in casi di povertà, quanto piuttosto di un indennizzo di fronte ad un danno, come può essere un eccesso di spese o un difetto nelle entrate, causato da un determinato avvenimento; in caso contrario, il legislatore orienterebbe le sue misure di tutela direttamente contro la povertà, senza alludere a precise circostanze predeterminate dalla legge.

Nella STC 209/1987, la Corte continua su questa linea, con la Ley 31/1984 sulla tutela di fronte alla disoccupazione, la quale si divide in due livelli, uno contributivo e uno assistenziale, concedendo il carattere di assistenziale ai sussidi per gli individui con più di 55 anni di età, ai sussidi per i lavoratori agricoli e ai sussidi per i lavoratori part-time ciclici. In realtà la norma mantiene una base contributiva nella quale le condizioni o requisiti di accesso o durata vengono stabiliti dal legislatore. Non è sufficiente solo un'assenza di reddito, poiché la norma richiede anche un periodo previo di contributi previdenziali. Secondo la dottrina si tratterebbe di prestazioni miste e non puramente assistenziali⁵³⁷.

Tuttavia, la Corte arriva a considerare che, se la Legge di Tutela contro la disoccupazione e il suo Regolamento optano per dei livelli assistenziali di tutela diversi da quelli contributivi, deve portarli a termine fino alle sue conseguenze e –comunque- basandosi su quei principi. Secondo le parole della sentenza *«è certo che il compromesso che pesa sui poteri pubblici non è sempre suscettibile di una attualizzazione immediata e generalizzata, ma lo è anche se la propria legge assume questo compito- come accade, nel piano dei sussidi assistenziali, nelle norme che qui consideriamo-, i suoi precetti non potranno essere applicati, né in termini generali né in casi concreti, a danno dell'impegno del legislatore, che stabilì nelle sue norme delle previsioni astratte, e in questo caso egualitarie, sui beneficiari, provviste irriducibili dal Regolamento»*.

Per di più, nella STC 4/1991 -riguardo l'incostituzionalità di vincolare la durata del sussidio ad un tempo precedente ai contributi per i lavoratori part-time ciclici-

⁵³⁶ SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “Delimitación jurídica del objeto de protección...*op.cit.* p. 65.

⁵³⁷ TORTUERO PLAZA, J.L.: “Dos sentencias constitucionales sobre desempleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 31, 1987, p. 473.

vengono utilizzati argomenti simili da una prospettiva dell'oggetto di tutela. Ciò che è certo è che la soluzione nasce da un'assenza della base legale espressa⁵³⁸, «*organizzare un sistema di sussidi assistenziali senza stabilire una base legale che possa renderlo possibile*».

Anche nel caso italiano si riscontrano simili decisioni che –allo stesso modo– inducono alla prevalenza del bisogno:

La sent. della Corte Cost. n. 191 del 1986, in tema di cumulo tra pensione e retribuzione, ha affermato la legittimità della normativa che riduce la misura del trattamento secondo «*in quanto si limita l'esigenza previdenziale in funzione della quale è predisposta la provvidenza pensionistica ed in quanto l'ulteriore contribuzione, per effetto dell'opera prestata, consente di riliquidare in meglio la pensione già erogata, e il guadagno derivante dall'ulteriore attività lavorativa fa diminuire lo stato di bisogno del pensionato*».

Anche sul cumulo di prestazioni e la incompatibilità tra assegno di invalidità ed indennità di mobilità, la sentenza Corte Cost. n. 218/1995 questiona se i vari eventirischio, generatori di bisogno, cumulati, possono determinare un bisogno più accentuato e dunque legittimare il cumulo di più prestazioni, vale a dire, un cumulo secco, secondo i casi, ovvero un cumulo attenuato, con sollievo per la finanza pubblica⁵³⁹. Secondo la Corte «*questa concentrazione dell'intervento del sistema di sicurezza sociale in un'unica prestazione deve però soddisfare il principio di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 della Costituzione) non potendo pretermettersi che in generale chi subisce plurimi eventi pregiudizievoli si trova esposto ad una situazione di bisogno maggiore di chi ne subisce uno solo*». Il legislatore deve valutare l'idoneità di ciascuna prestazione a soddisfare, «*singulatim*», le esigenze del lavoratore in caso di pluralità di eventi protetti⁵⁴⁰.

⁵³⁸ GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos y discontinuos*, Barcelona, 1990, p. 363, cita extraída de SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución...*op.cit. p. 103.

⁵³⁹ ANDREONI, A.: *Lavoro, diritti sociali, sviluppo economico...*op.cit. p. 217

⁵⁴⁰ «*Pur essendo sia l'assegno che la pensione di invalidità idonei a realizzare «singulatim» la finalità previdenziale dell'assicurazione sociale (art. 38 della Costituzione), si ha però che il lavoratore parzialmente invalido, ove collocato in mobilità, viene a trovarsi in una situazione di più urgente bisogno del lavoratore valido, anch'egli collocato in mobilità, essendo prevedibile che egli, rispetto a quest'ultimo, abbia maggiori esigenze di mantenimento. (...) Invece - essendo l'importo dell'indennità di mobilità maggiore sia della pensione che dell'assegno di invalidità - si ha che, nella medesima comunità di lavoratori collocati in mobilità, i lavoratori invalidi percepiscono una prestazione quantitativamente*

In tema di limiti di reddito per l'accesso alle prestazioni, emerge il requisito del bisogno concreto e attuale⁵⁴¹. La sentenza n. 1067/1988 sulle norme di computo dei redditi per la maggiorazione degli assegni familiari ai lavoratori dipendenti, include nel computo del reddito familiare complessivo (assoggettabile all'IRPEF nell'anno precedente il periodo paga in corso) anche gli arretrati di retribuzione maturati in anni anteriori e soggetti a tassazione separata, afferma che *«anche ai fini del diritto alla pensione di invalidità, come in ogni altro caso in cui la legge subordina l'intervento della tutela previdenziale a un limite di reddito, tale limite va inteso –giusta il concetto dell'art. 38 co. 2 CI nel senso di condizione effettiva, di concreta, attuale disponibilità di mezzi economici, mentre è irrilevante che una somma percepita nell'anno considerato si riferisca anziché allo stesso anno, ad anni precedenti, cioè che si tratti di un arretrato soggetto a tassazione separata. Con questo concetto è coerente la scelta del criterio di cassa, mentre il criterio di competenza determinerebbe il limite in base a una capacità patrimoniale potenziale, realizzata successivamente al periodo di riferimento del computo e quindi inadatta a prevenire, nel corso di tale periodo, lo stato di bisogno dell'assicurato»*.

Allo stesso modo, la sentenza n. 258/1992, sul limite di reddito ai fini della percezione della pensione di invalidità, ha ritenuto prevalente di nuovo il bisogno rispetto al rischio, ha legittimato la restrizione; secondo il giudice remittente *«esiste un divario concettuale tra la maggiorazione degli assegni familiari e la pensione di invalidità: questa presuppone già in atto uno stato di bisogno dell'assicurato, quelli, invece, tendono a impedire l'insorgere di uno stato di bisogno per effetto del mancato adeguamento del reddito del lavoratore ai carichi familiari»*, però la Corte considera che l'asserito divario è privo di fondamento nel diritto positivo, *«sia gli assegni familiari sia la pensione di invalidità sono prestazioni previdenziali, erogate mediante un sistema assicurativo sul presupposto della sopravvenienza di uno stato di bisogno prodotto dalla presenza di familiari a carico o, rispettivamente, di una menomazione*

inferiore a quella dei lavoratori validi. Di tale palese incongruenza - nella fattispecie non giustificata neppure se si considera globalmente la possibile più estesa durata del trattamento di invalidità rispetto a quello di mobilità perché lo stato di invalidità aggrava il rischio della disoccupazione involontaria insito nel collocamento in mobilità - si è reso conto il legislatore stesso che ha corretto il regime dell'incompatibilità introducendo la indicata facoltà di opzione».

⁵⁴¹ PERSIANI, M.: "Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale", *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1984, p. 481.

della capacità di guadagno», e continuano su questa linea le argomentazioni della precedente sentenza.

Inoltre, in entrambi i Paesi, si riscontrano decisioni a favore del rilievo del bisogno in materia di adeguatezza delle prestazioni.

In Italia, verso il mutamento del percorso argomentativo della combinazione tra art. 38 comma 2 CI –dettato per i lavoratori- e art. 36CI, con il posteriore relego dell' art. 36 CI, in favore del dovere generale di solidarietà dell' art. 2 CI –la cittadinanza-, sono stati limitati gli interventi di sostegno per le prestazioni assistenziali ai soggetti privi di redditi sufficienti.

La sentenza della Corte Cost. n. 127/1997, sul rilievo ai fini dell'integrazione della pensione al trattamento minimo, ai redditi del coniuge e non solo ai redditi propri del titolare della pensione, considerava il giudice rimettente che l'istituto dell'integrazione della pensione al trattamento minimo anche dovrebbe essere proporzionato alla qualità e quantità di lavoro prestato e tale da assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori (art. 38 co. 2, e 36 CI.), in modo da mantenere il tenore di vita conseguito nel corso dell'attività lavorativa, e quindi, *«non avrebbe natura assistenziale, bensì previdenziale, sicché la valutazione dello stato di bisogno o di non abbenza dovrebbe essere effettuata con riferimento al singolo lavoratore e non al suo nucleo familiare, che potrebbe essere preso in considerazione solo quando si tratti di prestazioni assistenziali»*.

Per la Corte, l'integrazione della pensione al minimo *«non riflette la caratteristica del trattamento pensionistico, quale prolungamento della retribuzione lavorativa, in quanto tale correlato alla quantità e qualità del lavoro prestato (...) si discosta da questi parametri di calcolo e costituisce, piuttosto, un'erogazione ulteriore rispetto al trattamento pensionistico dovuto in base ai contributi versati, al quale si aggiunge per assicurare al lavoratore in quiescenza il reddito minimo, considerato necessario per far fronte alle esigenze di vita del titolare della pensione e della sua famiglia (...) per converso non si può escludere che per valutare le necessità della famiglia, cui si debba sovvenire con l'intervento solidaristico, si considerino i redditi percepiti da altri componenti della famiglia medesima»*.

In Spagna, riguardo la tutela di morte e sopravvivenza a favore dei familiari, la STC 3/1993 esamina la discriminazione maschile esistente di fronte al riconoscimento esclusivo della pensione a figlie e sorelle⁵⁴². La Corte prende in considerazione una delle caratteristiche delle prestazioni assistenziali, la funzione di prestazione derivante dalla sua estensione obiettiva, *«la sua funzione deve considerarsi come il conferimento di un reddito di sussistenza a chi, a causa di un'assenza di un qualunque tipo di ingresso, si ritrova in uno stato di bisogno»*. La funzione delle prestazioni come «reddito di sostituzione», caratteristica delle prestazioni di natura contributiva, dove la quantità della prestazione deve mantenersi in relazione allo stato di bisogno (previamente delimitato) e non vincolata ai precedenti ingressi del beneficiario.

3. LA PREVALENZA DELL'AVVERAMENTO DEL RISCHIO NELLA TUTELA DEGLI EVENTI PROTETTI

Al contrario, entrambi i Paesi si sono pronunciati abbastanza riguardo al carattere prevalente del rischio, in contraddizione con quanto espresso anteriormente.

In Italia, la Sent. Corte Cost. n. 18 del 1964, sul diritto del titolare di pensione ad ottenere la liquidazione di ulteriori supplementi dopo la decorrenza dei contributi versati successivamente alla liquidazione della pensione di invalidità, vecchiaia e superstiti, suppone la *«attuazione esplicita ad un altro principio riconosciuto quasi unanimemente valido nel complesso della legislazione sociale: la corrispettività tra contributi versati e misura della pensione, con la conseguente utilizzazione di tutti i contributi che figurano nella posizione assicurativa del lavoratore»*.

In questo modo, non è possibile una valutazione unitaria del bisogno previdenziale dall'art. 38 CI, secondo la sent. n. 112/1963 *«che diventa confusione fra le varie forme di previdenza ed assistenza sociale, che la Corte ha invece individuate e distinte»*.

⁵⁴² Segue la STC 3/1993: *“se pondera exclusivamente la situación de necesidad del pariente sobreviviente que dependía económicamente del causante (...) aun cuando la norma encuentra fundamento en una superada idea de la función social de la mujer, y bien que obedezca a un propósito de protección, es claro que su finalidad última es remediar la situación de necesidad en que quedan la hermana y la hija que han dependido económicamente del causante cuando fallece éste”*, vale a dire, il beneficio è concesso quando il parente è in una situazione reale di necessità economica, (la mancanza di mezzi di sussistenza e la mancanza di famiglia con obbligo di sostegno) e non solo perché si materializza il rischio (la morte di un parente).

Anche sul cumulo di prestazioni previdenziali, la Corte capì, secondo la Sent. n. 34/1960, che non esiste *«alcuna disposizione di carattere generale che fissi un maximum di prestazioni al di là del quale non sia lecito andare, ma solo casi singoli di incompatibilità relativa, insuscettibili di amplificazione analogica»*.

In materia di contributi previdenziali, in Italia, la sent. della Corte Cost. n. 173 del 1986, afferma che i contributi *«danno sempre vita al diritto del lavoratore di conseguire la corrispondenti prestazioni previdenziali, il che vuol significare che il legislatore, in ogni caso, non può violare il principio di proporzionalità che sorregge il sistema pensionistico e non tenere conto effettivamente delle contribuzioni dei prestatori di opera (...) né ridurle ad un minimo assoluto»*.

Perfino nella sentenza n. 103/1968 si può parlare dell'uso congiunto dell'art. 36 e 38 CI, la prestazione previdenziale ha la funzione di garantire la tutela della retribuzione personale percepita prima dell'evento, senza importare la esistenza di redditi compensativi o , familiari, così l'indennità di disoccupazione, *«[la funzione del art. 38 CI] si identifica con lo scopo dell'assicurazione, non può certo essere perseguita con l'istituto degli alimenti, regolato dal Codice civile, avente natura, caratteri e finalità del tutto diversi. Il lavoratore tutelato dalla forma previdenziale in esame ottiene sicuramente l'indennità in caso di involontaria disoccupazione; colui, invece, che resta privo di occupazione dopo essere stato alle dipendenze di persona tenuta alla somministrazione degli alimenti, non solo non ha diritto all'indennità, per non essere il rapporto di lavoro assicurabile, ma resta anche esposto alla eventualità di non poter godere neppure degli alimenti nei casi, non infrequenti, in cui l'obbligato alla somministrazione venga a trovarsi in condizioni economiche tali da non poter assolvere all'obbligo impostogli dalla legge»*.

Ma soprattutto in affermazioni molto più contundenti, come la sentenza della Corte cost. n. 100/1991, *«nel precetto dell'art. 38 co. 2, può dirsi inserito l'elemento del rischio solo nel senso che la specifica tutela costituzionale dei lavoratori non si estende a qualsiasi bisogno, ma è limitata agli stati di bisogno oggettivamente provocati da determinati eventi»*.

In Spagna, l'ambivalenza della Corte Costituzionale ha fatto sì che si pronunciasse esplicitamente in merito allo stato di bisogno, intendendolo unicamente

come un danno patrimoniale, un eccesso di spese o un difetto negli ingressi⁵⁴³. Così, la STC 253/1988 dichiara che «[lo stato di necessità] ha concretizzato nella nostra normativa legale, all'interno di un sistema di Sicurezza Sociale, che «non si basa su uno stato di tutela di fronte alla povertà, quanto piuttosto su un indennizzo di fronte ad un danno, come potrebbe essere un eccesso di spese o un difetto negli ingressi causato da un determinato avvenimento improvviso (morte, incapacità ecc.)». «Dunque, nel caso del decesso del coniuge di un lavoratore che ha versato i contributi previdenziali, bisogna attuare lo stesso procedimento giuridico, per cui il diritto dell'altro coniuge di ottenere la pensione di reversibilità è soggetto – in tutti i casi- agli stessi requisiti».

Allo stesso modo, la STC 38/1995 afferma che «la Costituzione non ha delegittimato il modello già esistente di Sicurezza Sociale, che in buona parte si rifà ancora sulla questione di avvenimenti, rischi ed eventi dannosi che danno origine ad una tutela del lavoratore; quanto detto viene reso evidente dal fatto che molti dei suoi precetti alludano ad avvenimenti e rischi concreti e determinati».

Una decisione in termini generali, mantenendoci in questo contesto, la si può trovare nella STC 13/1994, riguardante la non acquisizione del diritto di prestazione in caso di disoccupazione, dovuto al mancato pagamento di un giorno di contributi previdenziali, poiché il lavoratore ha preso parte ad uno sciopero legale. In questi casi la Corte stabilisce che «rappresenta un esempio concreto delle tante e frequenti situazioni che si riscontrano nell'ambito della Sicurezza Sociale, in cui il mancato pagamento, anche se solo marginale, dei contributi previdenziali, da cui dipende il diritto alla tutela, dà motivo di inesistenza del diritto alle prestazioni di tutela, mostrandoci ancora una volta un fenomeno generale del mondo giuridico, in cui il tempo appare – in molte occasioni- un fattore determinante per l'acquisizione di un diritto o per il compimento delle condizioni necessarie perché questo stesso sussista». In altre parole, quanto detto suppone una riaffermazione del principio contributivo, in senso stretto⁵⁴⁴.

La Corte spiega che anche la STC 70/1991, riguardante la costituzionalità di un limite massimo di contributi previdenziali per rischi professionali, facendo riferimento alle categorie professionali, di fronte ad un diverso trattamento di retribuzioni uguali in funzione delle categorie professionali, afferma che «il principale contributo viene

⁵⁴³ ALMANSA PASTOR, J. M., "Del riesgo social a la protección de la necesidad", RISS núm. 6, 1991, pp. 1614 y ss

⁵⁴⁴ GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo: una reseña de jurisprudencia constitucional", *Actualidad Laboral*, n. 4, 1993, p. 58.

compensato dalle maggiori prestazioni che normalmente riceveranno quando si verificheranno i corrispondenti avvenimenti e rischi. Tale circostanza permette, in definitiva, di compensare il maggiore sforzo contributivo dei gruppi superiori di contributi previdenziali e costituisce un primo argomento riguardante la non violazione dell'art. 14 CS».

CAPITOLO QUARTO

L'ADEGUATEZZA DELLE PRESTAZIONI SOCIALI

SOMMARIO: **1.** Il significato delle locuzioni «*mezzi adeguati alle esigenze di vita*» e «*prestazioni sociali sufficienti*».- **2.** L'«adeguatezza» italiana e la «sufficienza» spagnola, come concetti giuridici indeterminati interpretati dalle due Corti Costituzionali.- **3.** L'adeguatezza delle prestazioni dagli approcci giuridico-pubblici.- **3.1.** La natura non contrattuale del sistema di Sicurezza sociale.- **3.2.** La natura giuridica della quota.- **3.3.** La disponibilità economica dei sistemi e il principio di solidarietà.- **4.** Manifestazioni del principio di solidarietà e disponibilità economica.- **4.1.** La pensione minima.- **4.2.** La pensione massima.- **4.2.1.** La problematica italiana con la limitazione percepibile.- a) Legge Finanziaria 2015; b) Massimale di retribuzione pensionabile; c) Contributo di solidarietà.- **4.2.2.** La costituzionalità di un limite massimo all'ammontare delle pensioni in Spagna.- **4.2.3.** La dinamica del funzionamento del limite massimo delle pensioni.- **4.3.** La perequazione automatica delle pensioni.- **4.3.1.** Aspetti costituzionali in comune.- **4.3.2.** I meccanismi di perequazione e le riforme nazionali.- **4.3.3.** La prova costituzionale sul congelamento della rivalutazione delle pensioni nel 2012: valida per la Corte spagnola, rifiutata dalla Corte italiana.-

1. IL SIGNIFICATO DELLE LOCUZIONI «MEZZI ADEGUATI ALLE ESIGENZE DI VITA» E «PRESTAZIONI SOCIALI SUFFICIENTI»

L'art. 38 della Costituzione italiana (CI) e l'art. 41 della Costituzione spagnola (CS) contengono il barometro che misura l'intensità quantitativa e qualitativa⁵⁴⁵ delle prestazioni erogate dai nostri sistemi di Sicurezza Sociale. Mentre l'art. 38 CI distingue tra «mezzi necessari per vivere» (art. 38 co. 1 CI) e «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» (art. 38, comma 2 CI), l'art. 41 CS conferma la finalità della Sicurezza come «prestazioni sociali sufficienti», sufficienza che si riferisce in modo particolare alle pensioni che nell'art. 50 CS vengono chiamate «pensioni adeguate⁵⁴⁶». Tutte queste sono espressioni che, con le loro apparenti divergenze, costituiscono le due facce della stessa medaglia.

Nonostante l'apparenza *beveridgiana* che la nomenclatura emana, in relazione all'espressione «prestazioni sociali sufficienti» e all'adiacente «situazioni di necessità», entrambe utilizzate per sostenere il carattere preminente del fattore non contributivo

⁵⁴⁵ SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, p. 47

⁵⁴⁶ Riguardo al precetto italiano, CINELLI ricordava che «l'adeguatezza raccolta nella costituzione non riguarda solo la prestazione pensionistica ma la totalità della prestazione previdenziale», in CINELLI, M.: *L'adeguatezza della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, *Foro Italiano*, 1986, p. 1774.

o assistenziale della Costituzione Spagnola⁵⁴⁷, la cosiddetta adeguatezza/sufficienza ha ricevuto differenti interpretazioni in base alle procedure contributive o assistenziali; approccio che condivide l'intenzione dei precetti italiani, poiché il binomio italiano ha attirato l'attenzione con lo stesso concetto di sufficienza garantito dalla retribuzione (art. 36 CI). In entrambi i Paesi, l'articolo si colloca come "meta" costituzionale⁵⁴⁸.

Per quanto riguarda la concettualizzazione da parte della dottrina, si possono evidenziare le seguenti pronunce:

Per VENTURI⁵⁴⁹, l'ammontare delle prestazioni ideali è quello che *«tiene conto esattamente del risarcimento del danno realmente verificato in ogni caso specifico. Tale ammontare permetterà all'individuo di ritornare allo stato anteriore all'avvenimento dell'eventualità, nella misura in cui sia fisicamente possibile o, in alternativa, essere risarcito dall'equivalente danno economico a cui è stato sottoposto (...)*»; tuttavia, solo in rare occasioni l'assicurazione sociale raggiunge quest'ideale, poiché bisogna ricorrere a «una stima preventiva e astratta».

In maniera più dettagliata, ASCIAK afferma che *«mentre il mantenimento è già qualcosa in più dei soli alimenti, i mezzi adeguati presuppongono una corresponsione che debba togliere il lavoratore subordinato da ogni preoccupazione di ordine economico»*⁵⁵⁰ e viceversa, con le parole di ALIBRANDI⁵⁵¹ *«il termine adeguatezza ha un suo specifico significato, che esprime nei riguardi dei mezzi, un livello che, di certo, non s'identifica né si attesta al livello minimo; esso per principio deve essere diverso e maggiore rispetto al livello di tutela previsto per le forme assistenziali»*.

Un'altra ottica è quella che impiega PERSIANI⁵⁵², secondo il quale il mantenimento *«del livello di vita raggiunto durante il normale svolgimento dell'attività lavorativa (...) non rientra tra i compiti dello Stato, ma tra quelli propri degli individui e dei gruppi»*, e OLIVELLI⁵⁵³ che partendo dal ruolo dei gruppi *«come formazioni*

⁵⁴⁷ ALARCON CARACUEL; M.R., "La integración de los servicios sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social", *Temas Laborales*, n. 7, 1986, p. 11.

⁵⁴⁸ BATTISTI, A.M., "L'adeguatezza della prestazione tra Costituzione e riforme legislative", *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2008, p. 310

⁵⁴⁹ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad social*, traduzione spagnola a cura di Tudela Cambroner, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, p. 202.

⁵⁵⁰ ASCIAK, G.: "Appunti sul sistema di tutela del lavoro nella Costituzione italiana", *Diritto del Lavoro*, 1966, I, p. 178.

⁵⁵¹ ALIBRANDI, G.: "La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale", *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1977, I, p. 365.

⁵⁵² PERSIANI, M.: *Diritto della Previdenza Sociale*, Cedam, Padova, 2012, p. 42.

⁵⁵³ OLIVELLI, P.: *La Costituzione e la Sicurezza Sociale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 202.

sociali esplicative della persona umana, sostiene la possibilità di trovare un collegamento tra i minimi inderogabili costituzionalmente protetti (tra cui l'adeguatezza ex art. 38 della Costituzione) e la capacità di negoziazione dell'autonomia collettiva, come accade per la determinazione della retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 della Costituzione».

In questo senso, CINELLI si distingue affermando che *«la nozione di prestazione previdenziale adeguata è determinabile solo in via empirica o secondo schemi largamente opinabili, in quanto collegati all'apprezzamento del mutevole stato della finanza pubblica e dell'economia in genere»⁵⁵⁴.*

Per la dottrina spagnola, BORRAJO specifica che *«la parola “sufficienza” compare tre volte nella Costituzione (...), ed è un compromesso politico a mio parere molto serio, le prestazioni sociali devono avere, almeno, la stessa sufficienza che si prevede per il salario»⁵⁵⁵.*

Dal canto suo, per DESDENTADO BONETE⁵⁵⁶, la sufficienza a livello contributivo *«si misura in base alla sua capacità (...) per garantire, in misura ragionevole, il mantenimento di entrate attive»*, mentre a livello non contributivo *«si vincola alla garanzia di un'entrata sociale minima che permette di coprire le necessità basilari del beneficiario»*. Ciononostante, quanto espresso in precedenza non impedisce affermare che *«le prestazioni contributive potrebbero integrare, fino a una percentuale adeguata di sostituzione, la protezione uniforme concessa dal livello non contributivo o, quest'ultimo, limitarsi a colmare per via assistenziale le lacune dell'altro livello »*.

Seguendo lo schema dei diversi livelli di sufficienza, ma enfatizzando sui referenti, ALARCON CARACUEL⁵⁵⁷, nel caso delle pensioni contributive, segnala che *«la sufficienza non si determina in modo assoluto (livello di sussistenza) ma in modo relativo, ricorrendo al cosiddetto tasso di sostituzione, vale a dire, la proporzione tra la prestazione erogata dalla previdenza sociale e il reddito professionale che sostituisce»*, mentre nel caso delle pensioni non contributive, queste sono erogate in base alla *«differenza delle entrate rispetto alla soglia di povertà»*; fatta salva la possibilità che

⁵⁵⁴ CINELLI, M.: *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, p. 180.

⁵⁵⁵ BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *Rivista di Lavoro*, p. 36.

⁵⁵⁶ DESDENTADO BONETE, A.: “Las pensiones no contributivas en el marco constitucional”. AA.VV., *Pensiones no contributivas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 278.

⁵⁵⁷ ALARCON CARACUEL, M.R.: *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 85 e 93.

«quando le prestazioni contributive non raggiungono un certo livello, il legislatore applichi dei minimi con la funzione di garantire la sussistenza in termini assoluti».

Un'altra ottica interessante è presentata da RODRIGUEZ-PIÑERO, M. e GONZALEZ ORTEGA⁵⁵⁸, del versante spagnolo, che sono riusciti a realizzare una lettura più fine di «prestazioni sociali sufficienti di fronte a situazioni di necessità», in riferimento al numero determinato di eventualità coperte. Tuttavia, questa considerazione è stata respinta, all'interno della dottrina spagnola, per essere stata concepita con riferimento all'ammontare; d'altro canto, dallo stesso confronto si evince che l'opzione seguita da entrambi gli ordinamenti è stata quella di interpretare l'adeguatezza/sufficienza in senso quantitativo ed economico.

Da un lato, il dizionario RAE (*Real Academia Española*) definisce la parola *sufficiente* come la quantità necessaria di cui si ha bisogno, in prima accezione, e come adatto o idoneo, in seconda accezione; dall'altro, il dizionario TRECCANI definisce la parola *adeguato* come proporzionato, conveniente, giusto. Definizioni che lasciano intravedere l'intima relazione tra entrambi i precetti, considerando che la sufficienza spagnola è un concetto più ambivalente o duplice che, però, include l'adeguatezza.

Pertanto, situati nel *quantum*, il punto di partenza comune è costituito dai due livelli di protezione, previdenziale/contributivo e assistenziale/non contributivo, poiché da questi si dedurrà che le norme costituzionali concedono un valore diverso all'adeguatezza/sufficienza, con parametri di riferimento quindi diversi⁵⁵⁹, di carattere assoluto nell'ambito della prestazione assistenziale ed invece relativo nell'ambito della prestazione previdenziale⁵⁶⁰. La differenziazione ubbidisce alla sua teleologia, a logiche, filosofie e tecniche distinte: procedere sia in materia di redditi di sostituzione sia di redditi di compensazione⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S.: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en PRADOS DE REYES, F.J. (coord), *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1985, p. 282.

⁵⁵⁹ POLO SANCHEZ, M.C.: "Prestaciones no contributivas y principio de igualdad", *Relaciones Laborales*, I, 1995, p. 129; ALARCÓN CARACUEL M.R.: La integración de los servicios sociales...op. cit. p. 26; SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social*...op.cit. p 47.

⁵⁶⁰ BATTISTI, A.M.: "L'adeguatezza della prestazione tra Costituzione e riforme legislative", *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n.2, 2008, p. 315; ALARCON CARACUEL, M.R.: *La seguridad social*... op. cit. p. 85.

⁵⁶¹ MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en españa*, Titant lo blanch, Valencia, 2002, p. 162

Dati i diversi livelli di protezione in entrambi i Paesi, per il livello assistenziale, la sufficienza si identificherà con la copertura delle situazioni protette al di sopra dei minimi della mera sussistenza, dato che la situazione di necessità protetta consiste nell'avvenimento di un'eventualità per chi dispone di risorse economicamente scarse. Mentre nel livello contributivo, in cui non si tengono in considerazione circostanze di miseria economica del beneficiario, ma che semplicemente si presume *iuris et de iure* un mero danno patrimoniale, le prestazioni mitigano l'eccesso di spese o difetto di entrate derivate dall'eventualità, senza la necessità, per questo motivo, che il soggetto protetto manchi di redditi minimi⁵⁶².

La situazione è uguale in entrambi i Paesi, in cui si distingue un'interpretazione più qualificata del requisito di sufficienza/adeguatezza per le prestazioni a livello contributivo, considerato il *quid pluris* nel trattamento previdenziale riguardo al lavoro⁵⁶³, identificandolo con la proporzionalità in relazione al contributo previo, sia per concorrere «*al progresso materiale e spirituale della società*» in virtù dell'art. 4, comma 2 CI, sia per riuscire a mantenere in questo modo le esigenze di vita del lavoratore nella misura in cui quest'ultimo (e la sua famiglia, come ricordano gli italiani) riesca a condurre un'esistenza libera e dignitosa⁵⁶⁴, per mezzo della sostituzione dei redditi di lavoro che il soggetto ha smesso di percepire quando l'eventualità protetta è stata aggiornata⁵⁶⁵, in modo che la prestazione previdenziale/contributiva assolvere la finalità (di sostituzione) assegnata⁵⁶⁶ in modo efficace e ragionevole.

Tuttavia, la prestazione assistenziale, sarà sufficiente/adeguata quando garantisce un *minimo vitale*, dei redditi di sussistenza, un'entrata sociale minima che permetta di coprire le necessità basilari di chi si trova in situazioni di bisogno e manca di risorse⁵⁶⁷; vale a dire, se svolge la funzione di garanzia di un reddito sociale di compensazione per gli oneri familiari o di un reddito sociale minimo per chi non può

⁵⁶² SEMPERE NAVARRO, A.V., *et. alt.: Política de sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 291.

⁵⁶³ VIOLONI, L.: "Commento all'art 38", BIFULCO. R., CELOTTO. A., OLIVETTI. M., (a cura di), *Commentario alla costituzione*, I, Torino, 2006, p. 782.

⁵⁶⁴ VALENTI, V.: *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 44.

⁵⁶⁵ SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y...op.cit.* pp. 47-48.

⁵⁶⁶ GONZALEZ ORTEGA, S.: "Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social", en *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Trotta, Madrid, p. 215.

⁵⁶⁷ DESDENTANDO BONETE, A.: *Las pensiones no contributivas*, 1991, op. cit. p. 278.

procurarsi delle entrate professionali sufficienti e non dispone di un reddito sociale di sostituzione⁵⁶⁸.

Questa duplice interpretazione della sufficienza è sostenuta nella classica Convenzione n. 102 dell'ILO⁵⁶⁹, riguardante la norma minima di sicurezza sociale. L'art. 65 esige che l'ammontare delle prestazioni di pagamento periodico raggiunga una certa percentuale «*in relazione al totale del guadagno anteriore del beneficiario o degli oneri familiari*».

L'adeguatezza italiana e la sufficienza spagnola sono termini messi in relazione che qualificano i sostantivi che li accompagnano⁵⁷⁰. Per l'Italia, il parametro si basa sulle «*esigenze di vita*», mentre per la Spagna su «*assistenza e prestazioni sociali*».

Si osserva che queste espressioni di riferimento, non solo non mantengono una relazione tra di loro, ma avviene qualcosa di più importante: entrambe sono indeterminate, o per meglio dire, l'articolo spagnolo non contiene tale espressione di riferimento⁵⁷¹. Tuttavia, da un'analisi più approfondita si vedrà che entrambe si assomigliano più di quanto possa sembrare a prima vista, riuscendo a radicarsi nel fondamento giuridico, sebbene, in seguito, l'uso da parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale abbia permesso loro di svilupparsi in modo distinto.

Il referente generale sulla sufficienza/adeguatezza nelle prestazioni contributive è scaturito dall'interpretazione sistematica accanto al precetto costituzionale di «*retribuzione proporzionata*», ex art. 36 comma 1 CI, e «*rimunerazione sufficiente*», ex art. 35.1 CS. In questo modo, la sufficienza delle prestazioni di sicurezza sociale sarebbe stata garantita con il salario, e così, i lavoratori non avrebbero compromesso il loro livello socio-economico in modo repentino nel momento in cui cessavano la loro attività⁵⁷². Questa tesi verrebbe sostenuta dall'art. 3 comma 2 CI e dall'art. 9.2 CS, che

⁵⁶⁸ PERRIN G. "Racionalización y humanización, dos objetivos prioritarios para una reforma de la Seguridad Social", *Papeles de Economía Española*, n. 12, 1982, pag. 482.

⁵⁶⁹ GALIANA MORENO, J.M.: "La vigencia en España de los tratados internacionales de carácter laboral", *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, p. 175.

⁵⁷⁰ FERNANDEZ ORRICO, F.J.: "La seguridad social en el XXV Aniversario de la Constitución", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 49, 2004, p. 155.

⁵⁷¹ GARCÍA VALVERDE, M.: *La cuantía de las prestaciones en el sistema social español*, Granada, Comares, 2003, p. 93.

⁵⁷² POLO SANCHEZ, M.C.: *Prestaciones no contributivas...op. cit.*, p. 129.

permette la differenza di trattamento per situazioni diverse, o in altre parole, un trattamento uguale per gli uguali e un trattamento diverso per i diversi⁵⁷³.

Tuttavia, il grado di connessione che si è stabilito rispetto al concetto salariale è cambiato nei nostri Paesi; da questo momento, le strade si separano (per poi riavvicinarsi) attraverso le pronunce delle Corti Costituzionali che concedono margini di libertà al legislatore in base alle circostanze economiche.

In Italia, la retribuzione sufficiente a cui si deve fare riferimento è quella considerata soggettivamente in relazione ai bisogni del lavoratore, dunque ai minimi contrattuali di ciascun livello o qualifica, (e non a quell'ultima goduta da ciascun lavoratore, che rappresenta la retribuzione oggettivamente corrispettiva, proporzionata alla quantità e qualità del lavoro)⁵⁷⁴. Allo stesso tempo, l'adeguatezza della pensione dovrebbe essere commisurata alla qualità e quantità del lavoro prestato e comunque idoneo⁵⁷⁵, anche dopo il collocamento a riposo, a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, individuando così per decenni una stretta correlazione tra l'art. 36 e l'art. 38 della Costituzione⁵⁷⁶, per la quale la prestazione si concepiva come "salario differito"⁵⁷⁷.

In Spagna, non è stato raggiunto tale livello di connessione: il precetto salariale è stato impiegato come mezzo e non come fine, nella distinzione tra sufficienza contributiva e sufficienza assistenziale. O meglio, la sentenza C. cost. n. 134/1987 ha affermato che «*gli iscritti alla previdenza sociale non ostentano un diritto soggettivo a un ammontare determinato delle pensioni future, vale a dire, le pensioni rispetto alle quali non si è prodotta l'eventualità che le causa*». Per la dottrina giuslavoristica spagnola, esisteva la decisione di identificare la sufficienza salariale con il salario minimo interprofessionale o con il salario minimo professionale secondo accordo

⁵⁷³ VALENTI, V.: *Diritto alla pensione e questione...op.cit.* p. 110; BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: "La consideración igual de los iguales", *Revista de Política social*, n., 74, 1967, p. 79 e seguente citazione estratta da: GARCÍA VALVERDE, M.: *La cuantía de las prestaciones...op.cit.* p. 95.

⁵⁷⁴ BATTISTI, A.M.: L'adeguatezza della prestazione...op.cit., p. 319.

⁵⁷⁵ LUDOVICO, G.: "Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo", *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4, 2013, p. 927, «se alla discrezionalità legislativa spetta il compito di definire in concreto il livello dei trattamenti pensionistici onde garantirne la sostenibilità nel tempo, è altrettanto vero che al legislatore deve ritenersi preclusa la possibilità di comprimerne il *quid pluris* fino all'importo delle prestazioni assistenziali. E ciò in quanto il principio di adeguatezza non costituisce soltanto un parametro quantitativo, ma rappresenta anzitutto un fondamentale requisito qualitativo»

⁵⁷⁶ VALENTI, V.: *Diritto alla pensione...op.cit.* p. 110.

⁵⁷⁷ Concetto applicato per gli impiegati pubblici ed esteso in seguito ai lavoratori del settore privato.

collettivo⁵⁷⁸, in modo che per il livello contributivo, la sufficienza si troverebbe in relazione proporzionale allo sforzo di contribuzione, per cercare di garantire un livello di vita decoroso rispetto a quanto versato.

Pertanto, mentre in Italia la distinzione è stata fatta attraverso un doppio tratto, dal quale si ottengono due referenti, due porzioni stagne, *mezzi adeguati e mezzi per vivere*, in Spagna l'impostazione si è basata unicamente sulla *sufficienza*, che è stata intesa come la frontiera definita dal salario minimo, mantenendosi duplice in senso ascendente e discendente; o come ha affermato ALARCÓN CARACUEL, *non è una linea orizzontale ma una linea spezzata*⁵⁷⁹, nella quale il livello non contributivo dovrà aspirare a un'approssimazione del salario minimo, in modo che le prestazioni di questo livello più sono insufficienti e più distanti si trovano al raggiungimento di questa fascia di riferimento, costituita dal livello minimo di entrate o di reddito di sussistenza⁵⁸⁰.

A proposito della determinazione della sufficienza delle prestazioni assistenziali, questa avviene attraverso l'individuazione della *soglia di povertà* che determina l'ammontare delle entrate che permettono di raggiungere o di pareggiare il livello minimo considerato dal legislatore⁵⁸¹. Come punto in comune in entrambi gli ordinamenti, si può segnalare che la situazione di necessità per questo livello si determina in modo inverso, ovvero, in base all'ammontare della prestazione, dato che la sufficienza non dipende dalla situazione di necessità reale ma da un ammontare autolegittimato⁵⁸².

Prendendo come esempio le prestazioni assistenziali di vecchiaia⁵⁸³, l'assegno sociale in Italia⁵⁸⁴ considera il limite di reddito, per l'anno 2015, non superiore ad

⁵⁷⁸ BORRAJO DACRUZ, E.: El modelo constitucional de la Seguridad Social en España, p. 36 e VIDA SORIA, J.: "La seguridad social en la Constitución de 1978", en AA.VV. *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social* (Madrid, 14 a 26 marzo 1983). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1984, p. 111.

⁵⁷⁹ ALARCON CARCUEL, M.R.: *La seguridad social...* op.cit, p. 85, che considera tale linea «spezzata» in tre livelli: prestazioni contributive, non contributive e sanitarie.

⁵⁸⁰ MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España*, p. 164, ciò che per questo autore rappresenta una prova del fatto che la sufficienza delle prestazioni non contributive ancora non è stata raggiunta.

⁵⁸¹ ALONSO OLEA, M.; TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, p. 31.

⁵⁸² GONZALEZ ORTEGA, S.: *Prestaciones no contributivas...* op.cit. p. 216.

⁵⁸³ Per favorire condizioni omogenee per l'analisi comparativa, per quanto riguarda l'Italia, il resto dei requisiti necessari sono 65 anni di età, incrementati in attuazione dell'adeguamento alle speranze di vita, cittadinanza italiana o residenza effettiva stabile e continuata per almeno dieci anni nel territorio nazionale. Per la Spagna, i requisiti per raggiungere l'età ordinaria di pensionamento sono nazionalità spagnola o residenza legale per dieci anni tra i 16 anni d'età e l'età di maturazione della pensione, dei quali due dovranno essere consecutivi e immediatamente anteriori alla richiesta di prestazione.

5.830,76 euro mentre, in Spagna, per avere diritto alla pensione non contributiva⁵⁸⁵, si ha carenza di entrate quando i redditi, calcolati annualmente, per il 2015, sono inferiori a 5.136,60 euro⁵⁸⁶.

Pertanto, la differenziazione tra livelli di protezione, non implica prestazioni uniformi. Ovvero, non esiste in nessuno dei due ordinamenti un'esigenza costituzionale di parità⁵⁸⁷. Per le prestazioni contributive esiste un'impossibilità di equiparazione con il trattamento minimo⁵⁸⁸, e in Italia, come confermerà la Corte Costituzionale nel prossimo paragrafo, anche con l'ultimo stipendio goduto dal lavoratore in servizio. Invece in Spagna, il criterio di sufficienza sembra presentare un'apparente difficoltà nell'adattarsi al modello contributivo⁵⁸⁹, e di conseguenza, la pensione adeguata in modalità contributiva/previdenziale non sarebbe il risultato di una proporzionalità pura ma di una proporzionalità sfumata, equivalente alla somma della pensione assistenziale di base e di un elemento ulteriore indeterminato identificabile con il merito.

Per quanto riguarda la sufficienza delle prestazioni assistenziali, si possono fare due precisazioni: la prima è relazionata con la maturazione del diritto di accedere alle prestazioni non contributive. In linea con l'esempio anteriore, mentre in Spagna per beneficiare di queste prestazioni uno dei requisiti è semplicemente non avere diritto a pensione contributiva, cosa che evidenzia la priorità delle prestazioni contributive su quelle non contributive; al contrario, in Italia, dopo la riforma Dini sulle pensioni (1995), anche avendola causata, se il suo valore è inferiore a 1,2 volte l'importo dell'assegno sociale (il cosiddetto importo soglia che oggi equivale a 1,5), non si maturerà il diritto alla pensione contributiva, ma sarà erogato l'assegno sociale, cosa che rimarca la distinzione del sistema italiano tra prestazioni assistenziali e previdenziali.

La seconda, invece, riguarda le modifiche sugli importi in base ai membri della famiglia⁵⁹⁰. Se per le prestazioni contributive si diceva che la sufficienza doveva

⁵⁸⁴ L'assegno sociale, istituito dall'art. 1. comma 20, legge n. 335/1995, ha sostituito la «pensione sociale» prevista dalla legge 153/1969. Dopo la riforma Fornero (2011), art. 24, comma 7, legge n. 214/2011, l'assegno sociale è aumentato di 1,5 volte.

⁵⁸⁵ La pensione di vecchiaia non contributiva è regolata dagli articoli 167-169 della *Ley General de Seguridad Social* (LGSS) (legge generale per la previdenza sociale). Istituita dalla legge 26/1990, del 20 dicembre, per la quale si stabiliscono prestazioni non contributive nel sistema di previdenza sociale.

⁵⁸⁶ In entrambi i sistemi, nel caso di contabilizzare le entrate, l'ammontare percepito sarà parziale.

⁵⁸⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, p. 48.

⁵⁸⁸ ORRICO FERNANDEZ, F.J.: «La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución...» op. cit. p. 157

⁵⁸⁹ SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social...op. cit.*, p. 47.

⁵⁹⁰ In Italia, i limiti delle entrate sono condizionati dall'esistenza del coniuge, così come dalle sue entrate. In Spagna, il concetto è più aperto, rimanda a un numero «x» di membri che convivono con il beneficiario

permettere il mantenimento della famiglia del lavoratore, in quelle non contributive, i sistemi di Sicurezza sociale di entrambi i Paesi, si collocano in una posizione di solidarietà sussidiaria rispetto alla solidarietà familiare, che si ritiene che debba attuare in primo piano⁵⁹¹. Tuttavia, quest'aspetto ci condurrebbe a un altro dibattito sulle origini del modello sociale mediterraneo⁵⁹².

In fondo, l'idea soggiacente intorno al principio generale di adeguatezza/sufficienza, si ritrova nel suo schema costituzionale, decisivo rispetto ai fini dell'istituzione: il procedimento migliore per riunire mezzi di sussistenza è il lavoro⁵⁹³. Lavorare è di fondamentale importanza, soprattutto alla luce delle parole dell'articolo 1 CI⁵⁹⁴. Tanto è vero che non è possibile fissare una sufficienza del lavoratore in attivo e stabilirne un'altra diversa per il pensionato, per mancanza di fondamento e perché origina una grave discriminazione per coloro che non prestano più servizio⁵⁹⁵; da ciò la necessità di articolare una prestazione soddisfacente per mezzo dei contributi⁵⁹⁶. Inoltre, questa logica acquisisce valore dal punto di vista del finanziamento di distribuzione dei sistemi, soprattutto contributivi e professionali, le cui prestazioni cercano di sostituire in modo adeguato i livelli di reddito attivo⁵⁹⁷.

Le critiche relative a quanto esposto indicano, da un lato, che né l'art. 38 CI né, ancor meno, gli artt. 41 e 50 CS, hanno stabilito propriamente, come nel caso della sufficienza salariale, alcun principio orientativo della citata sufficienza delle pensioni, e indubbiamente non è stato disposto un livellamento dell'ammontare delle prestazioni economiche della Sicurezza sociale al salario minimo interprofessionale⁵⁹⁸; ed è vero

e non unicamente al coniuge. In questo modo, in Italia, se il richiedente è coniugato, il limite di reddito si raddoppia a 11.661,52, mentre in Spagna, l'art. 168 della LGSS, che rimanda all'art. 145 (pensioni d'invalidità non contributive), stabilisce il limite per la presenza di ogni beneficiario al 35% dell'importo, secondo calcolo annuale, della pensione non contributiva. GARCÍA ROMERO, B.: *Lagunas de cobertura del sistema español de seguridad social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo*. *Revista de Derecho Social*, n. 68, 2014, p. 67 e ss.

⁵⁹¹ ALARCON CARACUEL, M.R.: *La Seguridad Social...op. cit.* p. 88.

⁵⁹² FERRERA, M.: *Welfare state reform in Southern Europe: Fighting poverty, social exclusion*, Routledge, 2005, pp. 84 e 141. ID.: "The "Southern Model" of Welfare in Social Europe, *Journal of European Social Policy February* 1996, n. 6, p. 17.

⁵⁹³ MANTIN VALVERDE, A.: *El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*" *Revista de Política Social*, n. 137, 1983, p. 122.

⁵⁹⁴ ESPOSITO, C.: "Commento all'art. 1 della Costituzione", *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 12.

⁵⁹⁵ BORRAJO DACRUZ, E.: "El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, *Revista de Seguridad social*, n. 8, 1980, p. 36.

⁵⁹⁶ GARCÍA VALVERDE, M.: *La cuantía de las prestaciones...op.cit.* p. 96.

⁵⁹⁷ GETE CASTILLO, *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lexnova, Madrid, 1997, p. 528.

⁵⁹⁸ ALARCON CARACUEL, R.M.: *La Seguridad Social... op. cit.*, p. 85.

che nemmeno è stato proibito⁵⁹⁹, ma, per il caso italiano, si è giunti alla considerazione che con il passare del tempo, tale correlazione era troppo stringente, con sfumatura chiaramente assicurativa⁶⁰⁰, e per il caso spagnolo, che le possibilità dell'art. 41 CS⁶⁰¹ perdono di contenuto.

L'italiano ROSSI⁶⁰² e gli spagnoli RODRIGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA⁶⁰³ negano la relazione con i precetti salariali, a causa della predeterminazione *de facto* di un modello di Sicurezza sociale che, inoltre, comporterebbe l'imposizione di un modello di finanziamento del regime pubblico di sicurezza sociale, consolidato sui salari, situazione che non va d'accordo con la rottura del principio di sinallagmaticità tra contributi e pensioni, né con il modello di sufficienza costituzionale⁶⁰⁴.

Nonostante quanto affermato prima, non si deve dimenticare, citando DURAND⁶⁰⁵, che i criteri da tenere in considerazione per fissare il salario minimo non devono coincidere obbligatoriamente con i criteri che si considerano nel momento in cui si passa a stabilire i corrispondenti alle pensioni sufficienti, poiché hanno il compito di garantire mezzi materiali a gruppi diversi, con bisogni diversi da soddisfare.

In questo senso, l'art. 36 comma 1 CI, alla fine, garantisce un'esistenza libera e dignitosa. Dignità che non risponde soltanto alle esigenze di vita, come possono essere quelle del vitto, della casa, del vestiario, ma anche alle esigenze dell'esistenza libera e perciò degna dell'uomo⁶⁰⁶. La Costituzione spagnola⁶⁰⁷, contiene simile concetto di dignità ma per quanto riguarda il significato a cui ci riferiamo, lo affronta in maniera diversa, poiché nel progetto di Costituzione del 1977 è stata rifiutata la formula «*prestazioni sociali degne e sufficienti*»⁶⁰⁸, sicuramente per il suo aspetto ripetitivo

⁵⁹⁹ DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La protección legal de la Suficiencia del Salario*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 67.

⁶⁰⁰ REGNA, S.: "Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori", *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2005, p. 58.

⁶⁰¹ DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La protección lega...op.cit. p.*

⁶⁰² ROSSI, F.P.: *La previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1988, p. 22.

⁶⁰³ RODRIGUEZ-PIÑERO y GONZALEZ ORTEGA, *La configuración constitucional de la Seguridad Social...op. cit. p. 267-287.*

⁶⁰⁴ GONZALEZ ORTEGA, S.: "La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1998, n. 12, p. 53.

⁶⁰⁵ DURAND, P.: *La politique contemporaine de la Sécurité Sociale* (1953), traduzione spagnola e studio preliminare a cura di SORIA, J., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 334.

⁶⁰⁶ ANDREONI, A.: *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Torino, 2006, p.123

⁶⁰⁷ Vid. *supra*, cap. primo, p. 67.

⁶⁰⁸ PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: "Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución", in AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 327.

giacché il senso della seconda parte è implicito nella prima. Tuttavia, l'ampiezza del concetto di dignità si trova inglobata nel resto della sezione dell'art. 50 (CS), che garantisce ai cittadini della terza età «*servizi sociali per soddisfare i problemi specifici di salute, abitazione, cultura e tempo libero*».

In conclusione e come introduzione al prossimo paragrafo, riguardo alla proporzionalità bisogna prendere in considerazione due elementi sul parallelismo tra entrate e prestazione. La proporzionalità non significa connessione automatica, matematica o sinallagmatica tra contributo versato e prestazione concessa⁶⁰⁹, e neanche quella ultimamente goduta da ciascun lavoratore, che rappresenta la retribuzione oggettivamente corrispettiva, proporzionata alla quantità e qualità di lavoro⁶¹⁰. Nello stesso modo, la proporzionalità non risponde neanche a un interesse esclusivamente individuale ma di rilevanza pubblica⁶¹¹. Questi due elementi sono i metodi impiegati in ogni Paese, che conducono in ultima istanza alla superazione del principio contributivo. Tuttavia, questa traiettoria evolutiva non è stata presentata in modo uniforme e lineare ma, al contrario, in modo ambivalente.

In astratto, si presentano poi due orientamenti che accolgono tre grandi tesi. Gli approcci di natura giuridico-privata⁶¹² conducono alla «*teoria assicurativa*», nella quale la quota ha natura giuridico-privata, intesa come l'equivalente al premio di un contratto di assicurazione privata; a posteriori, questa teoria si è avvicinata alla «*teoria del reddito differito*», intendendo il contributo come un modo speciale di salario differito.

⁶⁰⁹ SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y.: *Seguridad Social*...op. cit. p. 110.

⁶¹⁰ Un chiaro esempio sono i diversi sistemi (retributivi e contributivi) di calcolo della pensione in Italia.

⁶¹¹ PERSIANI, M.: *Diritto della previdenza sociale*...op. cit. p.

⁶¹² Senza entrare troppo in merito, la raccolta effettuata sulla teoria unitaria o dottrina della bilateralità da ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1984, p. 154, in cui si definisce VENTURI come difensore accanito della sinallagmaticità che mantiene la somiglianza della relazione di assicurazione sociale con quella di assicurazione privata; per chi considera che neanche l'automaticità delle prestazioni riguardi la reciprocità delle obbligazioni ma che solamente si produca l'annullamento di uno degli effetti normali delle obbligazioni reciproche, la possibilità di risolvere o di addurre l'«*exceptio inadimpleti contractus*», l'annullamento che deriva dal carattere dello «*ius cogens*» delle norme assicurative sociali, ma che non altera l'essenza degli obblighi reciproci contenuti in relazione.

Seguendo questa scia, CANELLA e LEGA, e prima DE LITALA, DONATI, LEVI SANDRI, riducono e attenuano la sinallagmaticità, sebbene continuano a mantenerla. Secondo loro, nella relazione giuridica di assicurazione sociale esiste correlazione tra le obbligazioni di versamento dei contributi da parte dell'assicurante e di indennizzo da parte dell'assicuratore, sebbene la reciprocità scompaia una volta erogate le prestazioni. Da un'altra prospettiva, esiste correlazione tra le obbligazioni quando la relazione s'instaura (sinallagmaticità genetica), sebbene tale correlazione scompaia con l'adempimento delle stesse (sinallagmaticità funzionale).

Da parte sua, conforme agli approcci di natura giuridico-pubblica⁶¹³, i contributi hanno natura giuridico-pubblica, in altre parole, natura tributaria o fiscale; questo discorso è conosciuto come «*teoria o modello costituzionale*».

È sufficiente dire le antiche posizioni che consideravano le contribuzioni come premi di assicurazione⁶¹⁴, sono state abbandonate per mancanza del nesso di corrispettività tra contributi e prestazioni previdenziali⁶¹⁵, per cui l'apice del dibattito moderno⁶¹⁶ si colloca nell'analizzare la sua introduzione e il posteriore abbandono dei fondamenti del reddito differito, compito che occupa il seguente capitolo.

2. L'«ADEGUATEZZA» ITALIANA E LA «SUFFICIENZA» SPAGNOLA COME CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI INTERPRETATI DALLE DUE CORTI COSTITUZIONALI

Dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, ciascuna Corte ha avuto occasione di pronunciarsi, in ripetute occasioni durante gli anni, sul concetto di adeguatezza/sufficienza delle prestazioni, sia secondo la relazione esistente tra contributi versati e prestazione ricevuta, sia attraverso istituzioni contigue come limite minimo o massimo nell'ammontare delle pensioni, rivalorizzazione del potere

⁶¹³ Sulla teoria scissionista o delle relazioni unilaterali, ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social, op. cit.* p. 156. Secondo quest'autore, le origini di questa dottrina sono più remote di quanto si possa pensare. Trova antecedenti nei primi trattatisti tedeschi sulle assicurazioni sociali, ROSIN, LASZ, LABAND, quando si osservava che le assicurazioni sociali imposte da Bismark erano diverse dalle quelle private nell'assicurazione a pieno diritto, e che nella relazione giuridica di assicurazione sociale, la sinallagmaticità della relazione di assicurazione privata non aveva valore. In Italia, dagli inizi dell'assicurazione sociale, la dottrina si pronunciava di solito per le reciprocità delle obbligazioni contenute nell'assicurazione sociale. L'evoluzione normativa posteriore, che ha dato accesso all'automaticità delle prestazioni, ha spinto la dottrina a negare l'interdipendenza tra quote e prestazioni, spiccando tra questi, BARASSI, nelle vesti di pioniere, BARETTONI, seguace, e PERSIANI. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, I, Roma, 1913; DELITALA, *Diritto delle assicurazioni sociali*, Torino, 1951, 56 e ss; CANNELLA, *Corso di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1970, 609 ss.

⁶¹⁴ RANALDI, "Natura giuridica del contributo assicurativo", in *Previdenza Sociale nell'Agricoltura*, 1953, p. 107.

⁶¹⁵ PERA, L.: L'automaticità (parziale) delle prestazioni nell'assicurazione d'invalidità e vecchiaia, *Sicurezza Sociale*, 1970, p. 1 e ss; ROSSI, F.P.: *La previdenza sociale*, Padova, 2000, p. 58; PURI, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005, p. 172.

⁶¹⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo...op.cit.* p. 649, L'autore afferma riguardo alla natura della quota che non conviene essere categorici, poiché «*senza smettere di riconoscere la parte contenuta veramente in entrambe posizioni, è necessario riflettere nei suoi punti deboli: la quota come premio si oppone fondamentalmente al fallimento del principio sinallagmatico nella previdenza sociale, ma la pura e semplice identificazione tra quota e tributo oppone l'ancora dominante carattere contributivo della nostra previdenza sociale, che sebbene non si articoli sul modello del contratto di assicurazione, lo fa sulla tecnica generica di assicurazione*».

d'acquisto e coincidenza di pensioni nello stesso beneficiario. Questi aspetti saranno trattati nelle seguenti citazioni.

In Italia, la legge n. 153 del 30 aprile 1969 (riforma Brodolini), abbandonò definitivamente il sistema di capitalizzazione e adottò la formula retributiva per il calcolo della pensione in forma generalizzata, svincolando il calcolo della pensione dai contributi effettivamente versati e legando la prestazione alla retribuzione percepita negli ultimi anni di lavoro. Se anteriormente prevaleva un concetto di retribuzione differita ancorato alla massa contributiva accantonata ed al suo rendimento, successivamente a tale momento acquisiva rilievo determinante il collegamento fra pensione e retribuzione e la configurazione dell'una come una sorta di prosecuzione dell'altra⁶¹⁷, s'introduce così la teoria del reddito differito, concetto secondo cui la pensione è un «*reddito di sostituzione*» del reddito da lavoro o «*retribuzione differita*», frutto della correlazione concettuale o politica⁶¹⁸ con la formula dell'articolo 36, comma 1 CI, che impone che al lavoratore gli sia assicurata una retribuzione sufficiente a garantire a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

Tuttavia, nelle prime pronunce della Corte Costituzionale italiana, l'adeguatezza s'identificava con il minimo vitale capace di far fronte alle necessità primarie della vita. La prima sentenza al riguardo, la sentenza n. 34/1960 dichiarava «*quale che sia la funzione specifica che si voglia attribuire alla pensione di invalidità e vecchiaia, è certo che, in base all'ordinamento vigente, essa è collegata allo stato di bisogno del lavoratore garantendo un minimun di mezzi di sussistenza*».

Più dettagliatamente, la sentenza n. 22/1969 dichiarava che «*il primo comma dell'art. 38 pone fra i compiti primari dello Stato quello dell'assistenza sociale, quale esplicazione del principio della solidarietà, che deve informare la normativa della pubblica assistenza e beneficenza a favore di chi versi in condizioni di indigenza per inabilità allo svolgimento di un'attività remunerativa, prescindendo da precorse qualità e situazioni personali e da servizi resi allo Stato*»; mentre il secondo comma, «*anche esso ispirato a criteri di solidarietà sociale, ma con speciale riguardo ai lavoratori, impone che in caso di eventi, i quali incidono sfavorevolmente sulla loro attività lavorativa, siano ad essi assicurate provvidenze atte a garantire la soddisfazione delle*

⁶¹⁷ EVANGELISTA, S.: «La giurisprudenza costituzionale dell'ordinamento previdenziale», *Diritto del Lavoro*, 1987, p. 149.

⁶¹⁸ BARTOLE, S. e BIN, R.: «Commento all'art. 38», *Commentario breve alla costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 377.

loro esigenze di vita”, nell’insieme rilevava il carattere precisamente *alimentare*, essendo esse destinate a *fronteggiare primarie necessità degli assistiti, mediante corresponsione di un minimo vitale*». Si noti che si fa riferimento agli «assistiti», anche con riguardo alla materia previdenziale, combinando semplici mezzi di sussistenza per entrambi i precetti⁶¹⁹.

In seguito, e fino al decennio 1980-1990, la Corte Costituzionale italiana ha difeso con impegno posizioni più retributive, definendo la pensione in termini di «retribuzione differita», commisurando la quantità alla qualità del lavoro nell’idoneità ad assicurare all’ex lavoratore e alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa. Agli albori del 1990, la Corte Costituzionale ha ridimensionato il principio di proporzionalità dell’art. 36 CI, passando quindi gradualmente a riconoscere una più ampia discrezionalità legislativa nella commisurazione della prestazione alle risorse effettivamente disponibili⁶²⁰, situando l’adeguatezza in un punto intermedio tra il minimo vitale e i mezzi idonei a garantire il tenore di vita raggiunto dal lavoratore⁶²¹. Un excursus di importanti pronunce ci permette di evidenziare le seguenti sentenze.

L’originaria sentenza n. 3 del 1966 con riferimento all’indennità di anzianità degli impiegati pubblici condannati, dichiara che *«l’art. 36 garantisce espressamente il diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato ed in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa. E non appare compatibile con i principi ispiratori di questo precetto costituzionale collegare indiscriminatamente (come fa l’art. 28, n. 5, del Codice penale, integrato dall’art. 29), per il personale degli enti pubblici e i loro aventi causa, la perdita di tale diritto al fatto che il titolare di esso abbia riportato la condanna a una certa pena detentiva»*.

La sentenza n. 155 del 1969 riconosce, pur nella ritenuta legittimità della riduzione della pensione in caso di cumulo con la retribuzione, l’intangibilità della quota della pensione corrispondente alla rendita dei contributi versati. *«È conforme alle esigenze volute dall’art. 38 il corrispondergli l’intera pensione, mentre il divieto di*

⁶¹⁹ EVANGELISTA, S: La giurisprudenza costituzionale... *op. cit.* p. 148.

⁶²⁰ LUDOVICO, G.: “Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica...*op.cit.* p. 927 «Non sembra che il limite delle compatibilità di bilancio possa costituire un reale ostacolo alla concreta realizzazione dell’adeguatezza, dal momento che, fatta eccezione per l’ipotesi di assoluta mancanza di risorse, la vera questione non è tanto nella sostenibilità della spesa, ma nelle scelte compiute in sede di ripartizione delle risorse disponibili»

⁶²¹ REGNA, S: Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori. *Lavoro e Diritto*, 2005, n. 1, p.73.

cumulo per il pensionato che gode di un trattamento di lavoro oltre quello pensionistico rispetta un principio di giustizia distributiva».

La sentenza n.184 del 1973 sulla legittimità della norma che riduce a metà l'importo dell'indennità per il personale degli enti locali cessato dal servizio per dimissioni volontarie, dichiara che *«in riferimento all'art. 36 della Costituzione dopo che la Corte costituzionale ha affermato che la pensione riveste carattere di retribuzione differita, dal momento che il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato deve intendersi rivolto non soltanto alla retribuzione corrisposta durante il servizio, ma anche a quella differita. La quale, nel vigente sistema previdenziale, può essere di due tipi: pensione o indennità "una volta tanto"».*

Invece, con la sentenza n. 30 del 1976, di nuovo sulla compatibilità tra pensione e retribuzione⁶²², cominciano a crollare le posizioni rispetto alle «pensioni differite». La Corte precisa il criterio affermando che non può più riconoscere tale intangibilità, dovendo valutare il problema del cumulo nell'ottica del crescente sostegno finanziario dello Stato al trattamento previdenziale dei lavoratori, conseguente alla rottura dello stretto collegamento tra questo e i contributi versati. *«Neppure è violato il diritto alla prestazione di adeguati mezzi di vita in caso di vecchiaia per effetto del denunciato divieto di cumulo. È stato osservato da questa Corte, nella citata sentenza del 1969, che la pensione assolve ad una funzione previdenziale, inserendosi nel sistema di sicurezza sociale delineato dall'art. 38 della Costituzione. Essa sopperisce al rischio del lavoratore di perdere o di diminuire il proprio guadagno, mancando dei mezzi di sussistenza, quando, con il venir meno delle forze per vecchiaia, non è più in grado di lavorare»(...). «Se il pensionato, dimostrando di possedere ancora sufficienti energie, continua a lavorare, pone in essere una condotta che, da un lato, può avere rilievo ai fini di una riliquidazione della pensione, dall'altro consente al legislatore di tener conto del conseguente guadagno e della diminuzione del suo stato di bisogno. Non contrasta quindi con l'art. 38 Cost. la riduzione del trattamento pensionistico a carico di chi, continuando a lavorare, percepisce anche una retribuzione».*

⁶²² CANEVARI, F.M.. *Costituzione e protezione sociale. Il sistema previdenziale nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 37.

Da quel momento, il ricorso alla solidarietà generale acquisisce maggiore importanza di fronte alle tensioni con il concetto di retribuzione⁶²³. Questa nuova dottrina si consolida con la sentenza n. 26 del 1980 nella quale si precisa che «dagli invocati precetti, congiuntamente considerati [artt. 3, 36 comma 1, 38], innegabilmente scaturisce, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, una particolare protezione per il lavoratore, nel senso che il suo trattamento di quiescenza - al pari della retribuzione in costanza di servizio, della quale costituisce sostanzialmente un prolungamento a fini previdenziali - deve essere proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato, e deve in ogni caso assicurare al lavoratore medesimo ed alla sua famiglia mezzi adeguati alle loro esigenze di vita, per un'esistenza libera e dignitosa. Proporzionalità ed adeguatezza, che non devono sussistere soltanto al momento del collocamento a riposo, ma vanno costantemente assicurate anche nel prosieguo, in relazione ai mutamenti del potere d'acquisto della moneta” Ciò, precisando tuttavia che tale principio “non comporta [...] automaticamente la necessaria e integrale coincidenza tra il livello delle pensioni e l'ultima retribuzione”, lasciando sempre sussistere “una sfera di discrezionalità riservata al legislatore per l'attuazione, anche graduale, dei principi suddetti».

Il fatto è che l'utilizzo dell'art. 36 per definire il concetto di adeguatezza ha ricevuto critiche a suo tempo⁶²⁴, per aver svolto, l'art. 36 CI, un ruolo tra soggetti privati, a differenza dell'interesse pubblico⁶²⁵ dell'art. 38 CI; o per aver privato di adeguata giustificazione positiva ed essere fonte di gravi equivoci, specialmente durante l'utilizzo di un parametro che non è quello imposto per tale specifica occasione dall'art. 38 CI e perché sono tra di loro nettamente distinti: la quantità e qualità del lavoro in un caso, e le esigenze di vita in presenza di eventi tipici nell'altro.⁶²⁶

Si inserisce così un punto d'inflessione, la corte comincia a introdurre una serie di ostacoli. Continua nella stessa sentenza affermando «ma ciò non comporta automaticamente che, nella fase della liquidazione, il livello della pensione, in progressiva puntuale concomitanza con il servizio prestato, debba poter attingere il

⁶²³ EVANGELISTA, S: La giurisprudenza costituzionale... *op. cit.* p. 149.

⁶²⁴ PERSIANI, M.: Commento all'art. 38, in BRANCA, G.: *Commento alla costituzione* Zanichelli, Bologna-Roma: 1979, p. 250.

⁶²⁵ PERSIANI, M.: Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale in G. M. AMBROSO, G. FALCUCCI, (ricerca coordinata da) Lavoro, La giurisprudenza costituzionale (1 luglio 1989 1 dicembre 2005), Roma 2006.

⁶²⁶ CINELLI, M.: L'adeguatezza della pensione previdenziale... *op.cit.* p. 1771.

traguardo della integrale coincidenza con la retribuzione goduta all'atto della cessazione dal servizio”.

A riguardo (varie pronunce hanno continuato in questa direzione) la sentenza n. 349 del 1985 espone: *«la Corte non può non muovere dalla sua precedente giurisprudenza e in particolare dalla decisione n. 26 del 1980, (...) non comporta tuttavia automaticamente la necessaria e integrale coincidenza tra il livello delle pensioni e l'ultima retribuzione; e peraltro lascia sempre sussistere una sfera di discrezionalità riservata al legislatore per l'attuazione, anche graduale, dei principi suddetti».*

La sentenza n. 31 del 1986⁶²⁷ sulla costituzionalità di un trattamento minimo di pensione diverso per i lavoratori autonomi rispetto ai lavoratori dipendenti, *«non appare arbitraria od irragionevole, trovando essa la sua giustificazione nella differente valutazione delle situazioni in cui versano le due categorie in discussione; in particolare, va tenuto presente, da un lato, la diversa qualità del rapporto di lavoro dei lavoratori dipendenti e dei lavoratori autonomi che godono d'un reddito e non d'una retribuzione fissa nonché la diversa posizione economica e sociale degli stessi, e, da un altro lato, la differente disciplina delle contribuzioni previdenziali previste per gli uni e per gli altri. Né può certamente ritenersi irrazionale (...) trovando anch'essa giustificazione sia nei diversi sistemi di contribuzione sia nei differenti sistemi di determinazione della pensione. (...) L'art. 38 Cost. non va interpretato nel senso che le esigenze di vita tutelate debbano essere rigidamente uguali per tutti i lavoratori, prescindendo dal reddito fruito durante la vita lavorativa ed assoggettato a contribuzione: appare, pertanto, legittimo l'attuale sistema, essendosi perseguito l'ampliamento della tutela sociale con razionale gradualità di passaggio imposta dalle disponibilità finanziarie del Paese».*

La sentenza n. 173 del 1986⁶²⁸ sulla non previsione di un meccanismo di riliquidazione delle pensioni pari alla dinamica salariale, *«non comporta, però, la*

⁶²⁷ CANEVARI, F.M.: *Costituzione e Protezione Sociale. Il sistema previdenziale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giappichelli, 2007, p. 37, segnala che la sentenza n. 31 del 1986 evita accuratamente ogni riferimento alla norma costituzionale; la scelta trova come una giustificazione nella sostanziale estraneità al criterio indicato di ogni riferimento alla quantità e qualità del lavoro svolto, e del resto l'interesse del singolo all'attribuzione e la conservazione del reddito proporzionato a tale elemento non può assumere la rilevanza pubblica propria della tutela di stati di bisogno ai quali si rivolge la norma costituzionale.

⁶²⁸ LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà. Percorsi nel sistema pensionistico e degli ammortizzatori sociali*. Caccuci, Bari, 2001, p. 227. Sono scelte, però, che spettano al legislatore il

necessaria ed integrale coincidenza tra la pensione e l'ultima retribuzione, né un costante adeguamento al mutevole potere di acquisto della moneta, specie per effetto della svalutazione monetaria, ma sussiste una sfera di discrezionalità riservata al legislatore per l'attuazione graduale dei detti precetti».

La sentenza n. 226 del 1993, che rimanda alla sentenza n. 119 del 1992, secondo cui la Corte ha precisato *«che i principi di adeguatezza e proporzionalità della pensione (ex art. 36 Cost.) - pur non comportando "che sia garantita in ogni caso l'integrale corrispondenza fra retribuzione e pensione" - richiedono però una "commisurazione del trattamento di quiescenza al reddito percepito in costanza di rapporto di lavoro"; commisurazione questa che può essere variamente attuata "secondo determinazioni discrezionali del legislatore" e la non vincolatezza del quomodo di tale commisurazione è in fondo conseguenza del bilanciamento complessivo dei valori in gioco che deve operare il legislatore tenendo conto anche della "concreta ed attuale disponibilità delle risorse finanziarie»*. I principi di adeguatezza e proporzionalità della pensione, se non sono più idonei a dispiegare un rapporto di implicazione tra la singola pensione e la qualifica di provenienza, richiedono comunque di mantenere un accordo tra la complessiva dinamica retributiva e la dinamica pensionistica, sia pure nell'ambito delle concrete disponibilità finanziarie⁶²⁹.

La sentenza n. 180 del 2001 precisa che *«il precetto costituzionale esige che il trattamento previdenziale sia sufficiente ad assicurare le esigenze di vita del lavoratore pensionato; ma nell'attuazione di tale principio al legislatore deve riconoscersi un margine di discrezionalità, anche in relazione alle risorse disponibili, almeno quando non sia in gioco la garanzia delle esigenze minime di protezione della persona»*.

E come corollario della giurisprudenza più recente, la sentenza n. 208 del 2014 *«"il trattamento pensionistico ordinario ha natura di retribuzione differita" (sentenza n. 116 del 2013). Di conseguenza "dagli articoli 36 e 38 discende il principio che, al pari della retribuzione percepita in costanza del rapporto di lavoro, il trattamento di quiescenza, che della retribuzione costituisce il prolungamento a fini previdenziali, deve essere proporzionato alla qualità e alla quantità del lavoro prestato e deve, in*

quale al momento avrebbe optato per «un sistema misto o intermedio» che la Corte accetta, pur «con l'auspicio di una sollecita elaborazione di norme in materia di proporzione tra contributi, retribuzione e pensioni».

⁶²⁹ ANDREONI, A.: *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 229.

ogni caso, assicurare al lavoratore e alla sua famiglia i mezzi adeguati alle loro esigenze di vita. Tuttavia, i ricordati principi di proporzionalità e di adeguatezza [...] lasciano alla discrezionalità del legislatore la possibilità di apportare correttivi di dettaglio che – senza intaccare i suddetti criteri con riferimento alla disciplina complessiva del trattamento pensionistico – siano giustificati da esigenze meritevoli di considerazione” (sentenza n. 441 del 1993), operando un “bilanciamento del complesso dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti, anche in relazione alle risorse finanziarie disponibili e ai mezzi necessari per far fronte agli impegni di spesa” (ordinanze n. 202 del 2006 e n. 531 del 2002)».

Dal canto suo, in Spagna, a differenza dell'Italia, le pronunce sulla sufficienza delle prestazioni non sono state emanate processando direttamente il precetto costituzionale di sufficienza e neanche la sua equiparazione differita con il salario. Al contrario, le occasioni nelle quali la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla sufficienza della prestazione, tale manifestazione è stata negativa e indiretta⁶³⁰, rispetto all' insufficienza, alla compatibilità, alla pignorabilità e alla possibilità finanziaria.

Anche per quanto riguarda la compatibilità, in questo caso, non tra retribuzioni ma tra pensioni (SOVI, assicurazione obbligatoria per la vecchiaia e l'invalidità), la sentenza C. cost. n. 103 del 1984, dichiara che *«la sufficienza delle prestazioni che tali precetti stabiliscono non esige né mantiene una relazione con la compatibilità che qui si richiede»*, poiché *«il conseguimento della compatibilità o incompatibilità di pensioni dichiarate dalla legge rappresenta una questione di mera legalità, in relazione al fatto che non è nemmeno possibile invocare gli articoli 41 e 50 della Costituzione per ottenere una certa interpretazione»*, significa che le prestazioni non sono insufficienti sebbene non siano compatibili tra loro⁶³¹.

La sentenza C. cost. n. 134 del 1987, sulla pensione massima e la sua rivalutazione, segnala che non si possono qualificare insufficienti le pensioni che nel loro ammontare massimo superino, ampiamente, il minimo delle entrate. In questo senso, il Tribunal Supremo precisa che *«l'art. 41, a parte garantire un regime di sicurezza sociale pubblica, assicura la copertura sufficiente per situazioni di necessità,*

⁶³⁰ GARCÍA MURCIA, J.: “El derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional: una primera aproximación, VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, p. 351; SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y.: *Seguridad Social...* op. cit. p. 112. GARCÍA VALVERDE, M.: La cuantía de las prestaciones, op. cit. p. 99.

⁶³¹ GARCÍA VALVERDE, M.: La cuantía de las prestaciones, op. cit. p. 99.

in modo particolare in caso di disoccupazione. E già si è detto che non è possibile affermare che pensioni uguali o superiori a 187.950 di pesetas al mese non coprano le situazioni di necessità». Per la Corte Costituzionale spagnola, non si può giudicare insufficiente l'ammontare della pensione nella misura in cui si intende coperto lo stato di necessità, situato in un livello di indigenza⁶³²; situazione che potrebbe collegarsi con i primi giudizi della corte italiana che considerava il trattamento previdenziale adeguato alla stregua di un minimo vitale, in grado di assicurare al lavoratore i mezzi per far fronte alle necessità primarie della vita.

E continua dicendo, in relazione all'art. 50 CS, che *«il concetto di “pensione adeguata” non si può considerare in modo isolato tenendo conto ogni singola pensione, ma deve prendere in considerazione il sistema di pensioni nel suo insieme, senza che si possa prescindere dalle circostanze sociali ed economiche di ogni momento e senza che sia necessario dimenticare che si tratta di amministrare mezzi economici limitati per un gran numero di necessità sociali».* Per le prestazioni non contributive, il margine del legislatore sarà maggiore, poiché in definitiva gli spetta delimitare il livello minimo di entrate determinante la situazione di necessità.

La sentenza C. cost. n. 134 del 1987, sul limite di pignorabilità delle pensioni⁶³³, si è anche pronunciata sul concetto di sufficienza. La Corte dichiara che *«i valori costituzionali, che concedono la legittimità al limite che la pignorabilità impone al diritto del creditore di compiersi la ferma sentenza che gli riconosca il credito, si trovano nel rispetto della dignità umana, configurato come il primo dei fondamenti dell'ordine politico e della pace sociale nell'art. 10.1 della Costituzione il quale rifiuta, secondo quanto adduce l'Avvocato di Stato, che l'effettività dei diritti patrimoniali si porti al punto di sacrificare il minimo vitale del debitore, privandolo dei mezzi indispensabili per la realizzazione dei suoi fini personali così come per la protezione della famiglia, per il mantenimento della salute e per l'uso di un'abitazione degna e adeguata, valori che sono costituzionalmente consacrati negli articoli 39, 41, 43 e 47 della Costituzione e che, insieme alle prestazioni sociali sufficienti di fronte a situazioni di necessità, il regime pubblico di previdenza sociale deve garantire ».*

⁶³² GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Jurisprudencia constitucinal sobre seguridad social...op.cit. p. 182

⁶³³ Vid. *supra*, cap. primo, p. 68.

Tuttavia, nell'introduzione di tali limiti, il legislatore deve assicurarsi che suppongano un'immunità di fronte all'azione esecutiva dei creditori, poiché si starebbe sacrificando il diritto fondamentale dei creditori di rendere effettivo il credito riconosciuto giudiziariamente, al di là di ciò che esige la protezione dei valori costituzionali che legittima la limitazione di questo diritto.

Pertanto, *«sebbene il percettore di una prestazione di previdenza sociale possa sopportare una situazione personale di particolare necessità che permetta di distinguerlo dai percettori di qualsiasi altra retribuzione, solamente lui potrà giustificare un trattamento legale distinto dalle prestazioni di previdenza sociale rispetto ad altre percezioni riguardanti le limitazioni della pignorabilità; tuttavia non potrebbe giustificare, per quanto irragionevole e sproporzionata, la pignorabilità assoluta delle prestazioni di previdenza sociale al margine a prescindere dal suo ammontare, dalla sua origine e dalle circostanze personali dei percettori. Per tale ragione, l'incostituzionalità dell'art. 22.1 LGSS (legge per la sicurezza sociale) è ugualmente predicabile in relazione all'art. 14 della Costituzione spagnola, dato che non esiste in tale norma una causa ragionevole che giustifichi i vantaggi che beneficiano, senza alcun limite, i percettori di prestazioni sociali, e neanche la posizione di svantaggio nel quale si collocano i suoi creditori rispetto a coloro che sono percettori di altre retribuzioni, sussidi o pensioni».*

Questo aspetto si ripete ancora una volta in maniera categorica nella sentenza C. cost. n. 140 del 1989. Sebbene nella maggior parte dei casi l'importo economico di tali pensioni equivalga a un ammontare talmente ridotto che difficilmente può soddisfare le più elementari necessità dei pensionati, ciò non ci può spingere a ignorare che esistono anche pensioni di ammontare superiore la cui totale pignorabilità può supporre un sacrificio sproporzionato del diritto del creditore, nella misura in cui tali pensioni superano la finalità della norma che garantisce la sussistenza economica del pensionato⁶³⁴.

Questi argomenti configurano, da parte della Corte Costituzionale spagnola, una posizione di protezione verso i «minimi», in modo che è possibile che la sua intensità

⁶³⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: "La Seguridad Social en la doctrina del Tribunal Constitucional, en TORTUERO PLAZA, J.L. (coord): *Cien años de Protección Social en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 472.

diminuisca quando le disponibilità finanziarie si riducono, se si proiettava al di là dello stretto necessario, che è quindi quanto garantito costituzionalmente⁶³⁵.

In definitiva, da una lettura comune di entrambe le dottrine costituzionali, si può segnalare che il *minimo vitale* (redditi di sussistenza o mezzi necessari per vivere) non si può identificare con i mezzi adeguati alle esigenze di vita; i mezzi adeguati comprendono il minimo vitale ma non si esauriscono in questo.

In Italia, l'art. 38 comma 1 della Costituzione, garantisce ai cittadini il minimo esistenziale, i mezzi necessari per vivere, mentre il secondo comma dello stesso articolo garantisce non soltanto la soddisfazione dei bisogni alimentari ma anche il soddisfacimento di ulteriori esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori. Il confronto fra le due espressioni, conduce a rilevare che la Costituzione⁶³⁶ favorisce la posizione dei lavoratori, anche in considerazione del contributo di benessere offerto alla collettività oltreché delle contribuzioni previdenziali prestate. Non si può, dunque, genericamente far riferimento al «minimo vitale».

In Spagna, nonostante la menzione unica, le puntualizzazioni realizzate dal Tribunale Costituzionale sono state scarse e molto specifiche, per quanto questa dottrina costituzionale abbia contribuito in modo molto limitato alla definizione del principio di sufficienza e nella determinazione dei limiti che il legislatore si trova⁶³⁷.

In modo che l'adeguatezza/sufficienza della prestazione, secondo le Corti Costituzionali, in Italia, sia stata individuata in un punto intermedio tra il minimo vitale e i mezzi idonei a garantire il tenore di vita raggiunto dal lavoratore, e in Spagna, tra un punto che superi il livello di «autentica situazione di necessità», e in una certa relazione di proporzionalità con la previa contribuzione. O in altre parole, per entrambi gli ordinamenti non esiste una quantità o un momento esatto che determini l'idoneità, ma un intervallo (discusso) di livelli minimi e massimi di adeguatezza.

⁶³⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V, y CARDENAL CARRO, M.: "La Seguridad Social en la doctrina del Tribunal Constitucional...op.cit. p.473.

⁶³⁶ In questo senso, la sentenza n. 31 del 1986, raccoglie quanto accaduto in sede di Assemblea Costituente. «*La commissione per la Costituzione propose all'aula una formulazione dell'art. 34 (attuale 38) che espressamente faceva riferimento al principio mutualistico-assistenziale e che, se fosse stata accolta, avrebbe vincolato il legislatore a non discostarsi da quel principio*». V. *supra*, cap. primo, p. 46. La sentenza afferma che «*In maniera chiarissima deve, dunque, desumersi che il secondo comma dell'art. 38 Cost., mentre implicitamente rinvia ai criteri di assistenza mutualistica in vigore al momento dell'emanazione della Costituzione non solo non esclude che il legislatore futuro delinea altre figure svincolate dalla logica meramente mutualistica-assicurativa ma lascia allo stesso legislatore ampia libertà nell'attuazione delle finalità perseguite con l'emanazione dell'articolo in esame*».

⁶³⁷ GARCÍA MURCIA, J.: "El derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional... op.cit. p. 351.

Per la sua determinazione, secondo entrambe le Corti Costituzionali, le caratteristiche specifiche derivate dal principio contributivo (concentrate nell'aspetto comune della relazione o proporzionalità tra previa contribuzione e prestazione) si trovano in misura importante limitate dal legislatore⁶³⁸; un distacco del principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali pensionistiche dal principio di proporzionalità delle retribuzioni⁶³⁹; non entrano valutazioni individualizzate ma generali e obiettive, per appoderare un contemperamento delle esigenze di tutti i beneficiari e delle disponibilità finanziarie⁶⁴⁰.

In questo bilanciamento tra «*i valori personali inerenti alla tutela previdenziale*» e «*i principi connessi alla concreta e attuale disponibilità delle risorse finanziarie*», il legislatore è divenuto titolare di una posizione di incondizionamento arbitrio, ed è altrettanto vero, che l'unico limite imposto dalla consulta rispetto alla discrezionalità legislativa è costituito dalla non irragionevolezza della modifica peggiorativa⁶⁴¹.

A questo punto le strade, che prima si erano separate (nell'equivalenza tra pensione e stipendio e tra stipendio e qualifica, che a sua volta portava necessariamente all'equivalenza tra pensione e qualifica), si rincontrano. L'esatta quantificazione costituzionale della prestazione dovuta, dunque, non discende più soltanto dalla definizione costituzionale della medesima, bensì dall'effetto combinato con la disponibilità economica⁶⁴².

3. L'ADEGUATEZZA DELLE PRESTAZIONI SECONDO APPROCCI GIURIDICO-PUBBLICI

Per sostenere gli argomenti sulla mancanza di connessione tra contributo e ammontare delle prestazioni, è necessario affrontare sul piano teorico e giurisprudenziale la natura non contrattuale del sistema, che tale situazione implica nei contributi previdenziali e nel principio di solidarietà⁶⁴³.

⁶³⁸ SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social...op. cit.* p. 114. Specialmente in Spagna, come si potrà verificare nel seguente paragrafo, le diverse pronunce sulla tensione e contraddizione.

⁶³⁹ REGNA, S.: Proporzionalità, adeguatezza... *op.cit.* p.71.

⁶⁴⁰ OLIVELLI, P.: *La costituzione e la sicurezza sociale. Principi fondamentali.* Giuffrè, Milano,1988, p.199.

⁶⁴¹ RENGHA, S.: "Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza...*op. cit.* p. 71.

⁶⁴² ANDREONI, A.: *Lavoro, diritti sociali...op.cit.* p. 229.

⁶⁴³ CINELLI, M.: "Rapporto giuridico di previdenza sociale", *Digesto*, vol. XIII, Utet, Torino, 1996, pp.47 e ss.

3.1. La natura non contrattuale del sistema di Sicurezza sociale

In Spagna, per sostenere la mancanza di connessione tra contributi e ammontare delle prestazioni, si è iniziato a considerare il regime pubblico di Sicurezza sociale come una funzione dello Stato (e di conseguenza, delle sue prestazioni). In questo senso, la Corte Costituzionale ha segnalato che *«l'art. 41 della Costituzione spagnola converte la Sicurezza sociale in una funzione statale nella quale il rimedio delle situazioni di necessità occupa una posizione decisiva, ma tali situazioni devono essere apprezzate e determinate prendendo in considerazione il contesto generale in cui si producono e in connessione con le circostanze economiche, le disponibilità del momento e le necessità dei diversi gruppi sociali»⁶⁴⁴*. Tutto ciò comporta la mancanza di una natura contrattuale, in modo che *«la duplice relazione tra l'assicurato e l'impresa assicuratrice, propria del regime contrattuale, scompare nel sistema della Sicurezza sociale in cui le imprese o enti per i quali si lavora e lo stesso Stato partecipino insieme ai beneficiari o agli assicurati con contributi determinanti per l'ammontare delle pensioni»⁶⁴⁵*.

In Italia, è stato impiegato il principio di solidarietà per contrastare il carattere mutualistico del sistema. La sentenza n. 226 del 1993 sull'adeguatezza del trattamento pensionistico affermava che, questo, non è commisurato in ragione della corrispondenza dei contributi versati⁶⁴⁶, *«nel vigente sistema pensionistico, ispirato al principio solidaristico, non è richiesta una rigorosa corrispondenza tra contribuzione e prestazione previdenziale, con il limite però, della ragionevolezza soprattutto se si tiene conto che alla solidarietà tra lavoratori e pensionati si affianca sempre e comunque una solidarietà più ampia dell'intera collettività»*.

Malgrado ciò, nessuna delle due Corti è arrivata a una dissociazione massima, poiché una cosa è che non si regga su un «principio contrattuale sinallagmatico» e un'altra che non esista connessione o equivalenza tra contributi e prestazione⁶⁴⁷, pertanto le pronunce si sono rivelate contraddittorie.

⁶⁴⁴ Sentenza C. cost. n. 65/1987; 51/2006.

⁶⁴⁵ Sentenza C. cost. n. 134/1987; 97/1990.

⁶⁴⁶ Sentenze C. cost. n. 30 del 1976; n. 173 del 1986; n. 202 del 2008.

⁶⁴⁷ MONTOYA MELGAR, A.: "Limitación de la cuantía de las pensiones en la Ley de Presupuestos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.1 31, 1987, p. 426.

In tal modo, in Spagna, alcune volte si è sostenuto che «la relazione automatica tra quota e prestazione non è necessaria⁶⁴⁸» o che tale relazione «*non possiede indole strettamente matematica*⁶⁴⁹» e, al contrario, in altre occasioni è stato detto che «*il sistema non tende a garantire un equilibrio tra quota e prestazione*⁶⁵⁰», o che le prestazioni «*non si presentano più, anche se si prende in considerazione la permanenza di note contributive, come prestazioni corrispondenti e proporzionali in qualsiasi caso ai contributi e alle quote degli affiliati*⁶⁵¹».

In Italia, la solidarietà si è manifestata in modi e accentuazioni diverse nel corso degli anni; è sufficiente ricordare che la Corte ha ripetutamente affermato che la norma costituzionale non comporta, anche in ossequio al principio di solidarietà, la corrispondenza tra prestazioni e contributi versati, essendo sufficiente che, in forza dei contributi obbligatori e volontari, al lavoratore siano attribuite adeguate prestazioni previdenziali.

Tuttavia, negare radicalmente il fondamento contributivo delle prestazioni professionali, impedirebbe a queste ultime di assolvere la loro funzione di sostituzione di redditi, poiché basterebbe semplicemente che garantissero il livello minimo di entrate necessarie per la sussistenza allo stesso modo delle prestazioni non contributive⁶⁵², e inoltre, la rottura del sinallagma soggettivo e funzionale tra rapporto contributivo e funzionale apre peraltro una contraddizione, perché se la prestazione singola ha carattere extra mutualistico non si vede come possa differenziarsi da quelle assistenziali per effetto delle diverse masse contributive, rilevanti nel solo circuito assicurativo; se invece si dà rilievo caratterizzante a quelle masse il minimo costituisce vicenda interna al gruppo corporato⁶⁵³.

La Corte Costituzionale spagnola, in una posizione più conciliatrice, ha dichiarato che «*non è vero che non esiste relazione aritmetica tra contributo e pensione (...) e nemmeno che si verifica una totale mancanza di connessione tra loro. Il contributo non è, nel nostro sistema di Sicurezza sociale, qualcosa che assicura automaticamente una pensione determinata e nemmeno una contribuzione a un sistema*

⁶⁴⁸ Sentenze C. cost. n. 103 e n. 104/1983.

⁶⁴⁹ Sentenza C. cost. n. 134/1987.

⁶⁵⁰ Sentenza C. cost. n. 65/1990.

⁶⁵¹ Sentenze C. cost. n. 65/1987, n. 209/1987 e n. 4/1991.

⁶⁵² SANCHEZ-URAN AZAÑA, p. 118.

⁶⁵³ CANEVARI, F.M.: *Costituzione e protezione sociale... op.cit.* p. 36.

estraneo alla determinazione di ogni pensione». Con ciò la Corte convalida la natura mista del sistema.

3.2. La natura giuridica della quota

Accertato il ruolo di garanzia pubblica dei nostri sistemi, che implica la superazione di approcci giuridico-privati⁶⁵⁴, e lasciando da parte per motivi metodologici le tesi non giuridiche o economiche⁶⁵⁵, diventa necessario affrontare le impostazioni giuridico-pubbliche.

Da questo approccio, si è scommesso sull'inclusione del contributo alla Sicurezza sociale a una obbligazione tributaria imposta per legge, versata a favore di un ente pubblico e con la finalità di suscitare un interesse anche pubblico⁶⁵⁶, facendogli assumere un carattere coattivo e non contrattuale⁶⁵⁷.

È comunemente accettato che i contributi previdenziali si risolvono in prestazioni patrimoniali imposte, e come tali, l'art. 23 CI e l'art. 31 CS, assicurano che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non per legge. Questi precetti costituzionali, di riconosciuta finalità terminologica e concettuale⁶⁵⁸ assegnano ai contributi una funzione pubblica, considerando che il dibattito è stato orientato verso la connessione tra tributi e il concetto generico di prestazioni patrimoniali imposte⁶⁵⁹.

Quindi, la questione principale sta nel determinare all'interno di quale figura tributaria concreta possono o devono essere destinati i contributi previdenziali: tassa, contributo speciale, imposta comune o esazione parafiscale. Il particolare

⁶⁵⁴ Vid. *supra*, cap. quarto, p. 173.

⁶⁵⁵ Secondo le quali le quote pensioni suppongono un «costo di produzione» o un salario di previsione, differito o attuale. Al riguardo si veda rispettivamente:

D'AGATA, "Osservazioni sulla natura del contributo di assicurazioni sociali", *Rivista Italiana di Previdenza Sociale*, 1948;

SANTORO PASARELLI: "Rischio e bisogno nella previdenza sociale", *Rivista Italiana di Previdenza Sociale*, 1948.

⁶⁵⁶ PERSIANI, *Diritto della Previdenza Sociale... op. cit.*, p. 78.

⁶⁵⁷ CINELLI, *Diritto Della Previdenza Sociale... op. cit.*, p. 188.

⁶⁵⁸ PEREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Civitas, p.43; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: *Sistema Tributario y español comparado*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 602.

⁶⁵⁹ URQUIZU CAVALLÉ, A.: *La naturaleza jurídica de las cotizaciones sociales*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 193. Quest'autore realizza un'analisi estensiva, di entrambe le dottrine, delle diverse posizioni rispetto alla possibilità di identificazione tra tributo e prestazione (piena identificazione, estensione del concetto di tributo, estensione del concetto di prestazione patrimoniale di carattere pubblico e differenziazione assoluta).

inquadramento della quota ha provocato una disparità di posizioni, sia nel diritto tributario sia nel diritto della Sicurezza sociale, a causa della difficoltà di ottenere una definizione unitaria, considerate le diversità tipologiche e funzionali che intercorrono tra le varie forme di contributi e prestazioni assicurative⁶⁶⁰. La dottrina giuslavoristica italiana si mostra più divergente rispetto alla dottrina spagnola⁶⁶¹.

Per DONATI⁶⁶² è possibile concettualizzare la quota come tassa dato che entrambe le definizioni sono paragonabili; ossia, quella prestazione economica soddisfatta dai privati nei confronti degli enti politici, a seconda del consumo individuale dei servizi pubblici; di conseguenza la tassa presenta come elemento caratteristico il fatto di essere un pagamento parziale di un servizio pubblico utilizzato in modo congiunto. Quest'opinione è stata sostenuta da una corrente minoritaria all'interno della dottrina, quando si giudica l'esistenza di una differenza irreconciliabile; così, mentre la tassa ha carattere volontario e nasce come controprestazione (almeno parziale) di un servizio pubblico visibile, la quota è obbligatoria (possono esistere tasse obbligatorie), ed è abbandonata in parte dall'imprenditore che non beneficia del servizio. Vale a dire, la quota di Sicurezza sociale non è oggetto di un'obbligazione imposta al tassato per un servizio pubblico, a carico dell'ente assicuratore, beneficiandolo in modo personale e diretto; dunque, la quota non è sottomessa al regime giuridico delle tasse⁶⁶³.

Per PERSIANI, BORRAJO, COCIVERA, GORINI, INGROSSO⁶⁶⁴, secondo la loro finalità, è possibile concettualizzare la quota come imposta comune, ovvero, registrare la capacità economica del soggetto con una destinazione universale, quando finanzia servizi pubblici generali e individuali, ovvero, un'obbligazione legale e non contrattuale, con un principio di sinallagmaticità impreciso, nel quale il contributo non è

⁶⁶⁰ CINELLI, *Diritto della Previdenza Sociale...op. cit.* p. 198; FALSITTA, G.: *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Milano, 2004, pag. 8 e ss; allo stesso modo, la disposizione addizionale ripete: Normativa applicabile alle risorse pubbliche della previdenza sociale. *Ley General de Tesoreria: «Esta ley no será aplicada a las recursos públicos que correspondan a la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que serán dirigidos por una normativa específica».*

⁶⁶¹ Forse per essere stata affrontata con anteriorità.

⁶⁶² DONATI, "Il rapporto giuridico della assicurazioni sociali", *Diritto del Lavoro*, 1950, I, p. 9.

⁶⁶³ FERNANDEZ DIAZ, A.: (responsable) Efecto de la Seguridad Social en la distribución de la renta, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 34

www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113298.pdf

⁶⁶⁴ PERSIANI, M.: *Diritto della previdenza sociale*, p. 80; GORINI, "Considerazione sui contributi di assicurazione sociale", *Sicurezza Sociale*, 1950, p. 11; INGROSSO, M.: "I premi di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la loro natura tributaria", in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1954, p. 663. COCIVERA, B.: "Sul concetto di "tributo" e sulla natura tributaria di alcuni proventi degli enti minori", *Jus*, 1954, p. 94. BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios jurídicos de la Previsión Social*, Aguilar, Madrid, 1962, p. 78.

considerato una controprestazione ma serve per il sostentamento del sistema. Tuttavia, la differenza tra imposta e quota consisterebbe nel fatto che quest'ultima grava entro certe quantità di denaro o basi imponibili che non rivelano la capacità economica del tassato (concetti salariali ed extrasalariali esclusi), oltre alla destinazione specifica delle quote per il sostentamento del servizio pubblico, di cui beneficiano, individualmente, certi gruppi, i diretti assicurati e i beneficiari stessi.

Dall'antecedente impostazione sono nate scuole di pensiero che hanno considerato i contributi delle imposte speciali, poiché l'esazione coattiva di un beneficio speciale che l'attività pubblica produce, in modo incidentale e accessorio, per un privato, non può spiegare sufficientemente la natura della quota. In questo senso, AZZARIATI, BARETTONI ARLERI, BARASSI, CATALDI, LUCIANI e LEVI SANDRI⁶⁶⁵ concepivano che si trattasse di un'attività pubblica realizzata direttamente con fine previdenziale e non per un beneficiario occasionale o non perseguito. La quota non è occasionale né accessoria. Al contrario, è permanente e ha fondamento.

Infine, MORSELLI, LEGA E DURAND⁶⁶⁶ hanno considerato la quota come una esazione parafiscale. Secondo questa posizione, la quota ha le caratteristiche tipiche dell'esazioni parafiscali; non fa parte dell'entrate dello Stato; non emerge, né come entrate né come spese, nel bilancio statale; è amministrata da enti autonomi, anche a livello amministrativo, nei quali partecipano le categorie interessate per mezzo di rappresentanti; non sono in relazione con la capacità contributiva dei soggetti gravati.

Questa è stata la posizione adottata dalla dottrina spagnola più consolidata, sostenuta da ALONSO OLEA, ALMANSA PASTOR, DESDENTADO BONETE, DE LA VILLA, UCELAY REPOLLES E ALARCON CARACUEL⁶⁶⁷. Persino prima della

⁶⁶⁵ BARASSI, L.: *Previdenza sociale e lavoro subordinato*, II vol., Milano, 1954, p. 603; BARETTONI ARLERI, A.: *La finanza della previdenza sociale*, Milano, 1979, p.366; ID.: "Il rapporto giuridico previdenziale", *Rivista italiana della previdenza sociale*, 1959, p.3; LUCIANI, "Natura giuridica e prescrizione del contributo previdenziale con riferimento ai fondi gestiti dall'Inps", *Rivista Diritto del Lavoro*, 1969, I, p. 180; ID.: *Saggio sulla contribuzione previdenziale*, Cedam, Padova, 1977, p. 13; LEVI SANDRI L.R. *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, p. 246; ID.: *contributi previdenziali, enc. Dir.* X. Milano, 1962, p. 267-268; CATALDI, E.: *Studi di diritto della previdenza sociale*. Milano, 1958.

⁶⁶⁶ LEGA, C.: *Il rapporto giuridico di previdenza sociale*, Milano, 1969; MORELII: *Prime linee di introduzione alla teoria della parafiscalità*, Padova, 1957; DURAND, J.J.: *La politique contemporaine de sécurité sociale*. Paris, 1953; LEGA, C.: *Il rapporto giuridico di previdenza sociale*, Milano, 1969.

⁶⁶⁷ ALONSO OLEA, M. Y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Insituciones de Seguridad Social*, 13 edic, p. 449-450; ALMANSA PASATOR JM: *Derecho de la Seguridad Social*, p. 286; ALARCON CARACUEL M:R: y GONZALEZ ORTEGA, S: *Compendio de Seguridad Social*, p. 161; DE LA VILLA L.E. y DESDENTADO, A.: *Manual de Seguridad Social*, p. 282; UCELAY REPOLLES, M.: *Previsión y seguros sociales*. Madrid, 1955. UCELAY REPOLLES, M.: *Previsión y seguros sociales*. Madrid, 1955;

propria carta costituzionale si intendeva che il contributo fosse un'esazione parafiscale con regime giuridico proprio, vista la chiara esclusione contenuta nella legge per le entità statali autonome del 1958⁶⁶⁸. Questa posizione si è consolidata con la promulgazione dell'art. 41 CS e con la garanzia di protezione sociale nelle varie condizioni di necessità coperte dalla legge per le prestazioni non contributive, che conferiscono da allora al contributo una componente impositiva.

Allo stesso modo, in entrambe le dottrine *giustributariste* si sono create delle posizioni contrastanti.

FALSITTA e SERRANO GUIRADO⁶⁶⁹ le definiscono tasse, i soggetti obbligati esercitano un diritto con controprestazione previdenziale o assistenziale, in cui la tassa si identifica con la prestazione coattiva che definisce il prezzo del servizio effettivamente divisibile nel consumo dai beneficiari.

Per MOSCHETTI e RODRIGUEZ BOTÍ⁶⁷⁰, è sempre un prelievo coattivo che prescinde dal godimento di un servizio pubblico, assuma questo l'aspetto di prestazione *ad personam* o dell'intera categoria. L'ente pubblico assicuratore compie delle prestazioni *ad personam*, ma queste o non sono mai rivolte al contribuente (se datore di lavoro) o sono rivolte a lui solo eventualmente. Il contributo previdenziale è quindi un dovere di pagare i servizi che ricevono altri. Più precisamente, è un'imposta speciale.

Secondo PURI e MATEO RODRIGUEZ⁶⁷¹, costituiscono imposte, giacché il punto fondamentale di tale posizione si basa sull'affrontare le necessità collettive, comuni a tutta la società.

Per FANTOZZI, PÉREZ ROYO, VICENTE-ARCHE⁶⁷², si tratta di esazioni parafiscali, destinate ad enti pubblici non territoriali, prelevati da questi in virtù della

VICENTE-ARCHE, F.: "Notas de Derecho Financiero a la Ley de tasas y exacciones parafiscales de 26 de diciembre de 1958", *Revista de Administración Pública*, n.33, 1960, p. 379.

⁶⁶⁸ LÓPEZ GANDÍA, J.: "La cotización a la Seguridad Social", en BLASCO LAHOR, J.F y LÓPEZ GANDÍA, J (dir.), *Seguridad Social Práctica Práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 246

⁶⁶⁹ FALSITTA, G.: *Manuale di diritto tributario. Parte Generale*, Milano, 2004, p.10; SERRANO GUIRADO, E.: "La justicia administrativa", *Revista de administración pública*, n.6, 1951, p.158.

⁶⁷⁰ MOSCHETTI, F.: *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, p. 186; RODRIGUEZ BOTÍ, F.: "La Seguridad Social. Cotización y naturaleza jurídica", *Estudios de Derecho Tributario*, vol. 1, IEF, Madrid, 1979.

⁶⁷¹ PURI, P.: Destinazione previdenziale e prelievo tributario, Milano, 2005, p. 72; MATEO RODRIGUEZ, L.: *La tributación parafiscal*, Colegio Universitario León, 1978, p. 253.

⁶⁷² FANTOZZI, A.: *Il diritto tributario*, Torino, 2004, p. 80; VICENTE-ARCHE, F.: "Notas de Derecho Financiero a la Ley de tasas y exacciones parafiscales de 26 de diciembre de 1958", *Revista de Administración Pública*, n.33, 1960, p. 379; PEREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Civitas, p.112; nonostante l'ampio sostegno, non è del tutto unanime. GARCÍA QUINTANA,

potestà di imperio loro conferita dalla legge e per essere tali contributi correlati da un lato con il costo del servizio (paracommutativa) e dall'altro con la sua effettuazione (tributi speciali o imposte di scopo).

In qualsiasi caso, qualunque sia il modo in cui si manifesta la quota, gli schemi tributari sono corroborati da entrambe le Corti; persino la propria evoluzione legislativa e giurisprudenziale si sta rilevando più pertinente, sebbene per il momento non ci sia nulla di chiaro.

In quanto all'attività legislativa, in materia di riscossione, serve da indizio il D.l. italiano n. 70 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 110 del 13 maggio 2011 (legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106) che all'art. 7 suppone un passo verso un'unificazione delle procedure di liquidazione, verifica e riscossione coattiva dei tributi e dei contributi previdenziali, introducendo significative disposizioni di coordinamento, mirate alla semplificazione fiscale, ma sostanzialmente ad eliminare le differenze tra le preesistenti procedure relative ai tributi erariali ed ai contributi previdenziali. In Spagna, un esempio un po' più esplicito si trova nell'esposizione dei motivi del regolamento generale sui contributi e la liquidazione (Real Decreto, n. 2064/1995, del 22 dicembre), che definisce gli atti esattoriali e liquidatori *«derivati o prodotti da un'amministrazione pubblica, che agisce in possesso di potestà derivate direttamente dalla sovranità statale e applicando norme appartenenti al cosiddetto diritto pubblico sociale e del lavoro»*.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, in Spagna, la Corte Costituzionale ha riconosciuto sin dall'inizio lo svincolamento tra contribuzione e prestazione⁶⁷³; così, la sentenza C. cost. n. 189/1987, riguardo ai contributi estemporanei di una lavoratrice autonoma, conferma che la quota di Sicurezza sociale non si può qualificare come premio assicurativo dal quale si origina necessariamente il diritto alla prestazione o l'interruzione del pagamento in caso di inesistenza. In questo senso, si precisa che *«il mantenimento dell'esigibilità del contributo per periodi anteriori alla formalizzazione dell'iscrizione, quando durante gli stessi periodi convergevano nel lavoratore autonomo le condizioni per l'iscrizione nel momento adeguato e il non calcolo di tali*

C.A.: il prefisso "para" è indicativo, non si tratta di tributi; nello stesso senso si esprime FALSITTA, non perché vi siano differenze ontologiche tra fiscalità e parafiscalità, ma semplicemente perché, per tradizione, di essa si occupano i giuslavoristi, quale aspetto della complessiva disciplina del rapporto di lavoro.

⁶⁷³ Sentenze C. cost. n. 103/1983, n. 65/1987, n. 127/1987; n. 19/1983, n. 109/1988, n. 253/1988, n. 253/1988 e n. 103/1990.

condizioni agli effetti della prestazione, sono criteri che si basano, in ultima istanza, in una considerazione plurale delle relazioni giuridiche di Sicurezza sociale che distingue la relazione giuridica della contribuzione e della protezione poiché entrambe rispondono a regole proprie. La tesi potrà essere oggetto di discussione ma la stessa non è priva di fondamento né, ancor meno, la sua applicazione vulnera i diritti suscettibili di essere protetti da leggi costituzionali».

Ma senza dubbio, in modo più specifico, la sentenza C. cost. n. 39/1992 identifica apertamente la quota come esazione fiscale: *«sebbene nello stato attuale della dottrina la natura giuridica della quota della Sicurezza sociale sia oggetto di polemica, è innegabile che il sistema previdenziale si sia separato progressivamente dallo schema contributivo e si sia avvicinato sempre di più al concetto di tributo, nel quale l'esistenza della quota non autorizza l'esigenza di un determinato livello di prestazioni, né il suo ammontare la ripercussione nel livello o nel contenuto delle stesse; e in questo senso, è abbondante la giurisprudenza costituzionale che nega alla quota contributiva la qualità di "premio assicurativo", dal quale si deriva necessariamente il diritto alla prestazione o l'interruzione del pagamento in caso di inesistenza».*

Tuttavia, il Tribunal Supremo spagnolo, nelle poche sentenze che ha trattato sulla natura giuridica dei contributi, ha negato categoricamente il loro carattere tributario, segnalando senza maggiori considerazioni che non sono identificabili con i tributi in senso stretto; così, la sentenza n. 21 del maggio 1990 segnala che *«non si può confondere la figura del tributo, che regola l'art. 31.1 della nostra Carta Magna, con la fissazione delle quote di contribuzione alla Sicurezza sociale (...), perché è evidente che queste quote non s'intendono come contribuzione da parte dei cittadini al sostenimento della spesa pubblica in base alla loro capacità economica».* Anche, le sentenze del 27 marzo 1991 e del 26 settembre 1991, confermano che *«la Sicurezza sociale è decisamente inquadrata nel suo regime giuridico per le tecniche originarie dell'assicurazione, una delle ragioni per le quali i contributi non sono identificabili con i tributi in senso stretto».*

Eppure, poco tempo dopo la Corte Suprema spagnola ha fatto retromarcia, considerando la sentenza del 9 maggio del 1992 che la riserva di legge regolata dall'art. 133, comma 1 e 3 della Costituzione spagnola, è di carattere assoluto, ma che esiste una riserva di legge di minore intensità o relativa, prevista dall'art. 31.3 della Costituzione spagnola, secondo la quale solo si potranno stabilire prestazioni personali o patrimoniali

di carattere pubblico «conforme alla legge» e, pertanto, è all'interno di questa categoria giuridica generica (prestazione patrimoniale di carattere pubblico) dove si inquadrebbe la contribuzione alla Sicurezza sociale e la referenza della sua regolamentazione conforme alla legge rimanga pienamente soddisfatta dalla legge generale di Sicurezza sociale e il suo sviluppo regolamentare.

In Italia, la sentenza della Corte Costituzionale del 21 maggio 2014 n. 139, sintetizza le considerazioni in diritto delle due sentenze del tribunale spagnolo⁶⁷⁴ segnalate. Da un lato, parafrasando la sentenza C. cost. 189/1987, distingue tra una «logica di contribuzione» e una «logica di prestazione», *«le prestazioni previdenziali e assistenziali, “sono dovute al prestatore di lavoro, anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti alle istituzioni di previdenza e di assistenza” – per ribadire come vi sia “assoluta indifferenza per il lavoratore in relazione al versamento o meno delle ritenute, in maniera del tutto analoga a quella del mancato versamento delle ritenute fiscali” (...) l'autonoma erogazione della prestazione previdenziale rispetto alle vicende concernenti la regolarità del versamento dei relativi contributi, comprova, da altra angolazione, la tutela rafforzata apprestata ai diritti del lavoratore nell'ambito del sistema specifico nel quale viene a collocarsi la norma censurata».*

Dall'altro, riconosce il suo carattere impositivo, come la sentenza C. cost. 39/1992, *«in ossequio al principio solidaristico che ispira la tutela previdenziale del lavoro dettata dalla Costituzione, i contributi versati per ciascun lavoratore sono pertanto destinati non solo ad erogare le prestazioni a favore dello stesso, ma a garantire il regolare finanziamento del sistema previdenziale nel suo complesso».*

Allo stesso modo, la Corte di Cassazione si è pronunciata⁶⁷⁵ ed è andata al di là del Corte di cassazione spagnola, non solo nel riconoscere apertamente la natura tributaria della quota, ma nello scartare la sua definizione di tassa o tributo speciale. La sentenza n. 11962 del 20 ottobre del 1999 afferma che *«lo stato di dissesto dell'imprenditore - il quale prosegue ciononostante nell'attività d'impresa senza adempiere all'obbligo previdenziale e neppure a quello retributivo -non elimina il*

⁶⁷⁴ Sentenza C. cost. n. 173, 7 luglio 1986, ha chiarito che i contributi previdenziale non sono un'imposizione tributaria vera e propria, di carattere generale, ma una prestazione patrimoniale diretta a contribuire esclusivamente agli oneri finanziari del regime previdenziale dei lavoratori.

⁶⁷⁵ Affermando di nuovo nelle sentenze n. 27641/2003, la n. 20845 del 25 maggio 2011; la sentenza n. 29755 dell'11 luglio 2013, la n. 29975 del 27 luglio 2011, la n. 13973 del 12 marzo 2012, la n. 47126 del 5 dicembre 2012, la n. 10938 dell'8 marzo 2013.

carattere di illiceità penale dell'omesso versamento dei contributi. Infatti i contributi non costituiscono parte integrante del salario ma un tributo, in quanto tale da pagare comunque ed in ogni caso, indipendentemente dalle vicende finanziarie dell'azienda. Ciò trova la sua "ratio" nelle finalità, costituzionalmente garantite, cui risultano preordinati i versamenti contributivi e anzitutto la necessità che siano assicurati i benefici assistenziali e previdenziali a favore dei lavoratori. Ne consegue che la commisurazione del contributo alla retribuzione deve essere considerata un mero criterio di calcolo per la quantificazione del contributo stesso».

Tuttavia, entrambi gli ordinamenti trovano nella propria giurisprudenza costituzionale pronunce contrarie all'identificazione pura e semplice tra quota e tributo, poiché si tratta di sistemi con predominante carattere contributivo, che sebbene non si articolino sul modello del contratto di assicurazione, lo fanno sulla tecnica generica di assicurazione⁶⁷⁶.

In Spagna, la sentenza C. cost. 121/1983, del 15 dicembre, gettava così le sue basi: *«È sicuro che il nostro sistema di Sicurezza sociale sia consolidato in qualche modo sul principio contributivo e che la relazione automatica tra quota e prestazione non sia necessaria, evidenziando che dal momento in cui la Sicurezza Sociale si converte in una funzione dello Stato, l'adeguazione tra quota e prestazione non si può utilizzare come criterio per determinare la validità delle norme. Tuttavia, è indispensabile ammettere che il sistema vigente della nostra Sicurezza Sociale in non poche occasioni è ispirato dal principio di una corrispondenza tra contributo e prestazioni (...). Si tratta di una relazione tra contributo e prestazione, che sebbene non debba condizionare tutto il trattamento del sistema prestazionale della Sicurezza sociale, continua a essere un fattore in un sistema che non si è staccato da una Sicurezza sociale di tipo contributivo, che non è possibile ignorare».*

In Italia, la sentenza della Corte Costituzionale n. 173 del 1986 affermava che la natura giuridica dei contributi previdenziali non è una *«imposizione tributaria vera e propria di carattere generale, ma una prestazione patrimoniale diretta a contribuire esclusivamente agli oneri finanziari del regime previdenziale dei lavoratori».* Allo stesso modo, la sentenza della Corte di Cassazione n. 1850 del 1989, escludeva la natura fiscale della contribuzione in favore dei lavoratori dipendenti nel settore agricolo precisando che, *mentre i tributi sono prelevamenti di ricchezza che lo Stato e gli enti*

⁶⁷⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo...* op.cit., p. 655.

pubblici a tanto autorizzati fanno a carico de determinate categorie allo scopo di provvedere alle spese necessarie per il raggiungimento di proprie finalità, i contributi unificati in agricoltura sono destinati non già al raggiungimento di un interesse pubblico, ma a consentire il pagamento delle prestazioni che altri enti erogano ai soli lavoratori di quelle speciali categorie, in favore delle quali risulta predisposto il particolare sistema previdenziale».

3.3. Le disponibilità economiche del sistema e il principio di solidarietà

La comparsa del principio di solidarietà avviene per la prima volta nelle pronunce delle nostre Corti Costituzionali, nelle sentenze n. 31/1986, sul trattamento minimo, commentata in precedenza, e n. 134/1987 sulla costituzionalità del limite massimo nell'ammontare delle pensioni.

In quanto all'esigenze economiche, la Corte spagnola afferma che *«fissando un limite nella percezione di nuove pensioni o negando l'aggiornamento per un periodo di quelle che superano tale limite, il legislatore non va al di là delle funzioni che gli corrispondono nella valutazione di quelle circostanze socioeconomiche che condizionano l'adeguamento e l'aggiornamento del sistema pensionistico».*

E sul principio di solidarietà, afferma che *«tale valutazione, a prescindere dal fatto che sia più o meno adeguata secondo il caso, non può trascurare il dovere di solidarietà tra tutti i cittadini e, nel nostro caso, ci si deve ricordare ancora una volta che le pensioni limitate si trovano tra le più alte che il nostro sistema previdenziale riconosce. Non è necessario addurre che, poiché queste pensioni proporzionalmente alte sono poche, la loro limitazione influenza in minima misura le finanze pubbliche e, in poco o niente, beneficia i pensionati più modesti. Tale ragionamento implica, semplicemente, la stessa negazione del principio di solidarietà, in cui una delle esigenze essenziali è, precisamente, il sacrificio degli interessi degli avvantaggiati rispetto agli svantaggiati, persino indipendentemente dalle conseguenze puramente economiche di tali sacrifici».*

Tuttavia, c'è chi ha notato in questa seconda considerazione un'intenzionalità di correggere la fragilità dell'argomento economico⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ MONTROYA MELGAR, A.: Limitación de la cuantía...op.cit. p. 428.

In entrambi i sensi, la sentenza della Corte Costituzionale n. 173 del 1986, sull'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale di una disposizione legislativa che non prevedeva un meccanismo di riliquidazione delle pensioni in rapporto alla dinamica salariale, afferma che *«il legislatore ha considerato la massa contributiva del reddito fruito ed accumulato durante la vita lavorativa, assoggettato a contribuzione, e la massa retributiva, le effettive disponibilità finanziarie delle diverse gestioni e le esigenze del graduale sviluppo del sistema previdenziale anche nell'interesse delle categorie meno ricche e meno fortunate e pur bisognevoli di tutela adeguata ed, infine, le coperture del bilancio statale sul quale ha fatto ricadere l'onere di integrare e ripianare il deficit degli enti previdenziali. Sicché può ritenersi che il legislatore, entro i confini della ragionevolezza, ha il potere di fissare discrezionalmente le misure ed i limiti anche in maniera differenziata per le diverse categorie rapportandoli al concreto momento storico ed economico; di determinare in concreto l'ammontare delle prestazioni e la variazione delle stesse sulla base di un temperamento delle esigenze di tutti i lavoratori, che ne sono i beneficiari, e delle disponibilità finanziarie»*.

Questa sentenza suppone la conferma, in modo definitivo, del passaggio del regime previdenziale assicurativo per cui è stato abbandonato il sistema mutualistico ed è stato introdotto invece il sistema solidaristico⁶⁷⁸.

In quanto al consolidamento di tali posizioni, in Italia, dalla connessione si origina il dovere generale di solidarietà dell'art. 2 e art. 3 della Costituzione, relegando l'art. 36 CI⁶⁷⁹. In Spagna, sebbene tale principio non si trovi tra quelli enumerati

⁶⁷⁸ ALES, E.: "Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 147, 2015, p. 466, a sua volta «l'adozione del metodo retributivo di calcolo della prestazione pensionistica, al quale ha fatto seguito l'erronea equiparazione funzionale, in termini di "retribuzione differita", tra retribuzione e prestazione pensionistica, dimentica del fatto che, anche se quest'ultima è calcolata utilizzando quel metodo, essa risponde a una logica profondamente diversa: la retribuzione essendo primariamente legata al principio di "corrispettività lavoristica", la prestazione previdenziale, quale che sia il suo metodo di calcolo, a quello di "corrispettività previdenziale", condizionata, a sua volta, dalla determinazione politica dell'equilibrio economico, sociale e demografico-attuariale del sistema».

⁶⁷⁹ PERSIANI, M.: "Considerazioni sulla relazione annuale del presidente dell'INPS", *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 5, 2015, p.893, «la separazione tra assistenza e previdenza sociale dimentica che sia l'assistenza che la previdenza sociale dovrebbero essere, oramai, ricondotte ad un'unica funzione che è quella, sancita dal secondo comma dell'art. 3 Cost., e che consiste nel garantire, a tutti cittadini e non solo ai lavoratori, in adempimento di quel dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost., le condizioni necessarie per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici (...) non dovrebbe aver senso utilizzare la distinzione tra assistenza e previdenza sociale al solo fine di giustificare le riduzioni della tutela assistenziale che fossero previste per garantire l'equilibrio finanziario delle gestioni pensionistiche (...) non tanto da ciò che chi lavora contribuisce al finanziamento della tutela, quanto da ciò che chi lavora

espressamente dalla Costituzione⁶⁸⁰, può vincolarsi attraverso il valore della giustizia dell'art. 1.1 CS, come motore dello Stato Sociale e secondo il principio di distribuzione equa del reddito (ex art. 40 CS). A ciò potremmo aggiungere, data la natura giuridico-pubblica della quota di contribuzione, vincolata nell'art. 53 CI e art. 31 CS, il carattere progressivo del sistema tributario.

4. MANIFESTAZIONE DEI PRINCIPI DI SOLIDARIETÀ E DISPONIBILITÀ ECONOMICA

Sulle orme di DURAND, è possibile affermare che i sistemi di Sicurezza sociale fissano il livello delle prestazioni nei limiti; da un lato, le prestazioni di Sicurezza sociale non possono prevedere un ammontare troppo basso, solo devono assicurare un reddito sufficiente. Dall'altro, queste prestazioni non devono neanche prevedere un ammontare troppo alto, giacché in questa circostanza, la volontà del lavoratore di riprendere, nei casi di disoccupazione o malattia, la sua attività risulterebbe indebolita⁶⁸¹.

Quindi, le prestazioni oscillano tra due estremità di minimi e massimi. La pensione minima risponderebbe al principio di solidarietà, mentre quella massima lo farebbe rispetto alla redistribuzione dei redditi. Così, la Sicurezza sociale supera gli schemi di «giustizia commutativa» propria dell'assicurazione contrattuale, e materializza la solidarietà mediante «giustizia distributiva⁶⁸²».

4.1. La pensione minima

Una delle manifestazioni più chiare del principio di solidarietà è la creazione da parte dello Stato di un minimum vitale, quando la pensione di tipo contributivo si colloca al di sotto di tale soglia comportandosi come elemento che supera il sinallagma

concorre “*al progresso materiale della società*” (art. 4 Cost.). Del resto, “*i mezzi adeguati alle esigenze di vita*” nulla hanno a che vedere con la soddisfazione di interessi egoistici e, quindi, con i contributi versati da, o per, chi lavora, ma esprimono l'esigenza della liberazione da quel “*bisogno*” che impedirebbe l'effettivo esercizio dei diritti civili e politici (art. 3, secondo comma, Cost.)»

⁶⁸⁰ MONTOYA MELGAR, A.: “Limitación de la cuantía de las prestaciones....op. cit., p. 428-429.

⁶⁸¹ DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Traduzione spagnola e studio preliminare a cura di VIDA SORIA, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1991, p. 332.

⁶⁸² VENTURI, A.: *Los fundamentos de Seguridad Social... op cit.* p. 610.

puro dell'assicurazione privata⁶⁸³; un monito che materializza la solidarietà e la redistribuzione interne al sistema, oltrepassando l'idea di giustizia commutativa e sottolineando quella di giustizia distributiva⁶⁸⁴.

Attraverso questa integrazione, si pretende raggiungere la sufficienza e l'adeguatezza nei termini previsti dall'art. 38 CI e dall'art. 41 e 50 CS. In tale senso, la Corte di Cassazione spagnola continua a intendere che «*la finalità delle integrazioni al trattamento minimo non è altro che quella di garantire ai percettori delle entrate sufficienti di sopravvivere con un minimo di dignità, realizzando in tal senso quanto si dichiara nell'art. 41 della Costituzione*⁶⁸⁵»; o citando le parole della Corte Costituzionale italiana, la funzione é quella «*di integrare la pensione quando dal calcolo in base ai contributi accreditati al lavoratore risulti un importo inferiore a un minimo ritenuto necessario, in mancanza di altri redditi di una certa consistenza, ad assicurargli mezzi adeguati alle esigenze di vita, giusta il precetto dell'art. 38, comma 2, della Costituzione. Tale funzione qualifica l'integrazione al minimo come istituto previdenziale fondato sul principio di solidarietà*⁶⁸⁶».

Il minimo è inteso come margine inferiore all'adeguatezza individuata dalla Corte. Si ritiene che tale parametro possa essere individuato dall'art. 3, comma 2 CI: in sostanza, la prestazione sociale deve permettere quanto meno l'integrazione sociale del lavoratore⁶⁸⁷.

Il fondamento giuridico moderno dell'istituzione si trova nell'art. 6 della legge italiana 638/1983 e nell'art. 59 LGSS (RDLgs 8/2015), ma i relativi antecedenti normativi risalgono all'Italia del secondo dopoguerra⁶⁸⁸ e all'epoca del mutualismo lavorativo in Spagna⁶⁸⁹. La dinamica del fondamento è semplice e simile in entrambi gli ordinamenti: il legislatore stabilisce la somma della pensione minima (minuendo) alla

⁶⁸³ GARCÍA VALVERDE, M.D.: "Revalorización de pensiones. Topes mínimos y máximos. Novedades 2009". *Revista de treball, economia i societat*, n. 52, 2009, p. 6.

⁶⁸⁴ MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 93.

⁶⁸⁵ Sentenza della Corte di Cassazione del 10 luglio 2000 (ricorso: 4024/1999).

⁶⁸⁶ Sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 1994.

⁶⁸⁷ REGNA, S.: "Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori... op. cit. p. 71.

⁶⁸⁸ Legge del 4 aprile 1952, n. 218; Sull'evoluzione normativa in Italia consultare: LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà. Percorsi nel sistema pensionistico e degli ammortizzatori sociali*. Cacucci Editore, Bari, 2001, p.101.

⁶⁸⁹ Ordine ministeriale del 26 aprile 1974. Tuttavia, né la LGSS del 1966, né quella del 1974 contemplavano precetto simile all'art. 50 della LGSS (nuovo art. 59 LGSS RDLgs 8/2015). Sull'evoluzione normativa in Spagna consultare: LOPEZ GANDÍA, J.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, 1999.

quale detrae la somma della pensione maturata (sottraendo), la differenza corrisponde all'integrazione al minimo. Nel regolamentare questo processo, si evidenziano tre aspetti comuni: 1) la natura di tipo assistenziale dell'integrazione, 2) la condizione *sine qua non* di assenza di reddito fino a un limite stabilito dalla legge, e 3) il carattere non consolidabile dell'integrazione.

Non è stato facile per entrambi gli ordinamenti determinare tali prestazioni ibride, a causa dell'ambiguità che si crea tra il regolamento previdenziale, conseguenza della prestazione contributiva, e quello assistenziale che nasce dalla permanenza di situazioni di necessità. Le integrazioni al minimo non si concedono mediante gli stessi criteri delle pensioni contributive ma rispondono a situazioni di necessità dei pensionati, in cui si manifesta la mancanza di entrate economiche sufficienti⁶⁹⁰. Potremmo affermare certamente che si tratta di autentiche prestazioni contributive se non per il fatto che non si percepiscono in maniera isolata, ma si concedono in modo indissolubile insieme alla pensione contributiva corrispondente al beneficiario. In questo modo, la composizione della pensione minima in parte è di natura contributiva e in parte di natura assistenziale. Si produce, così, un'alterazione della stessa, poiché confluiscono in essa due tecniche diverse di protezione.

Attualmente, il suo carattere assistenziale è più consolidato, e non solo perché in Spagna lo conserva in modo esplicito l'art. 109 LGSS (vecchio art. 86 LGSS RDLgs 1/1994) ma, sia per l'origine del finanziamento⁶⁹¹ (non corrisponde a un effettivo e precedente versamento di contributi da parte del pensionato ma si articola in base a criteri non contributivi, nel senso che si finanzia attraverso imposte generali a carico dei cittadini), sia per la finalità e funzione attribuitagli istituzionalmente⁶⁹² (nel senso che non si tratta propriamente dell'aggiornamento di un'eventualità al quale si devono

⁶⁹⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Condiciones incorporadas al complemento por mínimos de las pensiones contributivas a partir de 2013", *Aranzadi Social*, n.6, 2012, p. 135.

⁶⁹¹ La legge 24/01, del 27 dicembre, *Boletín Oficial del Estado* (Gazzetta Ufficiale dello Stato), includerebbe nel testo della LGSS un procedimento graduale per il finanziamento definitivo di queste integrazioni a carico dello Stato (14ª disposizione transitoria, LGSS), procedimento che non dovrebbe superare la scadenza di 12 anni dall'entrata in vigore il 1° gennaio del 2002 (quindi, ora, 2014) anche se il rinnovo del Patto di Toledo, realizzato nel mese di ottobre del 2003, considererebbe lo snellimento della durata del processo entro 5 anni (si riferisce al 2008). In virtù di tutte queste evoluzioni legislative, oggi lo Stato finanzia l'intero costo dell'integrazione ai minimi della pensione contributiva con un totale di 7.633,02 milioni di euro nel 2014, secondo il Rapporto economico-finanziario sul bilancio della previdenza sociale (pag. 41). Ma non sempre è stato così: nel 2000, l'aiuto dello Stato corrispondeva al 2,45% e i contributi al 97,55%; nel 2012 il 45,58% corrispondeva allo Stato e il 50,42% ai contributi; e solo dal 2013, il 100% del costo lo salda interamente lo Stato.

⁶⁹² CAVAS MARTINEZ, F.: "Acción protectora no contributiva (Pensiones, Complementos a Mínimos y Prestaciones Familiares)", *Foro de Seguridad Social*, n. 17, 2007, p.

accompagnare dei requisiti legali, come se a tale eventualità risulti imprescindibile dimostrare che esiste ed è evidente un'attuale situazione di necessità del soggetto protetto).

Le integrazioni non sono cifre uniformi e non sono dovute a priori, ma al contrario sono soggette ad accredito di condizionamenti non solo soggettivi ma anche oggettivi⁶⁹³; una «*prova dei mezzi*» intesa come assenza di redditi stabilita annualmente dal legislatore, tipica delle prestazioni assistenziali⁶⁹⁴, poiché d'accordo con la sua finalità si tratta di «*sovvenire alle necessità minime, in modo che chi può soddisfarle, in tutto o in parte, non vi abbia diritto*»⁶⁹⁵. Il tema dell'incompatibilità è complesso ed è stato sottomesso a una lunga evoluzione consona allo stato civile del pensionato, la provenienza delle entrate e la compatibilità con situazioni pluripensionistiche.

In Italia, la sentenza n. 127 del 1997 ha cambiato il criterio sulla disciplina, mantenuto fino ad allora, che ampliava ai redditi del coniuge del pensionato la prova dei mezzi per il riconoscimento dell'integrazione al minimo⁶⁹⁶; la Corte ha dichiarato che «*si tratta di una erogazione eventuale e variabile in tempo, dovuta in risposta al generale dovere di solidarietà che caratterizza fin dai principi fondamentali la Carta Costituzionale (art. 2 CI)*» e che «*il legislatore -a cui spetta determinare, in adesione ai principi costituzionali e tenendo, quindi, anche conto delle risorse finanziarie disponibili, l'ampiezza e le modalità dell'intervento solidaristico- può condizionare l'attribuzione e l'ammontare della integrazione della pensione contributiva agli altri redditi del pensionato e della sua famiglia*».

I redditi da prendere in considerazione saranno le rendite del lavoro, del capitale o delle attività economiche e del patrimonio, secondo il concetto stabilito per tali redditi nell'imposta sul reddito delle persone fisiche (art.6, comma 1, legge 1983; art. 59.1 LGSS-RDLgs 8/2015), con le eccezioni relative e specifiche di ogni Paese.

⁶⁹³ Il sistema originario era basato su un profilo soggettivo in cui l'integrazione al minimo era disposta "a persona" non "a pensione", in modo che ogni persona non potesse avere più di un'integrazione se titolare di più pensioni. D'ONGHIA, M. "Trattamenti pensionistici e integrazione al minimo: una sentenza annunciata", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1994, II, p. 833.

⁶⁹⁴ LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*,...op.cit. p. 105

⁶⁹⁵ Sentenza della Corte di Cassazione del 6 aprile 2004.

⁶⁹⁶ Precedentemente, la sentenza della Corte Costituzionale n. 31 del 1986 aveva dichiarato che in base alle due modalità di protezione previste nella Costituzione italiana «è legittimo richiedere un'indifferenziazione, un'uniformità, una determinazione quantitativa unica per tutti i cittadini, ma non è più legittimo richiedere una determinazione quantitativa unica, uniforme per tutti i lavoratori».

Inoltre, nel caso italiano, il requisito riguardante il mancato superamento di determinati limiti di reddito, è condizionato all'esistenza di diritti acquisiti anteriormente al 30 settembre del 1983. Solo a partire da tale data, cominciano a considerarsi i limiti di reddito che variano a seconda della normativa vigente al momento della decorrenza.

A sua volta, la situazione civile del pensionato influirà sul limite da prendere in considerazione; in questo modo, per i casi di coniuge a carico, in Italia⁶⁹⁷ si considererà che se il soggetto non è coniugato, ovvero coniugato con persona legalmente ed effettivamente separata, il limite di reddito per il diritto alla totale integrazione per l'anno 2015 è pari a 6.531,07 euro; mentre l'integrazione parziale può essere concessa oltre la predetta cifra e sino a 13.062,14 euro o due volte il trattamento minimo. Al contrario, se il soggetto è coniugato con persona non legalmente ed effettivamente separata⁶⁹⁸, si distinguono due situazioni: 1) pensioni con decorrenza prima del 1994, i redditi coniugali non entrano in considerazione; 2) pensioni con decorrenza dopo l'anno 1994⁶⁹⁹, l'integrazione è concessa a condizione che il beneficiario non superi i 13.062,14 euro di reddito individuale, e i redditi coniugali non superino 4 volte il trattamento minimo, per il 2015, equivalente a 26.124,28 euro (art. 2 co. 14, legge 335/1995).

Trattamento d'integrazione al minimo in Italia		
Limiti di Reddito anno 2015 (€)		
	Integrazione Totale	Integrazione Parziale
Importo integrazione al minimo	502,39	
Pensionato solo	6.531,07	13.062,14
Pensionato coniugato (pensione con decorrenza dopo il 1994)	19.593,21	26.124,28
Pensionato coniugato con decorrenza anno 1994)	26.054,28	32.655,35

⁶⁹⁷ In Italia, l'articolo 1, comma 112, della legge del 23 dicembre 2014, n. 190; Circolare INPS n. 51 del 26 febbraio 2015.

⁶⁹⁸ Introdotta dalla riforma Amato del 1992. Art. 3 della legge n. 421/1992 e art. 4 decreto legislativo 503/1992

⁶⁹⁹ Una terza opzione sarebbe se la pensione ha avuto decorrenza proprio nel 1994, allora il limite di entrate si situerebbe pari a 5 volte il trattamento minimo nell'anno di riferimento, 32.655,35 euro, nel 2015 (art. 11 comma 38, legge 537/1993).

Inoltre, il legislatore italiano, attraverso le leggi n. 140/1985 e n. 544/1988 ha concesso aumenti ai trattamenti minimi, le c.d. *maggiorazioni sociali*, in ragione dell'età (60 anni) e dell'anzianità contributiva (15 anni), condizionati anche alla prova di mezzi del nucleo familiare. Inoltre, l'art. 38 legge 448/2001, ha previsto dal 2002, un incremento della maggiorazione sociale, il c.d. incremento al milione, per far sì che gli interessati che hanno 70 anni possano raggiungere almeno una quantità minima segnata legalmente (638,87 € nel 2015).

Maggiorazioni sociali 2015					
Età	Importo mensile x 13	Limiti di reddito (€)			
		Personale		Coniugale	
		Totale	Parziale	Totale	Parziale
Da 60 a 64 anni	25,83€	6.531,07	6.866,86	12.361,83	12.697,62
Da 65 a 69 anni	82,64€	6.531,07	7.605,39	12.361,83	13.436,15
+ 70 anni	Importo variabile con garanzia di 638,83 € al mese	8.304,79	8.304,79	14.135,55	14.135,55

In Spagna, all'inizio, l'incompatibilità funzionava unicamente tra le integrazioni al minimo e le pensioni, ma successivamente si è esteso ai redditi percepiti dal soggetto e dall'unità matrimoniale⁷⁰⁰, essendo determinante per il riconoscimento di uno o dell'altro ammontare minimo della pensione⁷⁰¹. In questo modo, per le somme minime delle pensioni, a partire dalla riforma entrata in vigore con la legge 27/2011, la modalità di convivenza si è frammentata tenendo conto della dipendenza economica del titolare, con o senza coniuge a carico, o considerato come singola unità economica. Allo stesso tempo, il limite di entrate del pensionato (o del coniuge), di qualsiasi natura, non supererà, per il 2015, i 7.098,43 € all'anno, o gli 8.280,40 € in caso di coniuge a carico (art. 6 RD 1107/2014).

Tuttavia, quando la somma, secondo calcolo annuale, delle rendite e della pensione che si va a integrare è inferiore a quella degli 8.280,40 € e dell'ammontare annuale della pensione minima con coniuge a carico in questione, si riconoscerà un'integrazione uguale alla differenza, distribuita tra le mensilità che vi corrispondono (art. 7.2 RD 1107/2014). Un modo per evitare che il soggetto che supera leggermente il

⁷⁰⁰ GARCIA VALVERDE MD.: *Revalorización de pensiones...op.cit.* p. 6.

⁷⁰¹ BARRIOS BAUDOR, G.L.: "La pensión de jubilación mínima: el complemento a mínimos", en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p. 955.

limite principale di redditi ottenga delle entrate totali inferiori a quelle che potrebbe potenzialmente percepire un soggetto che rientra nel limite concesso⁷⁰², una versione d'intenzioni simili all'integrazione parziale italiana.

È opportuno avvertire che, nell'ordinamento spagnolo, a differenza di quello italiano⁷⁰³, l'ammontare minimo considerato varia a seconda del tipo di prestazione. Le differenze degli importi, nell'esercizio 2015, sono le seguenti⁷⁰⁴:

Importi minimi delle pensioni con modalità contributiva per l'anno 2015 in Spagna (€)			
	Titolari con coniuge a carico	Titolare senza coniuge: unità economica singola	Titolari con coniuge non a carico
Pensionamento			
Titolare (65 anni)	10.960,60	8.883,00	8.426,60
Titolare (età inferiore a 65 anni)	10.273,20	8.309,00	7.851,20
Titolare (65 anni e con invalidità)	16.441,60	13.325,20	12.640,60
Incapacità permanente			
Grande invalidità	16.441,60	13.325,20	12.640,60
Assoluta	10.960,60	8.883,00	8.426,60
Totale: titolare (65 anni)	10.960,60	8.883,00	8.426,60
Totale: titolare (tra i 60 e 64 anni)	10.273,20	8.309,00	7.851,20
Totale: derivata da una malattia comune (titolare con età inferiore a 65 anni)	5.524,40	5.524,40	4.993,52
Parziale del regime d'infortuni sul lavoro (titolare con età equivalente a 65 anni)	10.960,60	8.883,00	8.426,60
Pensione di reversibilità: coniugi superstiti			
Titolare con oneri familiari	-	10.273,20	-
Titolare (65 anni o con invalidità di grado uguale o superiore al 65%)	-	8.883,60	-
Titolare (tra i 60 e i 64 anni di età)	-	8.309,00	-
Titolare (età inferiore a 60 anni)	-	6.724,20	-
Pensione di reversibilità: figli superstiti			

⁷⁰² MALDONADO GARCIA, JA: *La protección de la vejez en España...op.cit.* p 352

⁷⁰³ Le differenze in ragione della tipologia della pensione furono superate con l'art. 2 legge 1338/1962, e anche per ragione dell'età con la legge 114/1974. In Spagna, le specificità si sono introdotte con il RD 77/81, che determina l'incompatibilità delle integrazioni con il lavoro; con il RD 93/83, che stabilisce l'incompatibilità di queste integrazioni con i redditi di capitale; il RD 90/84, che fissa integrazioni distinte quando esiste un coniuge a carico o il RD 43/85, che si applica ai redditi in base all'unità familiare.

⁷⁰⁴ Spagna: *Real Decreto* 1107/2014, 26 dicembre, sulla rivalorizzazione delle pensioni del sistema di previdenza sociale e di altre prestazioni sociali pubbliche nell'esercizio 2015.

Per beneficiario	2.713,20
Per beneficiario invalido minore di 18 anni con invalidità di grado uguale o superiore al 65%	5.339,60
In caso assoluto, il minimo corrisponderà a 6.742,20 € all'anno distribuiti, a seconda del caso, tra i beneficiari	2.713,20
A favore dei familiari	
Per beneficiario	2.713,20
In assenza di vedovo o orfano pensionato: un solo beneficiario (65 anni)	6.559,00
In assenza di vedovo o orfano pensionato: un solo beneficiario (età inferiore a 65 anni)	6.178,20

L'aspetto più problematico per l'ordinamento italiano riguardava la compatibilità in situazioni di pluripensionamento, definito con la legge 463/1983. L'art. 6 comma 3 ha posto il principio del divieto di cumulo di due o più integrazioni al minimo, e la perdita dell'integrazione in caso di superamento di un reddito corrispondente al doppio della pensione minima (comma 6), e infine della «cristallizzazione» dell'integrazione nella misura corrisposta al momento di cessazione, e cioè, della sua conservazione in cifra fino al suo superamento in base alla perequazione automatica (comma 7).

La problematica precedente nasceva dalle differenti sentenze costituzionali *espansive*⁷⁰⁵, causa e conseguenza del cambiamento di approccio, da un sistema di integrazione al minimo basato su un profilo soggettivo a un sistema basato su un profilo oggettivo, pertanto l'integrazione è riferita non più solo alla singola persona ma anche alle singole pensioni, avvantaggiando i plurititolari⁷⁰⁶. Tali sentenze hanno dilatato notevolmente l'eccezione fatta dal legislatore a favore delle pensioni di reversibilità⁷⁰⁷, al punto da rendere possibile che a uno stesso soggetto venissero liquidate più pensioni

⁷⁰⁵ Sent. C. cost. n. 230 del 1974 sull'integrazione delle pensioni dirette INPS nel caso di cumulo con qualsiasi pensione di reversibilità; Sent. C. cost. n. 236 del 1976 che ha reso possibile l'integrazione al minimo delle pensioni dirette d'invalidità INPS che si cumulino con pensioni dirette dello Stato; Sent. C. cost. n. 34 del 1981 l'integrazione al minimo della pensione diretta di vecchiaia INPS a favore dei titolari di pensione diretta dello Stato, dell'Istituto post-telegrafonici, o della C.P.D.E.L., per effetto del cumulo delle due pensioni venga superato il trattamento minimo garantito; Sent. C. cost. n. 102 del 1982 l'integrazione al minimo della pensione diretta di invalidità a carico del fondo speciale per i coltivatori diretti, mezzadri e coloni ai titolari di pensione diretta dello Stato, qualora per effetto del cumulo sia superato il trattamento minimo garantito.

⁷⁰⁶ D'ONGHIA M.: Trattamenti pensionistici e integrazione al minimo: una sentenza annunciata. *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1994, p. 833 Identifica l. 1338/62; l. 1199/65; l. 153/69; l. 174/74; l. 160/75; sent. C. Cost. n. 230 del 1974, sent. C. cost. n. 236 del 1976; sent. C. cost. n. 34 del 1981; sent. C. cost. n. 314 del 1985)

⁷⁰⁷ Art. 23 legge 153/1969: «Al titolare di pensione di reversibilità [indiretta] che sia anche beneficiario di altra pensione a titolo proprio a carico dell'assicurazione obbligatorio e' garantito il trattamento minimo sulla pensione diretta. La pensione di reversibilità in tale caso e' calcolata in conformità di quanto previsto dall'articolo 22 della legge 21 luglio 1965, n. 903, e non viene integrata al trattamento minimo».

integrate al minimo, con un trattamento complessivo persino superiore in alcuni casi al reddito di lavoro goduto prima del pensionamento⁷⁰⁸. Persino dopo tale legge, non sono stati risolti i problemi relativi al precedente aspetto⁷⁰⁹; si prenda come esempio le sentenze della Corte Costituzionale n. 314 del 1985 o n. 495 del 1993, che hanno voluto rimuovere ogni limite al diritto a più integrazioni al minimo, estendendo la declaratoria di legittimità costituzionale ad ogni ipotesi di residua applicazione delle precedenti disposizione limitative.

In Spagna, anche se la regola generale è l'incompatibilità tra pensioni di uno stesso regime (art. 163 nuova LGSS), il pluripensionamento è permesso rispetto alle pensioni di reversibilità (art. 10 ordine del 13 febbraio 1967), così come quelle generate in diversi regimi. In relazione alle integrazioni al minimo si è considerato che, in tale caso, sarà riconosciuta solamente l'integrazione al minimo se l'importo della somma di tutte le pensioni riconosciute o rivalutate risulta inferiore al minimo corrispondente a quella pensione del sistema di Sicurezza Sociale con minimo segnalato in maggiore ammontare secondo calcolo annuale. L'integrazione, in tale caso, corrisponderà alla differenza fino al raggiungimento dell'importo minimo riferito (art. 12.1 RD, rivalutazione).

Inoltre, il riconoscimento dell'integrazione al minimo provoca situazioni problematiche e pregiudizi comparativi. Rispetto alle situazioni problematiche, si è parlato di «*tutela di base non professionale facilitata*⁷¹⁰» nei confronti delle carriere contributive deliberatamente corte; rispetto ai pregiudizi comparativi, si è discusso a proposito dell'ammontare da percepire nonostante i diversi sforzi di contribuzione, da cui si otterrebbe un reddito di sostituzione superiore alla pensione sostituita⁷¹¹, specialmente nel caso di lavoratori a tempo parziale. In Spagna, il nuovo RDL 11/2013 sul calcolo dei periodi di lavoro a tempo parziale agli effetti delle prestazioni di Sicurezza sociale, seguendo il RD n. 2319/1993, non menziona la proporzionalità dell'integrazione al minimo, intendendo quindi che al lavoratore assunto a tempo parziale si deve riconoscere la pensione che gli corrisponde, e posteriormente, gli si

⁷⁰⁸ LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà... op. cit.* p. 104.

⁷⁰⁹ CANEVARI, F.M.: *Costituzione e protezione sociale...op. cit.* p. 28.

⁷¹⁰ LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà op. cit.* p. 114.

⁷¹¹ DESDENTADO BONETE, A

devono concedere, allo stesso modo, le integrazioni necessarie per colmare le differenze tra tale pensione e la pensione minima assoluta applicabile⁷¹².

Per quanto riguarda i punti in comune del carattere non indefinito e non consolidabile, si pretende far riferimento alla relazione tra il trattamento al minimo e la rivalutazione. La situazione è diversa in entrambi i Paesi. In Italia nel caso di godimento di trattamento pensionistico integrato al minimo e di superamento successivo delle soglie di reddito fissate dalla legge, l'importo della pensione non viene ridotto ma resta *crystallizzato* al valore mensile raggiunto nel dicembre dell'anno precedente fino al suo superamento in conseguenza dei meccanismi della perequazione automática (art. 6 comma 7 della legge 638/1983). Dal canto suo, in Spagna, ciò che merita di essere commentato è il carattere non consolidabile delle integrazioni al minimo: ovvero, le integrazioni possono essere assorbite da qualsiasi incremento futuro che le percezioni del soggetto possono subire, sia in qualità di rivalutazione sia per riconoscimento di nuove prestazioni a carattere periodico che diano luogo a una coincidenza di pensioni.

Infine, conviene avere presente le importanti modifiche di questo istituto relative alle situazioni di bisogno accertato che vanno affrontate unicamente con l'assegno sociale⁷¹³. Va notato, tuttavia, che le pensioni contributive godono a tal fine di una particolare privilegiata considerazione: esse, infatti, non concorrono a formare reddito per la concessione dell'assegno sociale nella misura di un terzo del loro importo e comunque non oltre un terzo dell'assegno sociale (art. 3, comma 6, legge 335/1995). Per qualche settore della dottrina spagnola, il carattere assistenziale dell'integrazione al minimo potrebbe essere dovuto a un invito per le Comunità Autonome ad agire nei confronti dei suoi residenti con prestazioni aggiuntive che aiutino a complementare le integrazioni fino al raggiungimento del minimo assoluto⁷¹⁴; impostazione che, con il nuovo modello assistenziale delle regioni italiane derivato dalla riforma costituzionale del 2001, si potrebbe estrapolare.

Altre importanti modifiche approvate in Italia, a partire dalla legge n. 335, 8 agosto 1995, art. 1 comma 16: la disciplina dell'integrazione al minimo non è

⁷¹² TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: "La duración de la jornada de trabajo y las pensiones contributivas de la Seguridad Social: examen particularizado del contrato a tiempo parcial" *Revista Española de Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 476.

⁷¹³ LAGALA, C.: *Previdenza e assistenza sociale. Origini, evoluzione e caratteri attuali della tutela*. EDIESSE, p. 79.

⁷¹⁴ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: Los complementos para pensiones inferiores a la mínima. En GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R (dir.): *La reforma de la Seguridad Social 2011*, LexNova, p. 322.

applicabile alle pensioni liquidate esclusivamente con le regole del sistema contributivo (iniziato a lavorare dal 1 gennaio 1996). In Spagna, la riforma delle pensioni del 2011, art. 1 legge n. 27/2011, ha diminuito l'importo da percepire a titolo di integrazioni al minimo, limitandolo, al massimo, al corrispondente ammontare della pensione non contributiva. Limitazione che entra in sintonia con l'art. 86.2 e con la 14^a disposizione transitoria della LGSS, che riconosce la natura finanziaria non contributiva delle integrazioni.

4.2. La pensione massima

Dato che i nostri sistemi di Sicurezza sociale si basano, in parte, sulla solidarietà per la superazione di situazioni di necessità che danno luogo a un intervento al minimo, è importante interrogarsi sull'introduzione di una correzione del principio di contribuzione, in senso opposto all'abituale, della limitazione a un limite massimo nella riscossione delle pensioni. In questo punto, entrambi gli ordinamenti hanno stabilito delle figure giuridiche al riguardo, ma con differente traiettoria e avvenire.

In un piano generale di considerazione, il costante riferimento ai limiti che segnano un tetto massimo o minimo di protezione sociale deve concepirsi come qualcosa insita al sistema legale di Sicurezza sociale con marcato carattere contributivo e professionale⁷¹⁵, e, in questo senso, i due Paesi prevedono dei limiti alle retribuzioni pensionabili. Fino a qui entrambi gli ordinamenti vanno teoricamente d'accordo, ma in pratica, la pensione massima costituisce la differenza più significativa tra i due Paesi, che per il caso italiano si materializza in un'aspirazione da raggiungere.

La creazione di questo tipo di norme si scontra con il principio costituzionale di uguaglianza, in quanto si pretende dispensare uguali prestazioni a soggetti che hanno versato contributi diversi; supponendo, in tal caso, una regressività di diritti per le vittime, soggetta a violare i principi costituzionali di sicurezza giuridica, così come una privazione retroattiva del diritto di proprietà dei beneficiari, quando si integra la pensione nel diritto generale di proprietà, non potendo essere sminuito senza tenere conto delle previsioni dell'art. 33 CS, e ovviamente, senza dimenticare ugualmente la contraddizione con il mandato costituzionale di rivalutazione periodica delle pensioni.

⁷¹⁵ GARCÍA VALVERDE, M.: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social español*, Comares, Granada, p. 138.

Di conseguenza, e come si vedrà in dettaglio, la Corte Costituzionale spagnola ha ratificato la misura nel decennio degli anni 80 e, oggi, è pienamente integrata nelle questioni quotidiane della Sicurezza sociale.

Pertanto, l'applicazione del limite massimo non danneggia l'art. 41 CS⁷¹⁶. Questione diversa se una misura di simile trascendenza in Italia avesse coincidenza costituzionale, tenendo conto della relazione tra gli artt. 36 e 38 CI, poiché implicherebbe una dissociazione maggiore tra loro e un rovesciamento con maggior protagonismo verso gli artt. 2 e 3 CI, provocando simili critiche che a suo tempo ha ricevuto il sistema spagnolo.

A tal riguardo, la limitazione alle pensioni d'oro italiane, si potrebbe considerare la sentenza della C. cost. spagnola n. 134/1987 quando dice che *«fissando un limite alla percezione di nuove pensioni o negando l'aggiornamento per un periodo di quelle che superano tale limite, il legislatore non supera l'ambito delle funzioni che gli corrispondono nella valutazione di quelle circostanze socioeconomiche che condizionano l'adeguamento e l'aggiornamento del sistema pensionistico. Tale valutazione, a prescindere dal fatto che sia più o meno adeguata secondo il caso, non può trascurare il dovere di solidarietà tra i cittadini, e, nel nostro caso, ci si deve ricordare ancora una volta che le pensioni limitate si trovano tra le più alte che il nostro sistema previdenziale riconosce»*.

4.2.1. La problematica italiana con la limitazione massima percepibile

Da questo punto di vista, la situazione italiana è radicalmente diversa alla situazione spagnola, poiché non esiste al giorno d'oggi un importo massimo unico che restringa il trattamento pensionistico maturato⁷¹⁷. Tuttavia, si possono segnalare una

⁷¹⁶ VALDES DAL-RÉ, F.: "La pensión de jubilación máxima. El tope de pensión de jubilación", en De la villa homenaje p. 985.

⁷¹⁷ PERSIANI, M.: "Crisi economica e crisi del Welfare State", Convegno AIDLASS, Bologna, 2013, pp. 38-39: Piuttosto che salvaguardare il sistema riducendo ulteriormente la tutela pensionistica di quanti stanno ancora lavorando, occorrerebbe, se mai ce ne fosse bisogno, ridurre i trattamenti pensionistici in corso di erogazione, almeno quando sono di importo elevato. Se sorgesse l'esigenza di ridurre ulteriormente l'effettività della tutela pensionistica, occorrerebbe, cioè, ridurre i trattamenti in atto il cui importo non abbia la funzione di garantire mezzo necessari alle esigenze di vita, ma soltanto quella di soddisfare l'interesse privato a mantenere il livello di vita raggiunto durante lo svolgimento dell'attività lavorativa. In altri termini, le riduzioni che dovessero rendersi necessarie si dovrebbero applicare ai trattamenti pensionistici già in atto e non già, come sempre avviene, a quelli che spetteranno in futuro a chi oggi sta lavorando e, con il suo lavoro, finanzia le pensioni in godimento. In tal modo, si eviterebbero anche violazioni del principio costituzionale della uguaglianza, posto che si garantirebbe, nel futuro, a chi

serie di interventi statali diretti a delimitare le pensioni delle schiere superiori. Per capire la questione, analizziamo le impostazioni in cui si muove il sistema italiano e le azioni che intraprende.

L'origine dei mali risale all'antecedente sistema di calcolo dell'importo del trattamento pensionistico. Fino al 1995, il sistema di calcolo retributivo prendeva in considerazione il livello della retribuzione raggiunto nell'ultimo periodo della vita lavorativa. Evidentemente, questo sistema si mostrava generoso specialmente nei confronti di coloro che avevano stipendi alti⁷¹⁸.

Per questo motivo, la riforma Dini del 1995, ha realizzato un cambiamento radicale nel modello di calcolo contributivo nel quale si terrebbe in considerazione l'importo totale dei contributi versati nell'arco di un'intera vita lavorativa, una «*capitalizzazione virtuale*». Tuttavia, questa norma agiva in modo molto graduale e suddivideva i lavoratori in tre classi alle quali si applicavano differenti modalità di calcolo. Per coloro con almeno 18 anni di anzianità contributiva, al 31 dicembre 1995, era previsto il mantenimento del metodo di calcolo retributivo; invece, per i nuovi lavoratori a partire dal 1° gennaio 1996 si applicava esclusivamente il sistema di calcolo contributivo. Per i lavoratori con meno di 18 anni di anzianità contributiva al 31 dicembre 1995, le prestazioni pensionistiche venivano calcolate fino a tale data con il precedente metodo retributivo più favorevole, mentre a partire dal 1° gennaio 1996, si applicava, il metodo contributivo con il criterio *pro rata*, in termini di diritti acquisiti. Da allora diverse riforme hanno regolato il sistema pensionistico, ma nessuna ha cambiato sostanzialmente questo aspetto⁷¹⁹.

oggi lavora il godimento di una tutela previdenziale non eccessivamente sproporzionata rispetto a quella di cui godono gli attuali pensionati. Ma v'è di più. Se gli eventuali interventi che si rendessero necessari per la salvaguardia del sistema pensionistico riducessero gli importi delle pensioni già in atto anziché ridurre il regime delle pensioni future, la solidarietà generazionale acquisterebbe, se non altro, il valore della reciprocità. Ed infatti, allo stesso modo in cui i lavoratori attuali finanziano, con il loro lavoro, le pensioni di quanto oramai non lavorano più, questi ultimi, subendo una riduzione dei loro trattamenti pensionistici, concorrerebbero a garantire che anche i lavoratori attuali, quando saranno pensionati, possano godere di una tutela previdenziale meno effettiva, ma non di tanto, di quella di cui loro godono oggi.

⁷¹⁸ Come il caso di dirigenti aziendali o politici. O a volte, in caso di frode alla legge.

⁷¹⁹ Servano da introduzione per il lettore spagnolo gli articoli da: AZNAR LÓPEZ, M.: "Reforma de la Seguridad Social italiana. Medidas introducidas en relación al factor edad", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. Extra 1, 2007, pp. 49-76; CARRASCOSA BERMEJO, M.D.: "La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia", *Temas Laborales*, n. 48, 1998, p.81-134; COLLADOS FERNÁNDEZ, M.B.: "Luces y sombras de la reforma de la pensión de jubilación en Italia, su aplicabilidad al caso español", *Actualidad laboral*, n. 13-14, 2012, pp. 2-ss.

Nel 2011, l'art 24 comma 2 del d.l. n. 2011/2011 convertito con la legge 214/2011, in coerenza con la dottrina, ha previsto l'applicazione del calcolo contributivo per tutti anche per coloro che avevano una anzianità superiore ai 18 anni al 31 dicembre 1995 relativamente alla quota di pensione derivante dalla contribuzione successiva al 31 dicembre 2011. Nonostante, detto intervallo retributivo continua a essere generato con regime retributivo (creando una sorta di sistema misto).

Nel frattempo, sono state adottate misure, per limitare o controllare, che possono essere raggruppate in tre categorie: un passo storico, una misura temporanea e una nuova misura. Cominciamo con quest'ultima:

a) Legge Finanziaria 2015

La riforma Fornero, decreto legge 201/2011, art. 24, comma 2, prevedeva l'estensione a partire dal 2012 della regola contributiva a tutti i lavoratori, però paradossalmente il tempo ha dimostrato un'anomalia di tal misura, in presenza di alte retribuzioni, ai lavoratori dell'ex regime retributivo facendo maturare pensioni più alte di quelle che avrebbero ricevuto qualora fossero rimasti, prima della data di entrata in vigore del decreto legge 201/2011, nel vecchio regime retributivo, perché si calcola l'intera carriera lavorativa con il retributivo, e si utilizza il contributivo riferito a un periodo in cui lo stipendio era appunto molto alto.

Come novità, e per correggere detti difetti, la Legge di Stabilità o Finanziaria 2015 (legge 190/2014, comma 707 e 708⁷²⁰) ha previsto che i lavoratori occupati prima del 1996 non possono maturare né intascare una pensione d'importo superiore a quello che sarebbe stato liquidato con l'applicazione delle regole di calcolo vigenti prima della riforma 2011, decurtando allora la parte eccedente, o come ha previsto l'INPS, si sceglierà l'importo più basso tra due conteggi, uno applicando il sistema contributivo dal 2012, l'altro applicando interamente il criterio retributivo⁷²¹. Inoltre, si sottolineano

⁷²⁰ In ogni caso, l'importo complessivo del trattamento pensionistico non può eccedere quello che sarebbe stato liquidato con l'applicazione delle regole di calcolo vigenti prima del 2012, «computando, ai fini della determinazione della misura del trattamento, l'anzianità contributiva necessaria per il conseguimento del diritto alla prestazione, integrata da quella eventualmente maturata fra la data di conseguimento del diritto e la data di decorrenza del primo periodo utile per la corresponsione della prestazione stessa»

⁷²¹ Circolare INPS n.74, 10 aprile 2015. Articolo 1, commi da 707 a 709 e 113, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)". Importo massimo complessivo del trattamento pensionistico nel sistema misto. Riduzione percentuale della pensione anticipata prevista per i soggetti con età inferiore a 62 anni.

anche gli effetti retroattivi: per le pensioni dal 1° gennaio 2015 e per quelle già liquidate dal 2012.

b) Massimale di retribuzione pensionabile

Sebbene il pagamento dei contributi sull'intera retribuzione, il massimale o «*tetto*» di retribuzione pensionabile, agisca limitando l'importo totale della retribuzione impiegato per il calcolo della prestazione pensionistica, costituisce, quindi, un'espressione diretta di solidarietà a favore di tutti coloro che partecipano con redditi e retribuzione più basse⁷²².

L'introduzione del massimale di retribuzione pensionabile, si stabilisce nel Decreto del Presidente della Repubblica 488/1968 e con la legge 153/1969 per i quali va introdotta la pensione retributiva. Non era previsto nessun adeguamento automatico all'aumento del costo della vita, essendo eroso da processi inflazionistici negli anni settanta, e rivisto finalmente dalla legge 297/1982, che legò al crescente costo della vita, con un meccanismo simile previsto per le pensioni di importo superiore al trattamento minimo. La legittimità del massimale di retribuzione pensionabile si è consolidato con la sentenza della Corte Costituzionale n. 173/86.

Posteriormente, la legge 67/1988 ha modificato l'essenza del massimale, fissando il computo decrescente della retribuzione imponibile eccedente il limite massimo di retribuzione. In questo modo il massimale stesso non divide più la retribuzione utile da quella non utile al fine del calcolo della pensione, ma soltanto la qualità di retribuzione da conteggiare con l'aliquota piena del 2% rispetto alla restante parte della retribuzione da conteggiare con le aliquote inferiori previste per le ulteriori fasce retributive⁷²³. La riforma Amato de 1992, a questo proposito, agisce modificando i criteri di gradualità.

Infine, la riforma Dini del 1995, introduce nuovi metodi di calcolo per i nuovi assicurati a partire dal 1996 (art. 2, comma 18, legge n. 335/1995), un limite massimale annuo della base contributiva e quindi pensionabile (non si applicava per chi aveva

⁷²² LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà...* op. cit., p. 118-122.

⁷²³ LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà...* op. cit., p. 123.

iniziato a contribuire prima del 1996). Questa soglia, incrementata annualmente, è pari a 100.324 euro per il 2015⁷²⁴.

Altri dubbi, rispetto a questo massimale contributivo, nascono nei casi dei lavoratori che possono vantare periodi anteriori al 1° gennaio 1996 mediante i riscatti ed accrediti figurativi, con la conseguente incertezza per i datori di lavoro. Secondo l'INPS⁷²⁵, per avere un corretto adempimento degli obblighi contributivi, il lavoratore è tenuto a dare tempestiva comunicazione al proprio datore di lavoro dell'avvenuta presentazione della domanda di riscatto o accredito figurativo.

Nel caso di riscatto l'acquisizione da parte dell'interessato della qualità di «vecchio iscritto» alle gestioni pensionistiche obbligatorie è subordinata, comunque, all'assolvimento del relativo onere economico (pagamento di almeno una rata). Conseguentemente nei casi di mancato assolvimento del predetto onere il lavoratore torna ad essere considerato «nuovo iscritto» e, quindi, è soggetto, ai fini del calcolo della contribuzione pensionistica, all'applicazione del massimale contributivo.

c) Contributo di solidarietà

La mancanza di una pensione massima ha spinto il legislatore italiano a stabilire nell'ordinamento previdenziale, con certa frequenza, un contributo di solidarietà, una tecnica di natura tributaria che consiste nella fissazione temporale di un tributo specifico delle pensioni con importi elevati. In epoche recenti sono stati fissati persino in tre occasioni.

L'art. 67 legge 488/1999 aveva introdotto a decorrere dal 1° gennaio 2010 e per un periodo di tre anni un prelievo del 2% sugli importi dei trattamenti pensionistici complessivamente superiori al massimale annuo previsto dall'art. 2, comma 18 legge 335/1995, sulle pensioni di importo lordo superiore a 144, 148, 152 milioni circa di lire (74.500 - 76.500 - 78.550 euro).

L'art. 18, comma 22-bis del decreto legge n. 98 del 2011, convertita in legge 111/2011, che ha previsto con validità dal 1° agosto 2011 e fino al 31/12/2014, un prelievo del 5% sull'importo delle pensioni oltre i 90.000 euro lordi/anno, nonché del

⁷²⁴ Circolare INPS n.11 del 2015, determinazione per l'anno 2015 del limite minimo di retribuzione giornaliera ed aggiornamento degli altri valori per il calcolo di tutte le contribuzioni dovute in materia di previdenza ed assistenza sociale per la generalità dei lavoratori dipendenti.

⁷²⁵ Circolare n. 42 del 17 marzo 2009, chiarimenti in materia di applicazione del massimale contributivo di cui all'art. 2, comma 18, della legge 335/1995.

10% sugli importi delle pensioni oltre i 150.000 € lordi/anno, ed infine, al 15% per la parte eccedente 200.000 euro.

La legge 147/2013, per il triennio 2014-2016, opera un contributo in misura del 6%, sulle pensioni lorde oltre 14 volte il minimo INPS; in misura del 12% sulle pensioni oltre 20 volte il minimo; in misura del 18% sulle pensioni oltre 30 volte il minimo INPS (91.160,16 - 130.228,80 - 195.343,00 euro).

Tuttavia, quest'ultimo contributo è nato come conseguenza dell'illegittimità costituzionale del contributo di solidarietà previsto dall'art. 18, comma 22-bis decreto legge n. 98 del 2011. In concreto, la sentenza della Corte Costituzionale n. 116/2013 considera che la disposizione infrange una violazione degli artt. 3 e 53 CI. La corte, impiegandosi nella natura tributaria del contributo perequativo, considera che ci troviamo di fronte a *«una decurtazione patrimoniale definitiva del trattamento pensionistico, con acquisizione al bilancio statale del relativo ammontare»*.

In modo che, trattandosi di *«retribuzione differita»* si deve garantire in ugual misura una *«particolare protezione»* ai redditi derivanti da trattamenti pensionistici, anche se di elevato importo, poiché essi *«non hanno, per questa loro origine, una natura diversa e minoris generis rispetto agli altri redditi presi a riferimento, ai fini dell'osservanza dell'art. 53 Cost., il quale non consente trattamenti in pejus di determinate categorie di redditi da lavoro (...) sicché il maggior prelievo tributario rispetto ad altre categorie risulta con più evidenza discriminatorio, venendo esso a gravare sui redditi ormai consolidati nel loro ammontare, collegati a prestazioni lavorative già rese da cittadini che hanno esaurito la loro vita lavorativa, rispetto ai quali non risulta più possibile ridisegnare sul piano sinallagmatico il rapporto di lavoro»*.

Tuttavia, non si può affermare che le pensioni rimangono blindate poiché la Corte italiana ha ribadito la possibilità per il legislatore di intervenire modificando, anche *in pejus*, i trattamenti pensionistici, ma questo esercizio della discrezionalità non deve unicamente tener conto del risultato di bilancio dello Stato, ma al principio di uguaglianza dei cittadini e di solidarietà economica, rispetto che avrebbe assicurato, *«la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria; ma esige invece un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di*

sistema informato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza».

Questa postura si allaccia con la precedente sentenza della Corte Costituzionale n. 223/2012 che ha dichiarato illegittime alcune disposizioni introdotte dal decreto legge n. 78 del 2010, su Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, i cui art. 9, commi 21 e 22 bloccavano l'aggiornamento delle pensioni dei magistrati. La norma è stata dichiarata illegittima per violazione del principio di universalità dell'imposizione⁷²⁶.

L'asserito contributo di solidarietà presentava natura tributaria tanto per la decurtazione patrimoniale, come per la mancata modifica del rapporto sinallagmatico e la destinazione delle risorse al finanziamento della spesa pubblica; più in concreto, supposeva un'alterazione del rapporto tra il lavoro svolto e la retribuzione corrispondente, infrazione dell'art. 36 CI, così come una violazione del principio di eguaglianza in materia fiscale, degli articoli 3 e 53 CI, *«il legislatore avrebbe dovuto infatti garantire “la parità di prelievo a parità di presupposto” o “il meccanismo di adeguamento delle retribuzioni dei magistrati può, (...), a certe condizioni essere sottoposto per legge a limitazioni, in particolare quando gli interventi che incidono su di esso siano collocati in un quadro di analoghi sacrifici imposti sia al pubblico impiego (...), sia a tutti i cittadini, attraverso correlative misure, anche di carattere fiscale».*

4.2.2. La costituzionalità di un limite massimo all'ammontare delle pensioni in Spagna

Sebbene la figura del limite massimo costituisca una correzione del principio di contribuzione, non si può negare che parte della sua intenzionalità è destinata ad altri propositi, come tentativo di controllo della spesa pubblica⁷²⁷ (situazione simile a quella

⁷²⁶ BARTOLE, S.: “Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisioni di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)”, *“Giurisprudenza Costituzionale”*, 1988, p.2361; COLAPIETRO, C.: *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, op. cit. p. 278. L'adeguamento automatico della prestazione rappresenta un elemento intrinseco della struttura delle retribuzioni dei magistrati diretto all'attuazione del principio costituzionale dell'indipendenza» della magistratura (art. 104 CI).

⁷²⁷ DE LA VILLA DE LA SERNA, D.: “¿Es posible la supresión del tope máximo de las pensiones públicas de jubilación?”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, p. 1000.

italiana) o come barriera all'accumulo di pensioni di diversi regimi che, sommandole, superano l'importo massimo per una pensione unica di regime generale⁷²⁸.

In Spagna, il RD-Ley n. 3/1983, del 20 aprile, LPGE (la legge del bilancio generale dello Stato) del 1983 (legge n. 9/1983) e quella del 1984 (legge n. 44/1983, del 28 dicembre) hanno fissato per la prima volta un limite massimo specifico per l'ammontare delle pensioni pubbliche, uniche o concorrenti, riferito sia all'ammontare iniziale, sia agli incrementi dovuti a rivalutazione. Senza dubbio, la norma del 1984 è quella che delinea l'istituto così come lo conosciamo oggi: un funzionamento autonomo e non vincolato a situazioni coincidenti con ambito applicativo all'insieme delle pensioni pubbliche e non solo quelle dispensate dal regime delle *Clases Pasivas*⁷²⁹. Sia la norma sia il suo controllo di legittimità costituzionale si sono rivelati polemici⁷³⁰, non solo per gli effetti economici ma anche per l'importanza giuridica dell'impostazione.

La sentenza C. cost. n. 134/1987, del 21 luglio, giudica la costituzionalità degli articoli 12.1 e 51, e la 5^a.4 disposizione addizionale della LPGE per il 1984, attraverso la quale si limita l'importo massimo per le pensioni, coincidenti o no, iniziali o aggiornate a 187.950 pesetas.

In questa sentenza, citata anteriormente in varie occasioni⁷³¹, la Corte Costituzionale spagnola ha negato che l'imposizione di limiti massimi riguardo il concetto di sufficienza e dichiarò la costituzionalità della misura. Ricordiamo che la Corte: 1) dichiarava l'inesistenza di un diritto soggettivo a una pensione con ammontare determinato nato dal fatto di aver effettuato un determinato versamento di contributi; 2)

⁷²⁸ GARCÍA VALVERDE, M.D.: Revalorización de pensiones. Topes mínimos y máximas. Novedades en 2009. *Revista de treball, economia i societat*, n. 52, 2009, p. 8.

⁷²⁹ VALDES-DAL RÉ, F.: La pensión de jubilación máxima. El tope de pensión de jubilación, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord): *Tratado de jubilación...* op.cit. p. 981.

⁷³⁰ Sentenze C. cost. 134/1987; 188/1988; 96/1990; 97/1990; 100/1990; 199/1990; 83/1993.

⁷³¹ Gli «affiliati alla previdenza sociale non ostentano un diritto soggettivo a un ammontare determinato delle pensioni future, in altre parole poiché «la connessione immediata e diretta tra contributo e pensione propria del regime contrattuale non esiste nel regime generale di previdenza sociale, nel quale le prestazioni alle quali l'assicurato ha diritto sono diverse» (...) «(per esempio, assistenza sanitaria, pensione di vecchiaia o di reversibilità), senza che in quanto alla limitazione o riduzione di una di queste possa concludersi che si sia prodotta una privazione dei diritti se il blocco dei diritti e delle prestazioni dell'assicurato si mantiene nel suo insieme» (...). La Costituzione non obbliga che «si mantengano indistintamente tutte le pensioni iniziali nel loro importo previsto e neanche che tutte quelle già maturate sperimentino un incremento annuale (...) non si può affermare che pensioni uguali o superiori a 187.950 pesetas mensili non coprano situazioni di necessità (...). Non è necessario addurre che, poiché queste pensioni proporzionalmente alte sono poche, la limitazione si ripercuote in esigua misura sulle finanze pubbliche e, scarsamente, beneficia i pensionati più modesti. Tale ragionamento implica, semplicemente, la stessa negazione del principio di solidarietà in cui una delle esigenze essenziali è, precisamente, il sacrificio degli interessi degli avvantaggiati nei confronti degli svantaggiati, persino indipendentemente dalle conseguenze puramente economiche di tali sacrifici».

definiva il concetto di pensione adeguata considerando il sistema nella sua globalità, senza dimenticare che si tratta di amministrare risorse economiche limitate e che la non ammissione dei limiti massimi implica la negazione del principio di solidarietà; 3) considerava implicito che la non regressività deve riferirsi al sistema nel suo insieme (una riduzione globale del livello di protezione) e non parzialmente; 4) e precisava che le leggi sulla spesa pubblica servivano per dirigere e orientare la politica economica che spetta al Governo.

Un settore della dottrina scientifica ha rifiutato le condizioni della Corte Costituzionale, in tutti i suoi fondamenti.

Per quanto riguarda la non invasione dei diritti soggettivi, si critica che non esiste un diritto acquisito a una pensione con importo determinato e neanche che una contribuzione più onerosa non sia tenuta in considerazione nel momento in cui si determina l'ammontare delle pensioni, con la condizione che tutto ciò spieghi i problemi dovuti a trattamento diseguale, insicurezza giuridica e trattamento ingiusto, poiché la non contrattualità del sistema, né il contributo statale o imprenditoriale non riescono a eliminare l'impronta cruciale di tipo contributivo della Sicurezza sociale spagnola⁷³².

Riguardo la valutazione di sufficienza delle prestazioni sociali e di adeguatezza delle pensioni, contravvenendo al mandato costituzionale degli articoli 41 e 50 CS, si rifiuta che la Corte non sia entrata in merito alla spiegazione di cosa si intende per «situazioni di necessità» e si recrimini il criterio adottato, più dall'assistenza sociale che dalla Sicurezza sociale, avendo uniformato la sufficienza con l'adeguatezza; valutazione che non è suscettibile di omogeneizzazione e, tuttavia, la Corte costituzionale così agisce affermando che non può considerare, in modo isolato, ogni pensione specifica ma tutto il sistema considerato nel suo insieme⁷³³.

Inoltre, secondo la dottrina, si rifiuta che l'invocazione a un vago principio di solidarietà possa prevalere, per legittimare la limitazione delle pensioni, su concreti diritti riconosciuti e protetti costituzionalmente, poiché l'argomentazione della Corte sul principio di solidarietà, cerca di correggere la debolezza dell'argomento economico,

⁷³² MONTOYA MELGAR, A.: "Limitación de la cuantía de las pensiones...*op. cit.* p. 424.

⁷³³ MONTOYA MELGAR, A.: "La limitación de la cuantía de las pensiones ...*op.cit.* p. 426.

come dimostra il fatto di valutare sussidiariamente l'ipotesi dell'insignificante trascendenza di queste pensioni all'interno del sistema⁷³⁴.

È, inoltre, interessante la sentenza C. cost. n. 83/1993, 8 marzo, che dichiara la fattibilità di una regolazione «in serie» di questi limiti attraverso successive leggi per il bilancio generale dello Stato, poiché, in teoria, si trattava di previsioni temporali in modo che la reiterazione andasse al di là dell'ambito riservato al procedimento legislativo finanziario, e sottraesse la materia, in maniera illegittima, dal processo legislativo ordinario. La Corte nega l'esistenza di tale sottrazione dall'ambito parlamentare ordinario, fermo restando che *«la legge per il bilancio si configura, non solo come un insieme di previsioni contabili, ma come uno strumento per dirigere e orientare la politica economica che spetta al Governo. Ciò suppone l'inclusione nell'insieme di articoli della legge del bilancio di disposizioni relative a materie non assimilabili direttamente nella situazione delle spese e previsione di entrate finanziarie, ma di conveniente regolazione congiunta con quel nucleo, per la sua relazione tecnica e strumentale con le autorizzazioni di spese e previsioni di entrate, e l'orientamento della politica economica»*.

Quindi si dichiara la costituzionalità della successione di precetti finanziari con identico contenuto limitativo dell'ammontare delle pensioni pubbliche, integrando alcune delle questioni non risolte con l'antecedente pronuncia⁷³⁵, poiché la sentenza C. cost. n. 134/1987 non è entrata in merito alla valutazione di tale estremo non essendo stata inclusa nelle questioni di incostituzionalità⁷³⁶. La Corte considera che *«questo stabilimento appare come estremamente vincolato, e dipendente, dalla valutazione della congiuntura economica del momento, in modo che acquisti il suo pieno significato mantenendosi, alterandosi o facendolo scomparire, in vista delle previsioni finanziarie di ogni anno. Davanti all'evoluzione legale, risulta che l'ammontare di quel tipo o limite temporale si è evoluto e si è mantenuto uguale nei bilanci previsti per il 1984, 1985, 1986, 1987 e 1988, e si è incrementato nei bilanci previsti per il 1989, 1991, 1992*

⁷³⁴ MONTOYA MELGAR, A.: "La limitación de la cuantía de las pensiones...*op.cit.* p. 425-429

⁷³⁵ CASAS BAHAMONDE, M.E.: "La constitucionalidad de la regulación "en serie" de las leyes de presupuestos sobre la cuantía de las pensiones públicas; y los límites objetivos de las cuestiones de inconstitucionalidad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 67, 1994, p. 807.

⁷³⁶ MONTOYA MELGAR, A.: "La limitación de la cuantía de las pensiones...*op.cit.* p. 425-429. Sì, rispetto al principio di legalità, considerando la sua pronuncia nei margini del riferimento allo stesso. Inoltre, la Corte dimentica la sua dottrina, con la sentenza C. cost. n. 65/1987, per la quale, la reiterazione continuata può diventare permanente, sottraendo quindi il dibattito parlamentare ordinario per trasferirla sistematicamente nel procedimento di elaborazione più ristretto di una legge di bilancio.

e 1993, in importi variabili; di modo che non si possa negare che la decisione è legata a considerazioni variabili e basate sulla valutazione delle disponibilità e necessità di ogni momento, la direzione della politica economica, che si adeguano perfettamente a disposizioni finanziarie con vocazione di validità annuale».

Un'altra questione di necessario chiarimento riguarda la retroattività della norma, in altre parole, se la limitazione contenuta nella legge n. 44/1983 risulta o meno applicabile alle pensioni anteriori alla sua validità; a questo proposito, la giurisprudenza conclude che si escluda l'applicazione del limite massimo alle pensioni maturate con anteriorità alla sua validità, di modo che la limitazione funzioni solamente per determinare l'ammontare iniziale delle pensioni maturate a partire dall'entrata in vigore della corrispondente LPGE⁷³⁷. Secondo la sentenza della Corte di Cassazione spagnola, 21 ottobre 1987, *«queste leggi hanno escluso l'applicazione del limite massimo alle pensioni anteriori alla loro validità, in modo che tale limitazione sia solamente applicabile per determinare l'ammontare iniziale delle pensioni maturate a partire dall'entrata in vigore della legge corrispondente e per proibire la rivalutazione delle pensioni che lo superano».*

Ma, tuttavia, questi limiti impediscono la rivalutazione delle pensioni maturate con anteriorità, che li superano⁷³⁸. Secondo la sentenza del 2 ottobre 1989, *«le riferite leggi finanziarie hanno escluso, in effetti, l'applicazione del limite massimo alle pensioni maturate con anteriorità alla loro validità, ovvero quelle anteriori al 1984, di modo che tale limitazione sia solamente applicabile per determinare l'ammontare iniziale delle pensioni maturate a partire dall'entrata in vigore della corrispondente legge e per proibire la rivalutazione delle pensioni che superano il limite. Ciò significa che, sebbene queste pensioni già esistenti e consolidate nel 1983 non siano colpite dal limite di cui si sta parlando, non sono più soggette a rivalutazione se lo superano».*

4.2.3. La dinamica del funzionamento del limite massimo delle pensioni

Per quanto riguarda la dinamica del funzionamento del limite massimo spagnolo si possono fare diverse considerazioni.

⁷³⁷ Sentenza Corte di Cassazione spagnola del 20 maggio 1992; sentenza Corte di Cassazione spagnola del 22 novembre 1994.

⁷³⁸ Sentenza C. cost. del 21 luglio 1987; e sentenze della Corte di Cassazione spagnola del 21 ottobre 1987, del 15 febbraio 1988; del 2 ottobre 1989.

La base normativa si trova nell'art. 57 LGSS (RDLgs 8/2015), per il quale l'importo iniziale delle pensioni contributive della Sicurezza sociale per ogni beneficiario non potrà superare l'importo integro mensile che stabilisce annualmente la corrispondente LPGE⁷³⁹. Da allora, per ogni esercizio economico sono stati introdotti dei limiti annuali. Con l'approvazione del testo rifuso della LGSS nel 1994 (recentemente modificato verso RDLgs 8/2015), la regolamentazione del limite si trova divisa tra questi due grandi gruppi normativi⁷⁴⁰. Per l'anno 2015, l'art. 3.2, RD 1107/2014, fissa l'ammontare a 2.560,88 € al mese o 35.852,32 €, secondo un calcolo annuale di 14 mensilità⁷⁴¹. Si noti che l'applicazione del limite massimo, a differenza del minimo, è di carattere strettamente individuale; non è colpito da circostanze familiari, né da quelle di carattere economico proprie del titolare ma estranee all'ammontare della pensione contributiva in sé. Anche l'art. 49 della LGSS (reconvertito in art. 57 LGSS RDLgs 8/2015) impone un limite alla rivalutazione annuale delle pensioni contributive della Sicurezza sociale; rivalutazione che opera sull'ammontare iniziale della pensione alla quale si ha diritto e sulla rivalutazione successiva, dato il carattere consolidabile, e non sull'ammontare condizionato dai limiti⁷⁴².

Oltre al limite massimo delle pensioni esiste un altro limite, il limite massimo della base che regola la prestazione; questi potranno o no coincidere quantitativamente (come potrebbe sembrare per pura logica contributiva) ma rispondono a funzionalità differenti. Mentre il limite massimo della base che regola la prestazione presenta un carattere sostantivo, strutturale, statico e permanente, e agisce sulle prestazioni a carattere variabile, il limite massimo delle pensioni agisce, inoltre, sulle prestazioni periodiche ed è motivato da motivi di congiuntura economica⁷⁴³. Mentre il primo agisce dall'inizio, per determinare l'importo di ogni pensione, il secondo agisce successivamente diminuendo l'importo una volta determinato⁷⁴⁴.

⁷³⁹ La 1ª disposizione finale legge n. 24/1997, ha stabilito che il limite massimo di copertura delle pensioni contributive si fissi legalmente. Qui si collega il rinvio della legge per la previdenza sociale alla legge finanziaria.

⁷⁴⁰ VALDES-DAL RÉ, F.: "La pensión de jubilación máxima. El tope de pensión de jubilación...op.cit. p. 973

⁷⁴¹ Sentenza del Tribunale centrale del lavoro del 15 gennaio 1988. Importi riferiti in termini lordi e non netti, vista l'applicazione di pertinenti deduzioni fiscali.

⁷⁴² Sentenza del 2 febbraio 1999 e sentenza del 25 novembre 1994 della Corte di Cassazione.

⁷⁴³ GETE CASTRILO, *El nuevo derecho común...*, op. cit. p. 436.

⁷⁴⁴ VALDES-DAL RÉ, F.: "La pensión de jubilación máxima. El tope de pensión de jubilación...op.cit. p. 974.

Nei casi di pensione unica, se l'ammontare ottenuto nella determinazione dell'importo iniziale o nella sua rivalutazione, supera il limite fissato, il beneficiario percepisce fino al limite. La parte restante attenderà variazioni posteriori nell'importo del limite che le permetta di essere recuperata e poi essere ristabilita. Per i presunti casi di coincidenza di pensioni, se si verifica simultaneamente, la c.d. «coincidenza originaria», il limite massimo opera sull'insieme senza alcuna differenza tra le pensioni, invece sulla rivalutazione, se ogni pensione si riduce individualmente e proporzionalmente; al contrario, se la coincidenza è sopravvenuta, la c.d. «coincidenza sopravvenuta», la diminuzione opererà esclusivamente sulle pensioni di nuova maturazione⁷⁴⁵.

Le eccezioni al limite massimo fissato per le pensioni hanno un carattere singolare; tra queste si trovano le pensioni straordinarie esposte dall'art. 51 LGSS (nuovo art. 61 RDLgs 8/2015) originate per atti di terrorismo e il sovraccarico di prestazioni previsto nell'art. 123.2 LGSS (nuovo art. 164 RDLgs 8/2015) dovuto a inadempienze imprenditoriali della normativa della sicurezza e salute sul lavoro, per il suo carattere indennizzatore; anche la giurisprudenza ha escluso l'integrazione assistenziale nelle ipotesi di invalidità di massimo grado, la c.d. *grande invalidità*, poiché «*costituisce in realtà, una prestazione di carattere assistenziale alla quale la legge, espressamente, attribuisce una finalità propria e specifica: che l'invalido sia in grado di retribuire la persona che lo assiste*⁷⁴⁶».

4.3. La perequazione automatica delle pensioni

4.3.1. Aspetti costituzionali in comune

La rivalutazione delle pensioni si colloca in relazione alle due figure anteriori. La perequazione automatica è stata concepita in entrambi gli ordinamenti come uno strumento di adeguamento delle pensioni al mutato potere d'acquisto. In Spagna, a differenza del caso italiano, la Costituzione, nel suo art. 50, vi fa riferimento quando parla di «*pensioni adeguate e periodicamente aggiornate, la sufficienza economica ai cittadini durante la terza età*»; tuttavia, in Italia, trova fondamento costituzionale⁷⁴⁷,

⁷⁴⁵ VALVERDE GARCÍA, M.: *La cuantía de las prestaciones...* op.cit. p.18.

⁷⁴⁶ Sentenza della Corte di Cassazione del 15 marzo 1990.

⁷⁴⁷ DONDI, G., RETUS, R.: "Perequazione delle pensioni: indici, adeguatezza e discrezionalità del legislatore", *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n. 4, 2009, p. 364. Per cui ciò non significa, tuttavia, che si

derivando dai principi di adeguatezza (l'obbligo del legislatore di predisporre dei meccanismi volti a rendere effettivo nel tempo il livello di adeguatezza del trattamento previdenziale erogato⁷⁴⁸), dalla tutela dei diritti fondamentali della persona sanciti dall'art. 2 della Costituzione⁷⁴⁹ e dal principio di sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 della Costituzione, principio applicato ai trattamenti di quiescenza come si è potuto verificare nel paragrafo anteriore dalla costante giurisprudenza costituzionale.

Inoltre, la necessità di aggiornamento delle pensioni si riconosce anche nell'art. 65.10 dell'accordo n. 102 dell'ILO sulla norma minima della Sicurezza sociale, indicando che le pensioni saranno revisionate *«quando si producono variazioni sensibili del livello generale dei guadagni, risultato di variazioni, anche sensibili, del costo della vita»*.

Comunque sia, né la Costituzione spagnola né quella italiana stabiliscono un modello determinato di rivalutazione di pensioni e neanche propongono delle norme per la sua articolazione. Fino al 2013, anno dell'ultima modifica avvenuta in Spagna, i due Paesi seguivano il modello sviluppato da Irving Fischer negli anni Venti, basato sull'incremento dell'indice del costo della vita come strumento che rivaluta i salari⁷⁵⁰. Tra le pronunce costituzionali che hanno plasmato la figura si evidenziano le seguenti.

In primo luogo, si tratta di un margine discrezionale concesso al legislatore⁷⁵¹, *«appartiene alla discrezionalità del legislatore, col solo limite della palese irrazionalità, stabilire la misura dei trattamenti di quiescenza e le variazioni dell'ammontare delle prestazioni»* (sentenze n. 316 del 2010; n. 106 del 1996; n. 173 del 1986; n. 26 del 1980⁷⁵²; n. 46 del 1979; n. 176 del 1975); o in Spagna, *«l'espressione “secondo quanto stabilito dalla legge finanziaria” suppone riconoscere al legislatore un certo margine per affrontare l'aggiornamento delle pensioni in funzione delle possibilità economiche del sistema, senza dimenticare che si tratta di*

possa parlare di una vera e propria “costituzionalizzazione” della perequazione automatica delle prestazioni previdenziali.

⁷⁴⁸ COLAPIETRO, C.: *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Milano, 1996, p. 271.

⁷⁴⁹ Sentenza Corte Costituzionale n. 497 del 1988.

⁷⁵⁰ ARGANDOÑA, A.: “Irving Fisher: Un gran economista”, IESE Business School – Universidad de Navarra, Working Paper n. 1082, Novembre 2013, p. 11.

⁷⁵¹ BOER, P.: *Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1988, III, p. 238.

⁷⁵² Vid. ZANGARI, G.: “Perequazione automatica e «adeguamento» costante della pensione al metro monetario: profili costituzionali (nota a C. Cost. 13 marzo 1980, n. 26)”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1980, n.4, pp. 303-307.

amministrare mezzi economici limitati per un gran numero di necessità sociali» (sentenza C. cost. n. 134/1987, 21 luglio; sentenza C. cost. n. 49/2015).

In secondo luogo, sull'adeguamento delle pensioni mediante la rivalutazione, in nessun caso si tratta di garantire in termini reali il mantenimento costante della pensione iniziale ⁷⁵³, «*senza che ciò comporti un'automatica ed integrale coincidenza tra il livello delle pensioni e l'ultima retribuzione*»; o in Spagna, «*la garanzia di aggiornamento periodico, che non suppone obbligatoriamente l'incremento annuale di tutte le pensioni. Fissando un limite alla percezione di nuove pensioni o negando l'attuazione per un periodo di tempo di quelle che superano quel limite, il legislatore non diminuisce l'ambito delle funzioni che vi corrispondono nella stima di quelle circostanze socioeconomiche che condizionano l'adeguamento e l'aggiornamento del sistema pensionistico*» (sentenza C. cost. n. 100/1990).

In terzo luogo, la frequenza di rivalutazione annuale è un criterio di configurazione puramente legale⁷⁵⁴. «*Dal principio enunciato nell'art. 38 Cost. [...] non può farsi discendere, come conseguenza costituzionalmente necessitata, quella dell'adeguamento con cadenza annuale di tutti i trattamenti pensionistici*», oppure «*l'art. 38 Cost. non esige che l'adeguamento delle prestazioni previdenziali ai mutamenti del potere di acquisto della moneta proceda mediante meccanismi automatici*» (sentenza n. 337 del 1992) e anche «*questa garanzia di adeguatezza della pensione non si traduce necessariamente in un rigido meccanismo di perequazione*» (sentenza n. 501 del 1988); in Spagna, la citata sentenza C. cost. n. 134/1987 afferma «*la garanzia di aggiornamento periodico, che non presuppone obbligatoriamente l'incremento annuale di tutte le pensioni*».

E in quarto luogo, il margine facoltativo concesso al legislatore, in Italia deve circoscriversi ai parametri di proporzionalità: «*proporzionalità ed adeguatezza, che non devono sussistere soltanto al momento del collocamento a riposo, ma vanno*

⁷⁵³ PERSIANI, M.: «Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico», *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1996, p.53. Le prestazioni previdenziali soddisfano un interesse pubblico (art. 3 co. 2 CI correlato l'art. 38 co. 2 CI) mentre la retribuzione lo fa nell'interesse privato e confrontato delle parti, datore di lavoro da un lato e lavoratore dall'altro.

⁷⁵⁴ NICOLINI, C.A.: «La perequazione automatica delle pensioni prima e dopo la manovra finanziaria per il 1998», *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1998, p. 781. L'art. 11, decreto legislativo n. 503/1992 ha ristabilito la carenza annuale (con decorrenza dal 1° gennaio di ogni anno in virtù dell'art. 14 legge n. 724/1994) stabilita a suo tempo dall'art. 10 legge n. 160/1975. Tra entrambe le date, la cadenza della perequazione automatica ha subito diversi termini: semestrale con l'art. 14bis legge 33/1980; quadrimestrale con l'art. 23 legge 113/1981; trimestrale con l'art. 2 della legge 730/1986; semestrale con l'art. 24 legge 41/1986.

costantemente assicurate anche nel prosieguo, in relazione ai mutamenti del potere d'acquisto della moneta” (sentenza n. 26 del 1980); e ragionevolezza: «sulla base di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali deve «dettare la disciplina di un adeguato trattamento pensionistico, alla stregua delle risorse finanziarie attingibili e fatta salva la garanzia irrinunciabile delle esigenze minime di protezione della persona” (sentenza n. 316 del 2010); «per scongiurare il verificarsi di “un non sopportabile scostamento” fra l’andamento delle pensioni e delle retribuzioni, il legislatore non può eludere il limite della ragionevolezza” (sentenza n. 226 del 1993)». Mentre, in Spagna, «la limitazione dell’aggiornamento del potere d’acquisto delle pensioni più alte, mentre trova fondamento nell’esigenze derivate dal controllo della spesa pubblica e del principio di solidarietà, gode di una giustificazione obiettiva e ragionevole” (sentenza C. cost. n. 100/1990, 30 maggio; sentenza C. cost. n. 135/2015, 8 giugno).

4.3.2. I meccanismi di perequazione e le relative riforme nazionali

Si può affermare che il moderno meccanismo italiano della perequazione è più consono alla rivalutazione usata fino a poco tempo fa in Spagna, essendo calcolato in base al valore medio dell’indice dei prezzi al consumo (per le famiglie di operai e impiegati⁷⁵⁵) e non in base ad altre misure, come si calcolava anteriormente rispetto all’incremento registrato nelle retribuzioni minime degli operai dell’industria, (*dinamica salariale globale*⁷⁵⁶). Questo meccanismo è stato introdotto dalla Riforma Amato, art. 11, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503⁷⁵⁷. Gli antecedenti della

⁷⁵⁵ Il NIC italiano (Indice nazionale dei prezzi al consumo per l’intera collettività nazionale) è l’equivalente dello spagnolo IPC (*Índice de Precios al Consumo*) ed entrambi sono elaborati tenendo in considerazione la totalità dello Stato. Inoltre, entrambi i Paesi elaborano l’indice dei prezzi al consumo, che proporziona una misura comune dell’inflazione che permette di realizzare confronti internazionali, così come esige il Trattato di Maastricht per l’entrata nella zona euro. Oltre a tutto questo, in Italia si elaborano indici di prezzi al consumo disaggregati in differenti tipologie: per famiglie in affitto, famiglie di pensionati, famiglie con bassi redditi (basso livello di spesa per consumi), ecc.

⁷⁵⁶ LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà...op.cit. p. 133*. La dinamica salariale globale, era significativamente più elevata del registro dell’indice del costo della vita, perché oltre agli aumenti dovuti al costo della vita, conteneva anche gli aumenti connessi ai miglioramenti contrattuali. Però il forte processo inflazionistico della fine degli anni 70 e l’inizio degli anni 80, ha portato a una riformulazione, passando quindi a un forte appiattimento delle pensioni con incrementi notevoli per quelle di poco superiori al minimo, mentre quelle medie sono rimaste pressoché stazionarie e quelle di importo più elevato sono state invece fortemente decurtate.

⁷⁵⁷ L’Ordinanza 12 gennaio 2009, n. 2, definisce inammissibile la questione di legittimità costituzionale. Al riguardo, DONDI, G., RETUS, R.: “Perequazione delle pensioni: indici, adeguatezza e discrezionalità del legislatore...op.cit. p.366, questionano il meccanismo e la decisione della Corte, per le grandi

rivalutazione affondano le proprie radici, profondamente, in decenni anteriori⁷⁵⁸; con antecedenti ci si riferisce a quelli dell'istituzione giuridica della rivalutazione, non agli antecedenti del nuovo meccanismo introdotto dalla Riforma Amato del 1992. Ai fini di favorire il confronto con il sistema spagnolo, è importante distinguere le ultime tre tappe dell'iter normativo.

All'inizio del decennio del 2000, la disciplina (art. 69, comma 1, della legge 23, dicembre 2000, n. 388) stabiliva una perequazione a scaglioni all'interno del trattamento pensionistico complessivo: l'adeguamento veniva concesso in misura piena al 100% per le pensioni fino a tre volte il trattamento minimo; pari al 90% per le fasce di importo comprese tra tre e cinque volte il trattamento minimo; e 75% per i trattamenti superiori a cinque volte il minimo, parametri che sono stati adeguati man mano⁷⁵⁹.

Con la riforma del decreto legge 201/2011 (art. 24, comma 25) è stato invece disposto per il biennio 2012-2013 il blocco dell'indicizzazione nei confronti delle pensioni che erano di importo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS (le pensioni di importo inferiore sono state invece adeguate pienamente all'inflazione).

Dal 2014, la legge 147/2013, art. 1, comma 483, lettera e), ha introdotto fino al 2016 un sistema di rivalutazione suddiviso in cinque fasce. Per le pensioni d'importo fino a tre volte il trattamento minimo, l'adeguamento avviene in misura piena del 100%; per le pensioni d'importo superiore a quattro volte il trattamento minimo corrisponderà al 95% dell'adeguamento; importo superiore e sino a cinque volte il minimo l'adeguamento corrisponde al 75%; adeguamento che scende al 50% e 45% per i trattamenti pensionistici complessivamente superiori a cinque e sei volte rispettivamente il minimo INPS. Dal 2017, il governo dovrà decidere se introdurre nuove modifiche, o

differenze all'interno della categoria dei pensionati, essendo necessario un altro trattamento per quelli con un più basso livello di spesa per consumi.

⁷⁵⁸ In modo generalizzato, si segnala l'art. 19 legge 153/1969 previsto dapprima solo per il settore privato, è stato progressivamente esteso anche a quello pubblico (legge n. 41 del 1978). LAGALA trova persino degli antecedenti nel Fondo esattoriale del 1958, Fondo autoferrotranvieri del 1961, Fondo imposte di consumo del 1966; Fondo telefonici del 1967. LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà...op.cit.* p. 132

La perequazione automatica, quale strumento di adeguamento delle pensioni al mutato potere di acquisto della moneta, fu disciplinata dalla legge 21 luglio 1965, n. 903 (Avviamento alla riforma e miglioramento dei trattamenti di pensione della previdenza sociale), all'art. 10, con la finalità di fronteggiare la svalutazione che le prestazioni previdenziali subiscono per il loro carattere continuativo.

⁷⁵⁹ L'art. 5, comma 6, del decreto legge 2 luglio 2007, n. 81 (Disposizioni urgenti in materia finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art.1, comma 1, della legge 3 agosto 2007, n. 127, prevede, per il triennio 2008-2010, una perequazione al 100% per le fasce di importo tra tre e cinque volte il trattamento minimo INPS.

in caso contrario, se ritornare alla legge 388/2000, il cui meccanismo di rivalutazione era più generoso per gli assegni superiori a 4 volte il minimo.

In Spagna, con l'approvazione della legge 26/1985 si è introdotto per la prima volta in un testo legale l'obbligazione che le pensioni dovevano rivalutarsi automaticamente all'inizio di ogni anno in base all'indice dei prezzi al consumo previsto⁷⁶⁰, e si sono stabiliti i parametri di periodicità e quantificazione. Tuttavia, si trattava di una rivalutazione selettiva dato che era applicabile solo alle nuove prestazioni maturate per vecchiaia e invalidità e alle prestazioni inferiori al salario minimo, per cui si trattava più di una dichiarazione d'intenzioni che di un'obbligazione, poiché delegava alla discrezionalità del Governo, tenendo in considerazione le possibilità del sistema, il modo e la periodicità delle rivalutazioni così come l'ammontare delle stesse⁷⁶¹.

Seguendo l'undicesima raccomandazione del Patto di Toledo del 1995, sul mantenimento del potere d'acquisto, la legge 24/1997, del 15 luglio, ha riformulato l'art. 48 LGSS (nuovo art. 58 RDLgs 8/2015), generalizzando la formula di rivalutazione automatica delle pensioni in base all'indice dei prezzi al consumo previsto per tutte le pensioni del sistema, così come la rivalutazione propria del limite minimo (non è così per la pensione massima), e ha esteso a tutte le pensioni il meccanismo di compensazione per garantire il mantenimento del potere d'acquisto rispetto al differenziale di rivalutazione, rispetto al mese di novembre dell'esercizio anteriore⁷⁶². Tuttavia, bisogna osservare, negli ultimi anni, la tendenza del Governo a fissare previsioni al ribasso dell'indice, in modo che l'adeguamento si producesse nell'esercizio economico seguente, cosa che supponeva differire una spesa pubblica nel tempo a discapito dei beneficiari⁷⁶³.

Oggi, la Ley 23/2013, che regola il fattore di sostenibilità e l'indice di rivalutazione del sistema pensionistico, seguendo la seconda raccomandazione del Patto

⁷⁶⁰ La regolamentazione sulla rivalutazione delle pensioni del sistema di previdenza sociale trova antecedenti nella legge 24/1972, quando per la prima volta viene riconosciuto esplicitamente l'obbligo di migliorare le pensioni.

⁷⁶¹ DURAN HERAS, A.: "Características de la población y equilibrio financiero del sistema de pensiones", *Investigaciones Económicas (segunda época)*, 1986, vol. 10, n. 1, p. 97.

⁷⁶² PUMAR BELTRAN, N. y REVILLA ESTEVE, E.: "Comentario al art. 48 LGSS", en ALARCÓN CARACUEL, M.R. (dir): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 311. Si possono segnalare, per curiosità, divari puntuali nelle annualità quando l'indice dei prezzi al consumo reale si è rivelato inferiore all'indice previsto (e di conseguenza si è prodotto un aumento del potere d'acquisto, una consolidazione nell'ammontare delle pensioni rispetto agli esercizi): nel 1997 (2,6% di inflazione prevista rispetto al 2% reale) e nel 2009 (2% di inflazione prevista rispetto allo 0,3% reale). In nessuna occasione, si è proceduto allo sconto a causa del palese insuccesso della misura.

⁷⁶³ OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997.

di Toledo del 2011 e il mandato della nona disposizione addizionale del RD-Ley 5/2013, del 15 marzo, per la costituzione di un *Comité de Expertos*, ha previsto una nuova formula della rivalutazione⁷⁶⁴. Il nuovo indice prende in considerazione la situazione finanziaria del sistema, l'evoluzione delle entrate, il numero dei pensionati e l'effetto di sostituzione e differenza tra entrate e spese, conforme a un ciclo economico⁷⁶⁵.

La legge 23/2013, in vigore dal 2014, segnala che in nessun caso il risultato ottenuto potrà dar luogo a un incremento delle pensioni annuale inferiore allo 0,25% né superiore alla variazione percentuale dell'indice dei prezzi al consumo nel periodo annuale anteriore più 0,50%. Tuttavia, non è stato trascurato che la nuova formula di rivalutazione suppone una minore rivalutazione di quella che avrebbe dato luogo con l'impiego del metodo anteriore, che equivale matematicamente a una diminuzione nascosta del potere d'acquisto⁷⁶⁶. Le critiche al nuovo meccanismo si possono raggruppare intorno a tre idee.

In primo luogo, questi fattori che si proponevano per lo studio e la valutazione da parte della Commissione del Patto di Toledo, con lo scopo di ottenere un indice di calcolo della rivalutazione, diverso dall'indice dei prezzi al consumo, includono le

⁷⁶⁴ MINISTERIO DE EMPLEO y SEGURIDAD SOCIAL: *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones*, Madrid, 2013, http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev_anexo/rev_032187.pdf.

Il rapporto raccoglie due fattori: il fattore di equità intergenerazionale (FEI) delle nuove pensioni di vecchiaia e il fattore di rivalutazione annuale (FRA) di tutte le pensioni. Il primo è inteso come la relazione tra la speranza di vita di quelli che già sono entrati nel sistema con un'età determinata in un momento precedente, e la speranza di vita dei nuovi pensionati che entrano con la stessa età ma in un momento successivo. Si cerca di riservare lo stesso trattamento a tutte le persone che per motivi di aumento della speranza di vita ricevono pensioni per un numero di anni distinti. Quest'applicazione è prevista per il 2019. Il secondo è inteso nella relazione tra spese ed entrate del sistema in cifre di un insieme di anni che comprendano la totalità di un ciclo economico e permettano in caso di squilibrio, la correzione in diversi anni. Chiaramente, solo il primo indice risponde allo sviluppo del mandato contenuto nella legge 27/2011. Al riguardo MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?", *Revista de Derecho Social*, 2013, n. 62, p. 234. Sul secondo fattore, il FRA, non era previsto nella legge 27/2011 [in realtà la trentaduesima disposizione annuale parlava di misure necessarie per realizzare il recupero del potere d'acquisto perso], e neanche la legge 2/2011 sulla stabilità e sostenibilità finanziaria, e tuttavia, la proposta coinvolgerebbe tutte le pensioni, sostituendo l'attuale rivalutazione basata nell'IPC. Al riguardo, REDONDO RINCON, M.G.: "El nuevo índice de revalorización de las pensiones de la Seguridad Social y su impacto en el bienestar de los pensionistas" su www.laboral-social.com.

⁷⁶⁵ CEA AYALA, A.: "EL nuevo modelo de revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad social", *Diario la Ley*, n. 8253, 2014, p. 8.

⁷⁶⁶ RUESGA BENITO, S.M.: "En recuerdo de los trabajos del Comité de Expertos para la elaboración del factor de sostenibilidad de las pensiones públicas. La visión de un Experto perplejo, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, p.65; TOSCANI GIMENEZ, D.: "La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre y su constitucionalidad", en *Relaciones Laborales*, n.2, 2014, p. 98.

entrate e le spese delle integrazioni al minimo che in realtà non dovrebbero includersi nei bilanci della Sicurezza sociale avendo separato le fonti di finanziamento ed essendo finanziate da imposte⁷⁶⁷. Inoltre, il resto delle variabili non sono né innovative né le uniche possibili: l'art. 58.2 LGSS già considerava insieme ad altri concetti per l'aggiornamento del resto delle pensioni, l'aumento medio dei salari, l'evoluzione generale dell'economia e le possibilità economiche del sistema di Sicurezza sociale; ma questi non sono mai stati applicati considerando che l'unico modo per mantenere il potere d'acquisto delle pensioni era attraverso l'indice dei prezzi al consumo, poiché è l'unico indice di generale accettazione che è stato formulato per misurare l'evoluzione dei prezzi.

In secondo luogo, si comprende che mantenere la pensione di vecchiaia senza le condizioni necessarie di adeguatezza e aggiornamento periodico ai fini di garantire la sufficienza economica snaturalizzerebbe l'essenza della Sicurezza sociale, alterando una delle sue caratteristiche strutturali e contravvenendo direttamente al mandato degli artt. 41 e 50 CS⁷⁶⁸.

In terzo luogo, perché in termini monetari, la Tesoreria della Sicurezza sociale continuerà a riscuotere contributi sociali basati in salari in euro, per cui in caso di nuova inflazione e aumento di salari, l'incasso aumenterà⁷⁶⁹. Tuttavia, avendo svincolato le spese dell'inflazione, se questa aumenta, lo Stato riscuoterà un'*imposta inflazionista*⁷⁷⁰.

In sintesi, sui meccanismi perequativi di entrambi i Paesi si può segnalare che la differenziazione italiana a scaglioni si ispira a criteri di progressività, misurati sui valori costituzionali della proporzionalità e dell'adeguatezza dei trattamenti di quiescenza, mentre in Spagna, tale misura non è presente data l'esistenza della pensione massima. In qualsiasi caso, entrambi hanno stabilito un minimo salvaguardato esente da congelamento. L'intervento di entrambi i Paesi per gli esercizi 2012 e 2013 è stato

⁷⁶⁷ TOSCANI GIMENEZ, D.: "La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013...*op. cit.*, p. 98.

⁷⁶⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.E.: "El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad", *Relaciones Laborales*, 2014, n.5, p. 18.

⁷⁶⁹ MARASCO, F.: "Considerazioni sull'atteggiamento dei giudici costituzionali circa i rapporti tra interessi individuali e interessi collettivi nella previdenza sociale", *Argomenti di diritto del Lavoro*, n. 4, 2015, p. 906, «l'istituto della perequazione sembra aver definitivamente dismesso la funzione di garantire il potere di acquisto dei trattamenti pensionistici per assumere sempre più la natura di trattamento accessorio»

⁷⁷⁰ Curiosamente, questa sarà una delle impostazioni che motiverà la questione d'incostituzionalità in Italia.

motivato da criteri di adeguamento di spesa pubblica⁷⁷¹, con impostazioni giuridiche nazionali simili (non identiche) e con sorte diversa secondo il proprio esame costituzionale.

4.3.3. La prova costituzionale sul congelamento della rivalutazione delle pensioni nel 2012: valida per la Corte spagnola, rifiutata dalla Corte italiana

In Italia, l'articolo 24, comma 25 del decreto legge 201/2011, ha escluso per il biennio 2012-2013, l'indicizzazione all'inflazione dei trattamenti pensionistici superiori a tre volte il trattamento minimo (il blocco integrale della perequazione opera, quindi, per le pensioni di importo superiore a euro 1.217,00 netti). In Spagna, l'art. 2 del RDL 28/2012, del 30 novembre, ha sospeso per l'esercizio 2013, la rivalutazione delle pensioni, in applicazione di quanto previsto dall'art. 48.1.1 LGSS, (versione RDLgs 1/1994) prevista all'1% secondo l'art. 42 LPGE 2012; e allo stesso tempo, non è stato applicato, per quello stesso 2012, l'aggiornamento compensatorio per la deviazione non prevista dall'indice dei prezzi al consumo nei termini contemplati dall'antico art. 48.1.2 LGSS (versione RDLgs 1/1994).

Tuttavia, in entrambi i lati del mediterraneo ci si affidava già ad esperienze precedenti in materia di congelamento di pensioni⁷⁷². In precedenza, in Italia, l'art. 1,

⁷⁷¹ COM (2011) 815 final: Communication from the Commission. Annual Growth Survey 2012; COUNCIL RECOMMENDATION of 10 July 2012 on the National Reform Programme 2012 of Italy and delivering a Council opinion on the Stability Programme of Italy, 2012-2015. OJ C 219, 24.7.2012, p. 46-49; COUNCIL RECOMMENDATION of 10 July 2012 on the National Reform Programme 2012 of Spain and delivering a Council opinion on the Stability Programme for Spain, 2012-2015, OJ C 219, 24.7.2012, p. 81-84.

⁷⁷² Negli ultimi due decenni, la rivalutazione delle pensioni italiane è stata bloccata o contenuta nelle seguenti occasioni:

- 1992-1994: l'art. 2, comma 1, legge 438/1992, per la quale si convalida il decreto legge 384/1992, inizialmente ha cancellato la rivalutazione per il 1993; successivamente l'art. 11, comma 5 legge 537/1993 l'ha ristabilita in misura meno gravosa per il 1994;
- 1998: l'art. 59, comma 13, legge 449/1997 Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica, sospende la perequazione per le pensioni di importi oltre 5 volte il minimo INPS.
- 1999-2000: l'art. 59, comma 13, legge 449/1997, le pensioni di importo tra 5 e 8 volte il minimo INPS unicamente saranno rivalorizzate un 30%. A partire dall'importo superiore a 8 volte il minimo INPS nessun incremento.
- 2001: l'art. 69, comma 1, legge 388/2000, per le pensioni fino a 3 volte il minimo INPS una rivalutazione automatica del 100%; per le pensioni tra 3 e 5 volte il minimo INPS una rivalutazione del 90%; a partire da 5 volte il minimo INPS si incrementeranno del 75%.
- 2008: l'art. 1, comma 19, l. 247/2007, Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale, la perequazione non è stata applicata unicamente per pensioni di importo oltre 8 volte il minimo INPS nessun incremento.
- 2008-2010: l'art. 5, comma 6, legge 127/2007, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 2 luglio 2007, n. 81, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, ha disposto fino a 3

comma 19, della legge n. 247 del 2007, disponeva il blocco della perequazione automatica del 2008, per le sole pensioni con importo superiore a otto volte il trattamento minimo INPS e con lo scopo dichiarato di contribuire al finanziamento solidale degli interventi sulle pensioni di anzianità, contestualmente adottati con l'art. 1, commi 1 e 2, della legge, tenendo presente l'approvazione della Corte Costituzionale nella sentenza n. 314 del 2010⁷⁷³.

In Spagna, il congelamento della vera e propria rivalutazione, corrispondente all'esercizio 2011, era stata sospesa per mezzo del RD-Ley, del 20 maggio, eccetto per le pensioni minime, le pensioni non contributive e le pensioni SOVI (ex-assicurazione obbligatoria per la vecchiaia e l'invalidità) non coincidenti. Tuttavia, la Corte Costituzionale non si è pronunciata, dato che, come segnala il ricorso di incostituzionalità che ha dato luogo alla pronuncia, non sono comparabili; mentre la norma del 2010 è dettata per ottenere effetti in vista del futuro, la prima lo fa sul passato

volte il trattamento minimo INPS una rivalutazione del 100%. Tra 3 e 5 volte il minimo INPS, prima si prevedeva una rivalutazione al 90%, ma dopo è stata aumentata ugualmente al 100%. In Spagna dall'entrata in vigore della legge del 31 luglio 1997, per il consolidamento e la razionalizzazione del sistema di previdenza sociale, le pensioni sono state rivalutate all'inizio di ogni anno, in base al corrispondente indice dei prezzi al consumo previsto per tale periodo. In modo che nell'intervallo di 25 anni (1997-2010), le pensioni sono state puntualmente rivalutate. A partire da quella data:

- 2010: il RD 2007/2009, del 23 dicembre, ha fissato con carattere generale una rivalutazione dell'1%, seguendo le regole stabilite nella legge del bilancio generale dello Stato 26/2009, del 23 dicembre, per il 2010. Come si segnala in questa norma, questo principio generale presenta delle eccezioni per le pensioni minime, con incrementi del 4,87% e del 2% secondo i casi. Allo stesso modo, sono state rivalorizzate le pensioni delle *Clases Pasivas* con il *Real Decreto* 2005/2009, del 23 dicembre.
- 2011: l'art. 4 del RD-Ley 8/2010, del 20 maggio, per cui si adottano misure straordinarie per la riduzione del deficit pubblico, sospende in modo eccezionale per l'esercizio del 2011 la rivalutazione delle pensioni della previdenza sociale nella modalità contributiva, a eccezione delle pensioni minime di tale sistema e delle pensioni non coincidenti facenti parte dell'estinta assicurazione obbligatoria di vecchiaia e invalidità. Allo stesso modo, la legge del bilancio generale dello Stato per il 2011, legge 39/2010, del 22 dicembre, ha raccolto la non applicazione della rivalutazione delle pensioni del sistema in quell'anno.
- 2012: l'art. 5 RD-Ley 20/2011, sulle misure urgenti in materia di tributaria, finanziaria e di bilancio per la correzione del deficit pubblico, è aumentata del 2% che radica il sistema di previdenza sociale nella sua modalità contributiva così come per le *Clases Pasivas* dello Stato. Tuttavia, posteriormente, l'art. 2 del RD-Ley 28/2012 del 30 novembre, ha lasciato senza effetto l'aggiornamento previsto.
- 2013: il RDL 28/2012, del 30 novembre, art. comma 2, sospende anche per l'anno 2013 la rivalutazione prevista nel comma 1.1 dell'art. 48 del testo rifuso della legge per la previdenza sociale e nel primo paragrafo del comma 1 dell'art. 27 del testo rifuso della legge per le *Clases Pasivas* dello Stato. In seguito, la seconda disposizione annuale di questa norma che ha come enunciato «aumento di pensioni», determina che a carattere generale «le pensioni abbonate dal sistema di previdenza sociale, così come quelle delle *Clases Pasivas*, si incrementeranno nel 2013 dell'1%, come fa riferimento l'ammontare stabilito legalmente al 31 dicembre 2012. Tuttavia, quest'incremento sarà del 2% per «tutte quelle pensioni che non superino i 1.000 euro mensili o i 14.000 euro annuali».

⁷⁷³ GAMBACCIANI, M.: "Blocco della perequazione automatica delle pensioni di importo più elevato e sospetti di illegittimità costituzionale", *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2009, n. 3, p. 819-829; CRO, P.: "Anche i ricchi piangono. Per le pensioni di importo più elevato la perequazione annuale non è costituzionalmente necessitata", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2011, II, p. 438.

e, di conseguenza, con ripercussioni negative in termini di retroattività, aspetto che verrà analizzato in seguito. In qualsiasi caso, si osserva una poverissima rivalutazione in questi anni.

Alla fine, la questione è stata affrontata da entrambe le Corti Costituzionali che hanno dovuto pronunciarsi su queste misure, dando luogo a diverse sentenze e, di conseguenza, a differenti risposte della società civile. Nel caso italiano, la sentenza della Corte Costituzionale n. 70 del 2015 ha dichiarato l'incostituzionalità della misura⁷⁷⁴, mentre nel caso spagnolo, la sentenza della Corte Costituzione 49/2015, del 5 marzo, ha rifiutato la stessa. Bisogna adesso analizzare e confrontare entrambe le pronunce.

Le impostazioni della questione di legittimità costituzionale italiana si basavano da un lato sulla violazione degli artt. 3, 36 comma 1, e 38 comma 2 CI, in quanto la mancata rivalutazione, violando i principi di proporzionalità e adeguatezza della prestazione previdenziale, contrasterebbe con il principio di eguaglianza e ragionevolezza⁷⁷⁵, causando un'irrazionale discriminazione a danno della categoria dei pensionati: dall'altro lato, sulla violazione degli artt. 2, 23 e 53 CI; di conseguenza gli effetti esattoriali della misura adottata si configurerebbero quale prestazione di natura sostanzialmente tributaria e, quindi, una violazione del principio dell'universalità dell'imposizione a parità di capacità contributiva, posta a carico di una sola categoria di contribuenti.

Le impostazioni del ricorso spagnolo si basavano sulla contraddizione del precetto impugnato con il diritto alla percezione di una pensione periodica e aggiornata secondo l'art. 50 CS, vincolata alle previsioni che, in materia di divieto di retroattività delle norme restrittive di diritti, stabilisce l'art. 9.3 CS; fermo restando che, una volta dettata la norma restrittiva, già si materializzava la situazione che concede ai pensionati il diritto di rivalutazione conforme all'art. 48 LGSS (versione RDLgs 1/1994, nuovo art. 58 LGSS RDLgs 8/2015), includendosi nel patrimonio, e pertanto, oggetto di espropriazione senza giusta causa, proibita dall'art. 33 CS e senza il corrispondente indennizzo previsto nello stesso articolo.

⁷⁷⁴ Il Governo è intervenuto con il Decreto legge 65/2015. Tuttavia, questo decreto garantisce una rivalutazione parziale e retroattiva.

⁷⁷⁵ Sul principio di ragionevolezza nella perequazione Vid. PIZOFERRATO, A.: "Perequazione pensionistica e controllo di ragionevolezza della norma interpretativa", *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008, n. 1, II, p. 187

Conoscendo il caso, la Corte italiana, a favore della sua giurisprudenza⁷⁷⁶, in primo luogo sostiene che la mancata perequazione automatica del trattamento pensionistico sia una prestazione patrimoniale di natura tributaria, dal momento che la mancata rivalutazione non dà luogo ad una prestazione patrimoniale imposta, realizzata attraverso un atto autoritario di carattere ablatorio e destinato a reperire risorse per l'erario. Inoltre, considera che non riveste natura tributaria, in quanto non prevede una decurtazione o un prelievo a carico del titolare di un trattamento pensionistico, neppure in via indiretta, la disposizione non fornisce una copertura a pubbliche spese, ma determina esclusivamente un risparmio di spesa.

Tuttavia, e per quanto riguarda i nostri sforzi, si considera fondata la questione con riferimento agli artt. 3, 36, comma 1, e 38, comma 2 CI. A tale effetto, riconosce che non è la prima volta che il legislatore adotta misure di questo calibro, e dopo una ricostruzione dell'evoluzione normativa dell'istituzione, si sofferma nel suo ultimo verdetto relativo a questa materia, la sentenza 316/2010, in cui non si era ritenuto incostituzionale l'azzeramento temporaneo della rivalutazione ai trattamenti superiori a otto volte il minimo INPS contemplata dalla art. 1, comma 19, legge n. 247 del 2007. Sinceramente, dalla sua pubblicazione, questa finalità solidaristica già sembrava contenere un monito per il futuro⁷⁷⁷. Tanto è che nella propria sentenza 70/2015 si fa riferimento alla sentenza n. 316 del 2010, che si costituisce come guida al legislatore ricordandogli che lui stesso l'aveva eluso. Tuttavia, secondo alcuni, il rinvio alla pronuncia del 2010, come argomento a sostegno dell'incostituzionalità della norma, desta qualche perplessità⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ Secondo le sentenze n. 219 e n. 154 del 2014 sono tre gli elementi della fattispecie tributaria: la disciplina legale deve essere diretta, in via prevalente, a procurare una (definitiva) decurtazione patrimoniale a carico del soggetto passivo; la decurtazione non deve integrare una modifica di un rapporto sinallagmatico; le risorse, connesse ad un presupposto economicamente rilevante e derivanti dalla suddetta decurtazione, devono essere destinate a sovvenire pubbliche spese. Inoltre, un tributo consiste in un «prelievo coattivo che è finalizzato al concorso alle pubbliche spese ed è posto a carico di un soggetto passivo in base ad uno specifico indice di capacità contributiva» (sentenza n. 102 del 2008). Tale indice deve esprimere l'idoneità di ciascun soggetto all'obbligazione tributaria (fra le prime, sentenze n. 91 del 1972, n. 97 del 1968, n. 89 del 1966, n. 16 del 1965 e n. 45 del 1964). Quindi il comma 25 dell'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011, come convertito, che dispone per un biennio il blocco del meccanismo di rivalutazione dei trattamenti pensionistici superiori a tre volte il trattamento minimo INPS, non riveste natura tributaria, in quanto non prevede una decurtazione o un prelievo a carico del titolare di un trattamento pensionistico.

⁷⁷⁷ PESSI, A.: "Perequazione automatica delle pensioni medio-alte e discrezionalità del legislatore: il difficile tema del bilanciamento tra istanze di solidarietà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale", *Diritto del Lavoro*, 2011, p. 880.

⁷⁷⁸ LIETO, S.: "Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015", <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/05/lieto-sent.70-2015.pdf>

Secondo la Corte, la norma oggetto di censura si discosta in modo significativo dalla regolamentazione precedente⁷⁷⁹, per introdurre una durata del doppio del tempo e per incidere sui trattamenti pensionistici di importo meno elevato. La misura precedente garantiva «margini di resistenza all'erosione determinata dal fenomeno inflattivo», non contraddiceva il principio di eguaglianza, poiché realizzava «un trattamento differenziato di situazioni obiettivamente diverse rispetto a quelle, non incise dalla norma impugnata, dei titolari di pensioni più modeste», e superava le censure di palese irragionevolezza per quanto «le esigenze di bilancio, affiancate al dovere di solidarietà, hanno fornito una giustificazione ragionevole alla soppressione della rivalutazione automatica annuale per i trattamenti di importo otto volte superiore al trattamento minimo INPS, “di sicura rilevanza”, secondo questa Corte, e, quindi, meno esposte al rischio di inflazione».

Ricordava, inoltre, che la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo (ovvero la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo) «esporrebbero il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità», poiché risulterebbe incrinata la principale finalità di tutela, insita nel meccanismo della perequazione, quella che prevede una difesa modulare del potere d'acquisto delle pensioni.

Detto questo, e considerando la proporzionalità e l'adeguatezza del trattamento pensionistico, la sentenza 70/2015 censura il decreto legge n. 201 del 2011 per superare i limiti di ragionevolezza e proporzionalità⁷⁸⁰, con conseguente pregiudizio per

Non è molto chiara la ragione del parallelismo; si tratta, infatti, di due ipotesi diverse che, non a caso, hanno determinato decisioni diverse.

⁷⁷⁹ E anche successiva, per il triennio 2014-2016, il legislatore ha previsto una rimodulazione nell'applicazione della percentuale di perequazione automatica sul complesso dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo di cui all'art. 34, comma 1, della legge n. 448 del 1998, con l'azzeramento per le sole fasce di importo superiore a sei volte il trattamento minimo INPS e per il solo anno 2014. Rispetto al disegno di legge originario le percentuali sono state, peraltro, parzialmente modificate.

⁷⁸⁰ LIETO, S.: “Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015”, op.cit. continua con le critiche:

«Quali siano questi limiti e cosa debba intendersi per fasce deboli sarebbe forse importante poterlo definire con maggiore precisione, attraverso indicazioni più puntuali piuttosto che attraverso criteri a volte un po' troppo sfuggenti. Criteri che, del resto, proprio nel caso all'esame della Corte, si rendono ancora più incerti, tenuto conto che la norma rimossa non riguarda affatto quelle che, senza dubbio, possono essere intese come fasce deboli, ossia le primissime file del trattamento pensionistico (quelle - per intenderci - comprese entro i 1.217,00 euro netti mensili), ma quelle di importo superiore. Lungi dal non voler considerare che, prima di poter parlare di importi medio alti (anche in questo caso potendosi riscontrare sempre e comunque elementi di opinabilità), esiste una gamma differenziata nel trattamento pensionistico, che probabilmente la norma censurata avrebbe dovuto considerare, modulando di

l'interesse dei pensionati e la conservazione del potere di acquisto da cui deriva in modo consequenziale il diritto a una prestazione previdenziale adeguata, *«risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio. Risultano, dunque, intaccati i diritti fondamentali connessi al rapporto previdenziale, fondati su inequivocabili parametri costituzionali: la proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita (art. 36, primo comma, Cost.) e l'adeguatezza (art. 38, secondo comma, Cost.). Quest'ultimo è da intendersi quale espressione certa, anche se non esplicita, del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e al contempo attuazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.»*.

Per la Corte Costituzionale spagnola, al contrario, nessuna delle due impostazioni alle quali avrebbe dovuto rispondere sono state valide. Rifiuta che la norma in questione sia incorsa in un'ipotesi di retroattività restrittiva «di diritti individuali» proibita dall'art. 9.3 CS, poiché lo stesso si riferisce esclusivamente alle norme sanzionatrici e restrittive di diritti fondamentali e delle libertà pubbliche (dal titolo I della Costituzione), ovvero, di «veri» diritti consolidati; l'art. 48 LGSS, secondo la Corte Costituzionale, non genera tali diritti, poiché la funzione dell'articolo è unicamente quella di prevedere un'aspettativa di diritto a favore dei pensionati; in questo senso, la Corte Costituzionale precisa che *«all'epoca della promulgazione del RD-Ley 28/2012, i pensionati avevano solamente una mera aspettativa di ricevere la differenza tra l'indice dei prezzi al consumo reale e l'indice dei prezzi al consumo previsto, aspettativa che dovendo essere concretata dalla legge per il bilancio generale dello Stato in ogni esercizio, per l'anno 2012 è stata annullata poiché è stata sospesa prima della sua consolidazione»*; considerando tale precisazione nella legge finanziaria un margine di attuazione concesso al legislatore con riguardo alla congiuntura economica esistente, *«non è, pertanto, un mero rimando agli effetti per i quali questa legge abilita la corrispondente partita della spesa di bilancio, ma suppone il riconoscimento al legislatore di un margine di discrezionalità nel momento in cui concreta l'eventuale*

conseguenza l'incidenza della sospensione del meccanismo perequativo, l'argomento delle fasce deboli proposto dalla Corte e quello fondato sul precedente della n. 316 non sembrano però del tutto pertinenti rispetto al contenuto della norma dichiarata incostituzionale».

Para CINELLI, M.: "Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte (Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70)", *Revista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2015, p.

«La sentenza non dà per preclusi alla discrezionale iniziativa di quest'ultimo ipotetici, ulteriori interventi di blocco della perequazione automatica; né le espressioni da essa utilizzate evidenziano ambizioni di frapporre specifici ostacoli ad una diversa regolamentazione (ovviamente, da graduare secondo razionalità) della medesima materia».

aggiornamento della rivalutazione in base alle circostanze economiche e sociali in ogni momento esistenti, tutto ciò con la finalità di assicurare la sufficienza e solvenza del sistema di Sicurezza sociale».

Tenendo conto di questa logica, si respinge l'infrazione dell'art. 33.3 CS, poiché «*sono solo espropriabili e, pertanto, indennizzabili, la privazione di beni e diritti, o persino interessi patrimoniali legittimi anche non garantiti come diritti soggettivi (per esempio, le situazioni precarie); ma in nessun caso lo sono le aspettative*», tanto più valutando che «*la dottrina giuridica e la giurisprudenza considerano, quasi all'unanimità, solamente indennizzabili le privazioni di diritti certi, effettivi e attuali, ma non eventuali o futuri*».

Questo ragionamento non è stato condiviso da una parte dei magistrati che hanno fatto presente la loro discrepanza in un *voto particular*. Comincia con la critica nei confronti dell'indifferenza con cui la sentenza tratta un diritto sociale riconosciuto costituzionalmente che, «*anche se non ci sono dettagli precisi nel testo costituzionale sul raggiungimento ed estensione, ha già avuto un concreto sviluppo che in un determinato momento vuole essere abolito*», e che, sebbene sia certo che le circostanze possono essere diverse, «*potranno anche cambiare le norme, non in qualsiasi modo, ma con totale giustificazione, valutando i criteri di preferenza nell'imposizione della restrizione*».

Secondo questi magistrati, la Corte Costituzionale spagnola si sbaglia poiché confonde situazioni giuridiche diverse.

Il momento di maturazione non si consoliderebbe al 31 dicembre di ogni esercizio, ma, tenendo conto degli artt. 48.1.2 LGSS e 27.1 LCPE (legge delle *clases pasivas* dello Stato)⁷⁸¹, ha data incerta ma compresa nel primo trimestre di ogni anno.

Il periodo di calcolo per conoscere la concreta evoluzione dell'indice dei prezzi al consumo e poter fissare la differenza tra l'indice previsto e quello reale (tra novembre dell'esercizio anteriore e novembre dell'esercizio economico al quale si riferisce la rivalutazione) è identificato dalla sentenza come «*una mera regola di calcolo per ragioni finanziarie*». Affermazioni che rilevano la divergenza, poiché secondo i magistrati, non si tratta di una mera regola a carattere strumentale, né la sua capacità

⁷⁸¹ «*Ai pensionati le cui pensioni si sarebbero maturate o rivalutate nell'esercizio anteriore, gli si abbonerà la differenza in un pagamento unico, prima del 1° aprile dell'esercizio posteriore*».

normativa si esaurisce nell'ambito finanziario. Ma «il periodo di calcolo esercita una funzione sostantiva di primo ordine, poiché circoscrive la sequenza temporale, all'interno della quale si procede, alla concretizzazione dell'indice reale che articola il mantenimento del potere d'acquisto delle pensioni. Una volta rivalutate le pensioni all'inizio di ogni esercizio economico conforme all'indice previsto, il mantenimento implica l'aggiornamento delle pensioni già rivalutate in una quantità equivalente al differenziale tra l'indice previsto e quello reale, fissato durante detto periodo di calcolo».

Inoltre, il tenore letterale del precetto, «*si annulla per l'esercizio 2012 l'aggiornamento delle pensioni nei termini previsti*», non suscita dubbi sul senso che si deve attribuire alla norma combattuta. Di conseguenza, l'art. 2.1 della disposizione impugnata è una norma che danneggia la proibizione di retroattività ex art. 9.3 CS.

Su entrambe le sentenze e, dal loro confronto, si possono estrarre una serie di valutazioni comuni.

1) In primo luogo, conviene fare una riflessione sulla rivalutazione delle pensioni come aspettativa di diritto o diritto acquisito. È necessario avvertire che le normative impugnate affrontano il congelamento delle pensioni da una prospettiva diseguale. La norma italiana, come il «primo congelamento» spagnolo del 2011, si origina da una norma *ad futurum*, situazione, quanto meno discussa con la norma spagnola del 2012. Non si può neanche perdere di vista, come propriamente ricorda la sentenza italiana, che ogni eventuale perdita del potere di acquisto del trattamento, anche se limitata a periodi brevi, è, per natura, definitiva, dato che le successive rivalutazioni saranno calcolate sull'ultimo importo nominale e non sul valore reale originario.

In Spagna, sia la sentenza sia il *voto particular* riconoscono che la rivalutazione non costituisce in se stessa un diritto acquisito. La sentenza afferma che il RDL 28/2012 non ha supposto l'espropriazione di diritti patrimoniali consolidati; ciò avrebbe privato «*i pensionati di un'aspettativa ma non di un diritto attuale consolidato, pertanto, tale privazione non espropria*».

In Italia, invece, si devono precisare dette affermazioni; la norma commentata causa un pregiudizio per il potere d'acquisto con «*irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione*

della propria attività (sentenza n. 349 del 1985)». Tuttavia, la perequazione, intesa come garanzia del mantenimento del livello di vita, e quindi del concetto dell'adeguatezza, è immersa all'interno della proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita, anteriormente esaminato e, pertanto, sottomesso a questi parametri.

2) In secondo luogo, sul margine di discrezionalità concesso al legislatore, anche le posizioni degli interpreti supremi delle due norme fondamentali divergono. In Italia, il margine è censurato, così, la sentenza n. 316 del 2010 aveva posto in evidenza la discrezionalità di cui gode il legislatore⁷⁸² nell'osservare il principio costituzionale di proporzionalità e adeguatezza delle pensioni. La responsabilità del legislatore è stata quella di non chiarire adeguatamente l'intento macroeconomico dell'operazione, ancorandola ad un problema contingente, ciò che ha, appunto, indotto la Corte ad individuare una contraddittorietà tra le finalità e lo strumento utilizzato⁷⁸³.

Tuttavia, in Spagna si amplifica; come è evidente il *voto particular*, la sentenza 49/2015 attribuisce una nuova funzione alla legge di bilancio generale dello Stato, ovvero quella di convertire le semplici aspettative di diritti in diritti acquisiti.

Il *voto particular* sostiene che «*il ragionamento disposto dalla sentenza per consolidare il verdetto che rifiuta il ricorso, può provocare degli effetti devastanti per l'acquisizione dei diritti delle persone (...) davanti a situazioni sottoposte a leggi di bilancio(...). Questi effetti potenziali hanno origine nel valore giuridico conferito alle remissioni di leggi sostantive alla legislazione finanziaria (...). Che ne rimanga la prova del rischio che implica questa sentenza e anche della nostra intensa inquietudine di fronte all'eventuale materialità di questo rischio*».

3) In terzo luogo, in relazione ai conti pubblici, entrambe le Corti Costituzionali ricordano la propria dottrina sulla ponderazione delle misure rispetto alle disponibilità economiche del sistema. La dottrina italiana si riflette nella sentenza n. 226 del 1993 «*su questo terreno si deve esercitare il legislatore nel proporre un corretto bilanciamento, ogniqualvolta si profili l'esigenza di un risparmio di spesa, nel rispetto*

⁷⁸² CAVATERRA, R. e MARONGIU, N.: "Sentenza Corte Costituzionale n. 70 del 10 marzo 2015. La Corte ha dichiarato incostituzionale il blocco della perequazione automatica per le pensioni superiori a tre volte il trattamento minimo INPS", comunicato dell'Area contrattazione sociale della CGIL www.cgil.it/Archivio/Welfare/politicheprevidenziali%5CnotaCGILsentenzaCorteCostituzionale70del%202015.pdf

⁷⁸³ PROSPERETTI, G.: "Alla ricerca di una *ratio* del sistem apensionistico italiano (nota Sentenza C. Cost. n. 70/2015)", *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2015, n.6, pp.419-421.

di un ineludibile vincolo di scopo «al fine di evitare che esso possa pervenire a valori critici, tali che potrebbero rendere inevitabile l'intervento correttivo della Corte».

La sentenza spagnola, così come il suo *voto particular*, ricordano la giurisprudenza già esaminata dalla sentenza C. cost. 134/1987, del 21 luglio: *«il concetto di pensione adeguata dell'art. 50 CS non può essere esaminato in maniera isolata, tenendo conto di ogni singola pensione, ma si deve considerare il sistema di pensioni nel suo insieme, senza prescindere dalle circostanze sociali ed economiche di ogni momento e senza dimenticare che si tratta di amministrare mezzi economici limitati per un gran numero di necessità sociali».*

In applicazione a questo caso concreto, la Corte Costituzionale italiana considera che la disposizione riguardante l'azzeramento del meccanismo perequativo, contenuta nel comma 24 dell'art. 25 del decreto legge 201 del 2011, come convertito, *«si limita a richiamare genericamente la «contingente situazione finanziaria», senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi».*

Al contrario per la Corte Costituzionale spagnola, *«non si può escludere, quindi, che il legislatore, valutando l'importanza relativa delle situazioni di necessità da soddisfare, regoli, con riguardo alle circostanze indicate, il livello e le condizioni delle prestazioni da erogare o le modifiche per adattarle alle necessità del momento».* E in questo senso, ammette, come causa oggettiva ragionevole, *«l'elevato deficit del sistema della Sicurezza sociale durante l'esercizio del 2012»*, che presentava il Governo, come bilancio di fatto abilitante nell'adozione del *Real Decreto Ley*, e come causa sufficiente per annullare la rivalutazione delle pensioni.

4) Infine, è necessario fare riferimento alle critiche sollevate da entrambe le sentenze. In Italia, alcuni criticano le conseguenze economiche della sentenza⁷⁸⁴, e il dilemma al quale è stato sottoposto il Governo: ricorrere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea o accettare la sentenza. Quest'ultima è stata la via scelta.

Altri commenti la sentenza che ha ricevuto si focalizzano sulla valutazione di quali margini permangono per il raggiungimento di un progetto di eguaglianza sostanziale di tipo non solo intragenerazionale (tra gli attuali pensionati), ma

⁷⁸⁴ MORANDO, E.: "La sentenza n.70 del 2015 sulle pensioni", *Federealismi.it*, n.10, 2015, p. 6.

piuttosto a valenza intergenerazionale⁷⁸⁵, o al contrario, si chiedono quale è il punto di vista della Corte nella difficile e per nulla scontata questione relativa al bilanciamento tra diritti di prestazione sociale ed equilibrio economico-finanziario, a confronto con la precedente sentenza C. Cost. n. 10/2015 e la considerazione dell'applicazione retroattiva della declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost⁷⁸⁶.

Anche altri ancora criticano che per le pensioni intermedie e le categorie dirigenti in pensione queste garanzie non operano con la stessa fermezza i principi costituzionali di cui agli artt. 36 e 38 della Costituzione, dovendo sopportare alcune volte la mancata o inadeguata indicizzazione, e anche i prelievi come il «contributo di solidarietà».

In Spagna, oltre ai partitari delle posizioni del *voto particular*, c'è chi acutamente segnala che né nella sentenza né nel *voto particular* ci si è soffermati a osservare una circostanza che potesse avere incidenza. La questione è che difficilmente si poteva operare un aggiornamento della rivalutazione quando questa non era stata tale, poiché non ha avuto per l'anno 2012, una rivalutazione conforme all'art. 48.1 LGSS, adatta alla previsione d'incremento dell'indice dei prezzi al consumo (2%?), ma una rivalutazione *sui generis*, solo dell'1%. Una rivalutazione decisa generosamente dal Governo (RDL 20/2011, del 30 dicembre), nel contesto della proroga provvisoria per l'anno 2012 del bilancio generale dello Stato del 2011, che aveva sospeso non più l'aggiornamento della rivalutazione ma la stessa rivalutazione⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ BOZZAO, P.: "L'adeguatezza retributiva delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte Costituzionale", *Fderealismi.it*, n.10, 2015, p. 10.

⁷⁸⁶ MORRONE, A.: "Ragionevolezza a rovescio. L'ingustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale", *Federalismi.it*, n. 10.

⁷⁸⁷ SERRANO VIVERO, J.B.: "Actualización de las pensiones", *Trabajo y Derecho*, n. 5, 2015, p. editorial.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

MODELLI DI SICUREZZA SOCIALE

- I. I diritti della Sicurezza Sociale consacrati in entrambe le Costituzioni presentano numerose affinità, date le origini bismarckiane, i parallelismi durante le tappe fasciste, l'influenza reciproca durante i distinti periodi costituzionali (1931, 1948 y 1978) e l'accoglienza di nuovi approcci di tipo Beveridgeano per ambedue i paesi del Mediterraneo. Ciononostante, l'art. 38 CI e l'art. 41 CE non sono testi pienamente equiparabili. Mentre uno si costituiva alla luce dello Stato del benessere, l'altro lo faceva all'inizio del suo tramonto, perciò all'origine erano previsti per rispondere a idiosincrasie diverse, nonostante le interpretazioni posteriori abbiano raggiunto conclusioni abbastanza simili.-

- II. Mentre, in Italia, diverse correnti dottrinali si sono incentrate a determinare l'esistenza propriamente detta di un modello di Sicurezza Sociale nel quale inserire il diritto, in Spagna, dato il carattere di garanzia istituzionale, gli sforzi sono stati condotti a delimitare tale modello. Il carattere aperto dell'art. 38 CI, e dell'art.41 CE, ha permesso alla dottrina di entrambi i paesi di realizzare diverse letture sulle note distintive ovvero sulle caratteristiche in esse contenute. I diversi punti di vista si possono classificare in tre correnti: una corrente più pro contributiva o previdenziale, un'altra corrente più universalista o assistenzialista, (concettualizzate come tesi unitaria-negativa e tesi dualistica-positiva in Italia, o tesi più flessibile e restrittiva in Spagna) ed infine una terza posizione sempre eclettica.-

- III. E' generalmente condiviso in entrambi i paesi che il legislatore costituente non definisca un modello concreto di Sicurezza Sociale. Pertanto, non esiste alcuna scelta costituzionalmente vincolante per il legislatore ordinario e neppure alcuna limitazione nell'uso di mezzi predeterminati. Tuttavia rimane nel potere di quest'ultimi la

configurazione del sistema, adattandolo alle possibilità finanziarie dello Stato (come il principio di ragionevolezza in Italia). In questo senso, questi articoli possono essere letti e intesi come flessibili: l'art.38 CI per la sua elasticità (sopravvenuta) e l'art.41 CE per la sua ambiguità (premeditata). Da ciò la rilevanza nel parlare di natura mista di entrambi i sistemi.-

- IV. Entrambe le Corti Costituzionali si sono pronunciate ritrattando il nuovo approccio ovvero il «modello di Sicurezza Sociale»; in Italia, realizzando un'interpretazione sistematica degli art.2 e 3 CI che ha permesso l'abbandono del sistema mutualistico e l'introduzione del sistema solidaristico, e, in Spagna, convertendo il sistema espresso dall'art.41 CE in una garanzia istituzionale ed una funzione di Stato.-
- V. Una differenza significativa si trova nell'efficacia giuridica di questo diritto. Mentre in Italia, l'art.38 CI attribuisce ai cittadini un diritto soggettivo perfetto e, cioè, la posizione di soggetto attivo, in Spagna, la configurazione dell'ar.41 CE, come principio rettore, attribuisce al cittadino la mera condizione di soggetto passivo di diritto, essendo lo Stato il vero soggetto della sua enunciazione. Nonostante la configurazione legale dei sistemi, questa differenza nell'efficacia si è fatta palpabile nelle posizioni storiche di entrambe le Corti Costituzionali rispetto alla possibilità o no di controllo di incostituzionalità per omissione. In Italia sebbene è andato a sfumare con il passare degli anni, in Spagna è stato intenzionalmente scartato all'origine della Costituzione del 1978.-

SOGGETTI PROTETTI

- VI. L'idea della Sicurezza Sociale comporta il superamento della considerazione dell'individuo come soggetto assicurato in base alla sua condizione di lavoratore, verso un approccio universalista in base al criterio di cittadinanza. Tra questi due modelli si trovano proprio il sistema italiano e quello spagnolo, i quali non hanno abbandonato

pienamente i meccanismi di assicurazione bensì hanno corretto i principi nei quali si sostanziano. Queste correzioni suppongono altri argomenti a favore del carattere ibrido dei sistemi.-

- VII. Rilevano le precisazioni che entrambi gli ordinamenti hanno realizzato sul principio di professionalità, concedendo copertura sociale attraverso l'estensione o assimilazione ad altre categorie di lavoro, perfino a quelle non produttive propriamente dette. In Spagna, invece, non è stata prevista alcuna estensione della protezione ad altre tipologie di lavoratori sotto forma di assicurazione volontaria. Tuttavia, le eccezioni operate al principio *lex loci laboris*, sono servite a qualificare il territorio piuttosto che al sistema e alle leggi stesse.-
- VIII. Rispetto alle ipotesi di emigrazione di propri lavoratori nazionali, entrambe le Carte Costituzioni hanno previsto una speciale attenzione al fenomeno emigratorio negli artt. 35 co.4 CI e 42 CE, senz'altro perché nel momento delle rispettive emanazioni si trattava di paesi emittenti manodopera. Risulta evidente, e per niente ingenuo, che la formula impiegata dal legislatore costituente spagnolo, a differenza dell'omologo italiano, evita qualunque riferimento al termine migrante, forse, derivato dalla posizione tradizionale che il franchismo aveva rispetto a questo fenomeno.-
- IX. Dal punto di vista soggettivo dei regolamenti comunitari della Sicurezza Sociale sull'immigrazione, la sua incidenza è molto limitata. L'estensione personale non coincide con l'ambito di applicazione dei sistemi di Sicurezza Sociale degli Stati Membri, essendo la configurazione di ogni medesimo sistema di competenza della sovranità nazionale. Pertanto, il compito-lavoro dell'Unione Europea sarà ristretto unicamente a salvaguardare i diritti acquisiti ed in corso di acquisizione del lavoratore migrante.-

- X. Dal punto di vista dell'emigrazione extracomunitaria, entrambi i paesi hanno stabilito accordi bilaterali per garantire l'applicazione della normativa ai cittadini. Sussidiariamente, entrambi gli ordinamenti hanno previsto qualche altro tipo di meccanismo in caso di assenza di tali accordi. E' opportuno ricordare che la relazione tra Italia e Spagna in materia di Sicurezza Sociale, previa all'adesione della Spagna alla Comunità Europea nel 1986, si dirigeva in virtù di questo tipo di accordi internazionali (1956 y 1979). La maggioranza delle Convenzioni bilaterali sono state firmate dall'Italia e dalla Spagna rispetto agli Stati comuni. Il resto degli accordi risponde alla logica delle relazioni sociopolitiche e economiche di ogni nazione. Entrambi i paesi si collocano in cima per l'uso di questi trattati, per cui soddisfano la recente comunicazione della Commissione Europea di promuovere la cooperazione tra gli Stati membri e i terzi paesi nell'ambito della Sicurezza Sociale. Nonostante le analogie dei contenuti, non tutti gli accordi bilaterali sottoscritti dallo Stato italiano e dallo Stato spagnolo hanno la stessa misura personale né materiale.

Riguardo l'ambito concreto di applicazione personale degli Accordi bilaterali, le figure principali da definire sono quelle di lavoratore e di membro familiare. La prima definizione si è realizzata in modo più generico nel caso italiano. La seconda, salvo omissioni espresse di alcuni accordi, si fa solitamente ricorrere alla legislazione nazionale di ogni Stato per definire i beneficiari e/o le proprie famiglie. Alcuni accordi proteggono solamente i cittadini dei due paesi firmatari che sviluppano la loro attività professionale nel territorio dell'altro Stato; al contrario, come criterio decisivo altri accordi svincolano la nazionalità dei loro lavoratori. Altro gruppo di accordi, invece, si estendono ai familiari che beneficiano di un lavoratore e che non posseggono nessuna nazionalità degli Stati contrattanti. Infine, c'è chi fa valere una nozione di apolide, rifugiato e familiare. A livello comunitario, fondamentali sono gli accordi euromediterranei, tra l'Unione Europea, i suoi Stati membri ed i paesi dell'area mediterranea, come il Marocco, Tunisia, Algeria e la Turchia.

In modo particolare, la Spagna prende parte, inoltre, degli Accordi Multilaterali Ibero Americano. In questo senso, eclatante sarebbe l'ipotesi di una futura aggregazione di accordi tra entrambi i continenti, posto che si presentano strutturalmente simili, ad eccezione di un campo oggettivo obbligatorio di applicazione della Convenzione più ridotto dei Regolamenti di coordinazione, il che darebbe origine ad una gigantesca rete di cooperazione interregionale euro-iberoamericana.-

- XI. Per quanto riguarda le ipotesi di immigrazione, a livello generale, entrambe le Carte riconoscono un ruolo simile a quello di straniero. I precetti costituzionali di riferimento sulla titolarità e sull'esercizio dei diritti da parte dello straniero si trovano, nel principio dei diritti inviolabili (art.2 CI e art.10 CE), nelle norme internazionali (art. 10.1 CI e artt. 10.1 y 13 CE), diritto del lavoro (art. 4 CI e art. 35 CE) e non discriminazione nel suo accesso e esercizio (art. 3 CI e art. 35 CE). Inoltre, bisogna tenere in considerazione il principio di uguaglianza, specialmente rispetto ai diritti sociali. Entrambi i governi hanno ristretto l'accesso unicamente ai diritti politici. Questa conclusione è stata ratificata dalla giurisprudenza costituzionale di entrambi i paesi.-
- XII. La disciplina sull'immigrazione di entrambi gli ordinamenti ha seguito un'evoluzione legislativa e cronologica molto simile. Alla fine del decennio degli anni 90 si è assistito finalmente al criterio della reciprocità di trattamento, in ragione della nazionalità (sebbene in Italia per primo), si è instaurata l'uguaglianza di trattamento per i migranti in situazioni amministrative regolari. Un'attenzione particolare meritano per la Spagna i cittadini di origine iberoamericano. Successivamente, ci furono riforme di segno restrittivo, nel 2002 e 2009, che ridimensionarono la protezione prestata, specialmente nell'accesso alle prestazioni assistenziali. In Spagna vigeva il rifiuto letterale della LGSS (la riforma sull'immigrazione ha risolto il problema introducendo un concetto aperto alla Sicurezza Sociale); In Italia è stato condizionato alla tipologia di permesso di soggiorno, che ha originato una grande discussione (alcuni

tribunali fecero ricorso anche alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo). La Corte Costituzionale si pronunciò in diverse occasioni, fino ad eliminare recentemente tale requisito, creando uno scenario di incertezza. Sull'immigrazione irregolare, entrambi gli ordinamenti si sono orientati a concedere le prestazioni contemplate dalla normativa internazionale. L'attenzione sanitaria in tema di maternità in ragione degli articoli 32 CI, 39.2 e 43 CE, e le aperture di linea giurisprudenziali della Corte di Cassazione italiana e del tribunale Supremo Spagnolo sull'obbligazione di versare i contributi per i lavoratori in situazioni irregolari.-

SITUAZIONI DI NECESSITA'

XIII. In entrambi i paesi si è discusso circa la preminenza del rischio o della situazione di necessità come l'oggetto delle previsioni costituzionali. Gli artt.38 CI e 41 CE sembrano essere aperti ad entrambi le posizioni, anche quando il tenore letterale di queste disposizioni potrebbero far sembrare che l'art.38 CI nasce orientato al rischio (per il suo carattere dettagliato) e l'art.41 CE alla situazione di necessità (per la concettualizzazione del termine).-

XIV. L'interpretazione apportata dalla Corte Costituzione italiana e dal Tribunale Costituzionale spagnolo, non ha portato una risposta unica e univoca in nessuno degli ordinamenti, quello che in ultima istanza verrebbe ad avvalorare il carattere misto di entrambi i sistemi.-

INTENSITA' DELLA PROTEZIONE SOCIALE

XV. Nell'intensità della protezione si sostanzia la maggior parte delle differenze di diritto della Sicurezza Sociale tra i due paesi. Entrambe le dottrine scientifiche hanno realizzato interpretazioni sistematiche del concetto di adeguatezza rispetto alla sufficienza salariale degli artt.36 co.1 CI e 35.1.CE, al contempo hanno considerato la necessità di garantire un «*minimo vitale*». Tuttavia, i mezzi adoperati variano con riguardo all'entità e alla ricchezza. Mentre, in Italia, si è utilizzato un

duplice tracciato con il quale si ottengono due riferimenti, due legami molto stretti, «*mezzi necessari per vivere*» e «*mezzi adeguati alle loro esigenze di vita*», in Spagna, la divisione è stata unica «*sufficienza*» intesa come la linea di demarcazione che segna il salario minimo, dovendo doppiarlo in un senso ascendente e discendente. Mentre la menzione stessa italiana ha i paramenti del riferimento, la spagnola manca del termine relazionale. A sua volta, la differenziazione tra i livelli di protezione non implica prestazioni uniformi. Cioè, non esiste in nessuno dei due ordinamenti un'esigenza costituzionale di parità.-

XVI. La Corte Costituzionale italiana, a differenza del Tribunale Costituzionale spagnolo, si è pronunciata espressamente sul concetto di «*adeguatezza*», e lo ha fatto in termini più contundenti e preziosi. In un primo momento, con l'uso congiunto degli artt.36 e 38 CI, ha considerato la pensione come «*retribuzione differita*», garantendo la retribuzione personale prima del fatto generatore (percepita prima dell'evento). Questa posizione fu corretta nella decade del 1980, passando l'art.38 CI a combinarsi con i criteri di solidarietà dell'art.2 CI.

In Spagna, non si è raggiunta una tale connessione, dal momento che il concetto salariale si è impiegato come mezzo e non come fine per distinguere tra sufficienza contributiva e sufficienza assistenziale. Inoltre, come è stato confermato dal Tribunale Costituzionale, gli assicurati alla Sicurezza Sociale non ostentano un diritto soggettivo ad un ammontare determinato delle pensioni future. In questo senso, risultano contrastanti quei pronunciamenti italiani. Contrariamente il Tribunale spagnolo si è pronunciato in rare occasione sul concetto di *adeguatezza*, e quando l'ha fatto, è stato in modo indiretto ed impreciso, menzionando semplicemente la sufficienza rispetto all'insufficienza, la compatibilità, l'inderogabilità o la sostenibilità finanziaria, per tal motivo che la dottrina costituzionale spagnola ha contribuito in modo molto limitato alla fissazione del principio di *adeguatezza*.-

- XVII. Per sostenere la mancanza di connessione tra l'ammontare delle prestazioni e contributi versati, entrambi i paesi hanno sostenuto tre argomenti: 1) la natura non contrattuale del sistema dati i fini pubblici che perseguono; 2) in conseguenza di quanto summenzionato, l'influenza che tale fatto implica sulla natura dei contributi della Sicurezza Sociale; 3) le disponibilità economiche del sistema e l'attualizzazione del principio di solidarietà.-
- XVIII. Con riguardo alla natura giuridica del contributo in Italia ci fu maggiore discrepanza dottrinale che in Spagna, dove quasi all'unanimità la dottrina *giuslavoristica* ha teso a considerarlo come imposta parafiscale. Ciononostante, andando oltre, in entrambe le dottrine *giustributaristiche* si sono trovate anche polarità in questo dibattito. A livello giurisprudenziale, il Tribunale Supremo spagnolo e la Corte di Cassazione italiana riconoscono il carattere impositivo del contributo, comunque senza dettagliare la tipologia del tributo.-
- XIX. Per quanto riguarda l'entrata del principio di solidarietà, in Spagna, contrariamente agli artt. 2 e 3 CI, tale principio non si trova tra quelli espressamente enumerati dalla costituzione. Ciononostante può far sentire attraverso il valore della giustizia e dello Stato Sociale dell'art.1.1 CE, e al principio di distribuzione equitativa del reddito, art.40 CE. Appare, per la prima volta, nei pronunciamenti delle Carte Costituzionali 31/1986 (Italia) e 134/1987 Spagna.-
- XX. I due paesi, in virtù del principio di solidarietà, hanno ritenuto importante delimitare un importo minimo, quando la pensione generata per via contributiva si colloca sotto al di sotto della soglia minima di mercato stabilita dal legislatore nazionale, in relazione alle circostanze personali del beneficiario. E' opportuno sottolineare, in primo luogo, l'origine ibrida della pensione minima al congiungersi di due tecniche differenti di protezione e comunque in entrambi i paesi viene riconosciuto il suo carattere assistenziale; in secondo luogo, la condizione *sine qua non* di

assenza del reddito fino il livello legalmente segnato; in terzo luogo, il carattere non consolidabile dell'integrazione; e in quarto luogo, occorre segnalare che dentro l'ordinamento spagnolo, a differenza di quello italiano, l'ammontare minimo considerato non è unico, in quanto varia in funzione del tipo di pensione.-

XXI. Allo stesso modo, in virtù della redistribuzione del reddito, si sono articolati meccanismi per il contenimento di quelle quantità più elevate. Su questo punto si constatano le maggiori differenze con gli altri ordinamenti. La tecnica per eccellenza, la fissazione di una pensione massima determinata dal legislatore, implica la considerazione di: 1) problemi di disparità di trattamento nella concessione di simili prestazioni a professioni con contribuzione differente; 2) il regredire del diritto acquisito e la sicurezza giuridica; 3) il mantenimento del livello di vita raggiunto attraverso una pensione adeguata. Questi argomenti sono stati superati in Spagna dal Tribunale Costituzionale che ha difeso il concetto di pensione adeguata considerando il sistema nella sua globalità, trattandosi di amministrare ricorsi economici limitati, e di conseguenza, la non ammissione implicherebbe la negazione del principio di solidarietà. Inoltre, si è considerato che il regresso del livello di protezione dovesse predicarsi dal sistema nel suo insieme e non parzialmente.

La situazione italiana è, comunque, completamente distinta dalla spagnola, avendo consolidato come diritto acquisito i periodi contributivi, nella fase del calcolo retributivo (malfunzionamenti che la legge finanziaria 2015 ha tentato di correggere), insieme con la considerazione del summenzionato concetto di pensione come diritto soggettivo, benché attenuati dall'art. 2 CI. Pertanto dovrebbe esprimersi molto l'art.2 CI per offrire una nuova interpretazione, un autentico *revirement de jurisprudence*.

In ogni caso, sono constatabili le conseguenze dell'intervento del legislatore in termini di pensione massima. Basti pensare alle differenze

di ratio tra la pensione massima e la pensione minima negli ultimi anni e, a sua volta, tra paesi. La questione sarebbe, allora, di determinare un intervallo accettabile, in modo che sotto la parola d'ordine della distribuzione del reddito non si concluda nel convertire una riforma spuria e furtiva del sistema. In definitiva, per il caso italiano non si è potuto articolare direttamente un ammontare massimo unico che limiti il trattamento pensionistico maturato considerandolo come diritto acquisito, rimanendo come mero *desideratum* per alcuni settori della società.

Non si sta cercando di minimizzare o considerare impossibili queste misure ma, tutt'al più, l'opportunità di realizzare uno studio più approfondito che dia valore a tali estremi. Contrariamente, possono essere demarcate altre misure dell'ordinamento italiano che, in modo indiretto, hanno inciso sull'ammontare della pensione finale, come se si trattasse di un "massimale di retribuzione pensionabile", o un «contributo di solidarietà», figura innovativa per la legislazione spagnola, visto il principio di separazione delle fonti finanziarie della Sicurezza Sociale.-

XXII. La rilevanza del meccanismo di rivalutazione è accolto esplicitamente in Spagna ai sensi dell'art.50 CE, e implicitamente in Italia ai sensi dell'art.38 CI. Fino alla riforma spagnola del 2013, entrambi i paesi hanno mantenuto come criterio di rivalutazione indici statistici intorno al costo della vita. Il nuovo fattore di rivalutazione spagnolo si distacca da questo criterio, prendendo in considerazione un gruppo di variabili finanziarie. -

XXIII. Si può segnalare con riguardo alla dinamica dei meccanismi di rivalutazione di entrambi i paesi che, la differenza per tratti italiana si ispira ai criteri di progressività, ai parametri sui valori costituzionali di proporzionalità e adeguatezza delle pensioni; mentre, in Spagna tale graduazione non è presente data la concorrenza di una pensione massima.-

XXIV. Grazie alle valutazioni giurisprudenziali sui meccanismi di rivalutazione, è possibile tracciare alcune caratteristiche in comune: in primo luogo, si tratta di un margine di discrezionalità concesso dal legislatore; in secondo luogo, con l'adeguamento delle pensioni attraverso la rivalutazione in nessun caso si tratta di garantire il mantenimento costante in termini reali dell'ultima retribuzione (Italia) o della pensione iniziale (Spagna); in terzo luogo, la frequenza della rivalutazione annuale è un criterio di configurazione puramente legale; in quarto luogo, il margine facoltativo concesso al legislatore deve circoscriversi ai parametri italiani di proporzionalità e ragionevolezza ed ai criteri spagnoli di oggettività e razionalità.-

XXV. Insieme alla rivalutazione si è anche constatato, per entrambi gli ordinamenti, periodi di sospensione della medesima, sebbene, in Spagna, si è ridotta la frequenza di questi congelamenti in conseguenza della modificazione dell'art.48 LGSS del 1997. Malgrado ciò, durante il recente esercizio del 2012, entrambi i paesi, motivati da criteri di aggiustamento della spesa pubblica, hanno adottato il congelamento della rivalutazione per favorire la salvaguardia realizzata partendo da una soglia di imposizione.

Entrambe le Corti Costituzionali si sono pronunciate sulla sospensione della rivalutazione del 2012, in considerazione di posizioni giuridiche affini (anche se non identiche), e con diversa sorte. Da una lettura simultanea delle sentenze n. 70/2015 (Italia) e n. 49/2015 (Spagna), si può concludere: in primo luogo, che il congelamento della rivalutazione delle pensioni del 2012 ha rappresentato una diminuzione dell'aspettativa del diritto, perché è nata da una norma *ad futurum*, mentre, in Spagna, si trattava di un diritto acquisito, benché il Tribunale Costituzionale ha preferito aderire all'altra valutazione; in secondo luogo, la sentenza in Italia, a seguito dei suoi predecessori, ha censurato il margine di discrezionalità conferito al legislatore, mentre la sentenza spagnola, l'ha esteso, affidando (seguendo le logiche del Tribunale) alla Legge

Finanziaria la nuova funzione di convertire le aspettative di diritto in diritti acquisiti; e, in terzo luogo, entrambe le Corti rammentano la propria dottrina sulla ponderazione di queste misure rispetto alla disponibilità economica del sistema.

L'accoglimento delle rispettive sentenze da parte delle dottrine nazionali è stato diverso, dal consenso alla disapprovazione. In Italia, si contesta, da un lato, quali sono i margini comunque esistenti per il conseguimento di un progetto di uguaglianza sostanziale di natura intergenerazionale, e dall'altro, che per le pensioni intermedie, quelle dei dirigenti, non si applicano allo stesso modo i principi costituzionali degli artt.36 e 38 CI, essendoci alcune volte la mancanza o incorretta indicizzazione, e altre volte penalizzazioni come il contributo di solidarietà. In Spagna, oltre ai sostenitori di posizioni divergenti, si è già detto chiaramente sulla considerazione della rivalutazione del 2012; ossia, come una condizione di beneficio concessa dal Governo in un contesto di proroga provvisoria dei bilanci degli Stati, i quali avevano sospeso, non più l'attualizzazione della rivalutazione, bensì la rivalutazione stessa. In ogni caso, ci troviamo in uno scenario paradossale, nel quale, a partire dalle istanze dell'Unione Europea si incoraggiano e/o raccomandano simili azioni in materia economica, che in ultima analisi finiscono raccogliendo a livello nazionale diverse sanzioni costituzionali.-

XXVI. In ultima analisi, attraverso queste pagine si è cercato di tracciare una retrospettiva dottrinale, normativa e giurisprudenziale del diritto della Sicurezza Sociale. Senza dubbio dovrebbe essere valorizzata la grandezza della dottrina italiana per raggiungere la nozione di Sicurezza Sociale attraverso una concettualizzazione sistematica della Costituzione. In Spagna, invece, sono identificabili tali principi di uguaglianza sostanziale e dignità umana; tuttavia, la nozione di Sicurezza Sociale, richiamata *apertis legis* nell'art.41 CE, è stata investita dalla legge sulla Previdenza Sociale. Quest'ultima legge, sebbene con due decenni di differenza e con un rango normativo inferiore, ha affrontato l'enorme

lavoro di porre fine alla carente sistematicità delle assicurazioni sociali ed ha consentito la creazione di un testo unico legale: La Legge Generale sulla Sicurezza Sociale.

In questo senso, da un punto di vista del diritto positivo, l'unificazione normativa spagnola non può che catalogarsi come di successo. Sarebbe inconcepibile oggi pensare alla Sicurezza Sociale spagnola senza la LGSS. A questo proposito, invece, contrasta la dispersione e la frammentazione normativa italiana così come il suo pluralismo amministrativo; eredità di un passato di tipo mutualistico. Evitando di cadere in un'insana riflessione etnocentrica e metodica, sarebbe positivo valutare l'opportunità di adottare un testo unico in materia di Sicurezza Sociale italiano. Ad ogni modo, dev'essere riconosciuto l'impegno delle ultime riforme di attuare un sistema dotato di agilità e coerenza unificando regimi (Spagna) e enti di gestione (Italia).

Ugualmente, lo sviluppo dell'assistenza sociale che implica la nozione di Sicurezza sociale, a causa dei vari momenti grazie ai quali è stata realizzata, ha rappresentato il superamento del concetto di beneficenza sebbene in misura maggiore per Italia. In Spagna l'analisi tardiva si è rivolta a compiere il mandato costituzionale di completamento della parte contributiva.

In ultima analisi, la configurazione legale del diritto alla sicurezza sociale è poliedrica e variabile, come si dimostra dalle grandi riforme operate in materia di pensioni (in Spagna 1985, 1997, 2007, 2011 e 2013), più frequenti in Italia (1992, 1995, 2000, 2004, 2007, 2010, 2011); una prova del carattere dinamico del diritto della Sicurezza Sociale. Questa non è la sede per controvertere sulla convenienza o meno di tali riforme, ma certamente per riflettere sulle conseguenze che un eccessivo abuso o uso, di tali riforme, senza il consenso delle forze politiche conduca in ultima istanza alla comparsa di ingiustizie (trattamenti discriminatori), false

aspettative di diritto e in definitiva incertezza giuridica che svuotano il contenuto dei precetti costituzionali. La relativa stabilità (auspicata), non solo fornirebbe la pratica a giuristi, bensì la comprensione ai cittadini, che in ultimo termine sono i soggetti destinatari e ragione di essere di entrambi i sistemi.-

CONSIDERACIONES FINALES

MODELOS DE SEGURIDAD SOCIAL

- I. Los derechos a la Seguridad Social consagrados en ambas Constituciones presentan bastantes similitudes, dados sus orígenes bismarckianos, los paralelismos durante las etapas fascistas, la influencia mutua durante los distintos periodos constitucionales (1931, 1948 y 1978) y la acogida de los nuevos enfoques Beveridgeianos por ambos países mediterráneos. No obstante, el art. 38 CI y el art. 41 CE no son textos plenamente equiparables, pues mientras uno se constituía al albor del Estado de bienestar, el otro lo hacía al comienzo de su ocaso, por lo que en un principio estaban previstos para responder a idiosincrasias distintas, a pesar de que las interpretaciones posteriores hayan alcanzado conclusiones bastante semejantes.-

- II. Mientras, en Italia, distintas corrientes doctrinales se han centrado en determinar la existencia propiamente dicha de un modelo de Seguridad Social en el que insertar el derecho, en España, dado el carácter de garantía institucional, los esfuerzos se han conducido a delimitar tal modelo. El carácter abierto del art. 38 CI, y el art. 41 CE, ha permitido a la doctrina de ambos países realizar diversas lecturas sobre las notas definitorias en ellos contenidas. Las distintas ópticas son susceptibles de categorizarse en tres corrientes: una corriente más procontributiva o previdencialista, otra corriente más universalista o asistencialista, (conceptualizadas como tesis unitaria-negativa y tesis dualística-positiva en Italia, o tesis flexibilizadoras y restrictivas en España) y una tercera posición siempre ecléctica).-

- III. Suele ser comúnmente aceptado en ambos países que el legislador constituyente no define un modelo concreto de Seguridad Social, y que, por tanto, no existe ninguna opción constitucionalmente vinculante para los legisladores ordinarios, ni tampoco constricciones en el uso de medios predeterminados, sino que queda a merced de éstos la configuración del

sistema, adaptándolo a las posibilidades financieras del Estado (atendiendo al principio de *ragionevolezza* en Italia). En este sentido, se puede calificar a dichos artículos como flexibles: al art. 38 CI por su elasticidad (sobrevenida) y al art. 41 CE por su ambigüedad (premeditada). De ahí que sea pertinente hablar de la naturaleza mixta de ambos sistemas.-

- IV. Ambas Cortes Constitucionales se han pronunciado retratando el nuevo enfoque o la “opción de Seguridad Social”; en Italia, realizando una interpretación sistemática de los art. 2 y 3 CI que ha permitido el abandono del sistema mutualístico y la introducción del sistema «solidarístico», y, en España, convirtiendo al sistema emanado del art. 41 CE en una «garantía institucional» y una «función de Estado».-
- V. Una diferencia significativa radica en la eficacia jurídica de este derecho. Mientras en Italia, el art. 38 CI atribuye a los ciudadanos un derecho subjetivo perfecto, es decir, la posición de sujeto activo, en España, la configuración del art. 41 CE como principio rector, disminuye al ciudadano a la condición de sujeto pasivo del derecho, al ser el Estado el sujeto de su enunciación. A pesar de la configuración legal de los sistemas, esta diferencia en la eficacia se ha hecho palpable en las posiciones históricas de ambas Cortes Constitucionales respecto a la posibilidad o no de control de inconstitucionalidad por omisión. En Italia, si bien ha sido matizado con el paso de las décadas, en España fue intencionadamente descartado desde los orígenes de la Constitución de 1978.-

SUJETOS PROTEGIDOS

- VI. La idea de Seguridad Social supone la superación del individuo como sujeto asegurado en base a su condición de trabajador, por un planteamiento universalista en base al criterio de ciudadanía. Entre ambos enfoques se sitúan los sistemas italiano y español; en tanto que no han terminado de abandonar plenamente los mecanismos de

aseguramiento, sí que han corregido los principios en que se sustentan. Estas correcciones suponen otro argumento a favor del carácter híbrido de los sistemas.-

- VII. Destacan las matizaciones que ambos ordenamientos han realizado sobre el principio de profesionalidad, otorgando cobertura social a través de la extensión o asimilación a otras categorías de trabajo, incluso a las no productivas propiamente dichas, aunque en España no se ha previsto la extensión de la protección en forma de aseguramiento voluntario a otras tipologías de trabajadores. Igualmente, las excepciones operadas al principio *lex loci laboris*, han servido incluso para calificar de territorial no tanto al sistema como a las leyes mismas.-
- VIII. Respecto a los supuestos de emigración de los propios trabajadores nacionales, ambas Cartas Constitucionales han previsto una especial atención al fenómeno emigratorio en los arts. 35 co.4 CI y 42 CE, pues en el momento de su promulgación se trataba de países preeminentemente emisores de mano obra. Resulta llamativo, y nada ingenuo, que la fórmula empleada por el constituyente español, a diferencia del homólogo italiano, evite cualquier referencia al término emigrante, tal vez, derivado de la posición tradicional del franquismo respecto a este fenómeno.-
- IX. Desde el punto de vista subjetivo de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social sobre emigración en el ámbito europeo, su incidencia es muy escasa. La extensión personal no coincide con la del campo de aplicación de los sistemas de los distintos Estados Miembros, al ser la configuración de cada sistema de Seguridad Social una competencia de soberanía nacional. Por tanto, el quehacer de la intervención de la Unión Europea únicamente se limitará a salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición del trabajador migrante.-

- X. Desde el punto de vista de la emigración extracomunitaria, ambos países han establecido convenios bilaterales para garantizar la aplicación de la normativa a sus ciudadanos. Subsidiariamente, ambos ordenamientos también han previsto algún tipo de mecanismo en caso de no existir dichos acuerdos. Cabe recordar que la relación entre Italia y España en materia de Seguridad Social, previa a la adhesión de España en 1986 a las Comunidades Europeas, se regía en virtud de este tipo de convenios internacionales (1956 y 1979). La mayoría de los Convenios bilaterales firmados por Italia y España lo han sido respecto a Estados comunes. El resto de acuerdos responde a la lógica de las relaciones sociopolíticas y económicas de cada nación. Ambos países se presentan a la cabeza en el uso de estos tratados, por lo que cumplen con la reciente comunicación de la Comisión Europea de fomento de la cooperación entre Estados miembros y terceros países en el ámbito de la Seguridad Social. A pesar de las similitudes entre los contenidos, no todos los convenios bilaterales suscritos por el Estado italiano y el Estado español tienen la misma extensión personal ni material.

En cuanto al ámbito concreto de aplicación personal de los Convenios bilaterales, las figuras principales a definir son las de trabajador y miembros familiares. La primera se ha realizado de desigual manera, más genérica en el caso italiano. La segunda, salvo omisión expresa de algunos convenios, se suele recurrir a la legislación nacional de cada Estado para definir a los beneficiarios y/o a sus familiares. Algunos convenios solamente amparan a los nacionales de los dos países firmantes que desarrollen su actividad profesional en el territorio del otro Estado; por el contrario, otros independizan la nacionalidad de los trabajadores como criterio decisivo; incluso, otro grupo de Acuerdos se extienden a los familiares beneficiarios de un trabajador que no ostente la nacionalidad de ninguno de los Estados contratantes.

Finalmente, los hay que acogen una mención a los apátridas, refugiados y familiares. A nivel comunitario, destacan los Acuerdos Euromediterráneos, entre la Unión Europea, sus Estados miembros y

países del área mediterránea, como Marruecos, Túnez, Argelia y Turquía. Particularmente, España forma, además, parte del Convenio Multilateral Iberoamericano. En este sentido, llamativa es la hipótesis de una suma futura de acuerdos entre ambos continentes, puesto que se presentan estructuralmente similares, a excepción de un campo objetivo obligatorio de aplicación del Convenio más reducido que los Reglamentos de coordinación, lo que daría origen a una gigantesca red de cooperación interregional euro-iberoamericana.-

- XI. Respecto a los supuestos de inmigración, a nivel más general, ambas Cartas otorgan un protagonismo similar al extranjero. Los preceptos constitucionales de referencia a la titularidad y al ejercicio de derechos por parte de los extranjeros se encuentran, en el principio de derechos inviolables (art. 2 CI y art. 10 CE), la impronta de las normas internacionales (art. 10.1 CI y arts. 10.1 y 13 CE), el derecho al trabajo (art. 4 CI y art. 35 CE) y la no discriminación en su acceso y ejercicio (art. 3 CI y art. 35 CE). Además, se ha de tener también en cuenta el principio de igualdad, especialmente respecto a los derechos sociales. Ambos legisladores han restringido únicamente el acceso a derechos políticos. Estas conclusiones han sido ratificadas por la jurisprudencia constitucional de ambos países.-
- XII. La regulación de la inmigración de ambos ordenamientos ha seguido una evolución legislativa y cronológica bastante similar. A finales de la década de los noventa se asentó finalmente el criterio de reciprocidad en el trato, en razón de la nacionalidad (si bien en Italia primero), y se instauró la igualdad de trato para los inmigrantes en situación administrativa regular. Mención particular requieren para España los ciudadanos de origen iberoamericano. Con posterioridad, operaron reformas de signo restrictivo, en 2002 y 2009, redimensionando la protección dispensada, especialmente en el acceso a las prestaciones asistenciales; en España regía la negativa literal de la LGSS (la reforma de extranjería lo resolvió introduciendo un concepto abierto de Seguridad

Social); en Italia fue condicionado a la tipología de permiso de residencia, lo que originó una gran litigiosidad (algunos Tribunales recurrieron incluso al Convenio Europeo de Derecho Humanos. La Corte Constitucional se pronunció en diversas ocasiones, hasta eliminar recientemente tal requisito, creando un escenario de incertidumbre). Sobre inmigración irregular, ambos ordenamientos se han centrado en otorgar las prestaciones contempladas por la normativa internacional, la atención sanitaria por maternidad en razón de los arts. 32 CI, 39.2 y 43 CE, y la apertura de líneas jurisprudenciales por la Corte de Cassazione italiana y del Tribunal Supremo español sobre la obligación de cotizar por trabajadores en situación irregular.-

SITUACIONES DE NECESIDAD

- XIII. En ambos países se ha debatido acerca de la preeminencia del riesgo o la situación necesidad como objeto de las previsiones constitucionales. Los arts. 38 CI y 41 CE parecen ser permeables a ambas posiciones, aún cuando conforme al tenor literal de estos preceptos pudiera parecer que el art. 38 CI naciera orientado al riesgo (por su carácter detallado) y el art. 41 CE a la situación de necesidad (por la conceptualización del término).-
- XIV. La interpretación aportada por la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional español, no ha arrojado una respuesta única y unívoca en ninguno de los dos ordenamientos, lo que en última instancia vendría a corroborar el carácter mixto de ambos sistemas.-

INTENSIDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

- XV. En la intensidad de la protección radica la mayor parte de las diferencias del derecho a la Seguridad Social entre los dos países. Ambas doctrinas científicas han realizado interpretaciones sistemáticas del concepto de «adeguateza» respecto a la suficiencia salarial de los arts. 36 co.1 CI y 35.1 CE, a la par que han considerado la necesidad de garantizar un «*minimum vitale*». No obstante, los medios empleados varían en alcance

y fortuna. Mientras, en Italia, se ha empleado un doble trazado del que se obtienen dos referentes, dos parcelas estancas, «*mezzi necessari per vivere*» y «*mezzi adeguati alle loro esigenze di vita*», en España, la división ha sido única, «*la suficiencia*», entendida como la frontera marcada por salario mínimo, debiendo dualizarlo en sentido ascendente y descendente. Mientras la propia mención italiana contiene los parámetros de referencia, la española carece de término en relación. A su vez, la diferenciación entre niveles de protección no implica prestaciones uniformes, es decir, no existe en ninguno de los dos ordenamientos una exigencia constitucional de paridad.-

- XVI. La Corte Constitucional italiana, a diferencia del Tribunal Constitucional español, se ha pronunciado expresamente sobre el concepto de «*adeguatezza*», y lo ha hecho en términos más contundentes y precisos. En un primer momento, con el uso conjunto de los arts. 36 e 38 CI, se consideró la pensión como «*retribuzione differita*», garantizando la retribución personal anterior al hecho causante. Esta posición fue corregida en la década de 1980, pasando entonces el art. 38 CI a combinarse con los criterios de solidaridad del art. 2 CI. En España, no se alcanzó tal grado conexión, por lo que el precepto salarial se ha empleado como medio y no como fin para distinguir entre suficiencia contributiva y suficiencia asistencial; es más, como ha venido confirmando el propio Tribunal Constitucional, los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras. En este sentido, resultan rompedores aquellos pronunciamientos italianos. En cambio, el Tribunal español se ha pronunciado en contadas ocasiones sobre el concepto de pensión adecuada, y cuando lo ha hecho, ha sido de manera indirecta e imprecisa, mencionando la suficiencia respecto a la insuficiencia, la compatibilidad, la inembargabilidad o la viabilidad financiera, por lo que la doctrina constitucional española ha contribuido de forma muy limitada en la fijación del principio de suficiencia.-

- XVII. Para sostener la falta de conexión entre cuantía de las prestaciones y cotización versada, ambos países han sostenido tres argumentos: 1) la naturaleza no contractual del sistema, dados los fines públicos que persigue; 2) como resultado de la anterior, la influencia que tal hecho implica en la naturaleza de las cuotas de Seguridad Social; 3) las disponibilidades económicas del sistema y la actualización del principio de solidaridad.-
- XVIII. Respecto a la naturaleza jurídica de la cuota, en Italia existió mayor discrepancia doctrinal que en España, donde casi unánimemente la doctrina *iustlaboralista* ha tendido a considerarla como exacción parafiscal. No obstante, un paso más allá, en ambas doctrinas *iustributarista* se han encontrado también polaridades en este debate. A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo español y la Corte de Casación italiana reconocen el carácter impositivo de la cuota, aunque sin detallar la tipología de tributo.-
- XIX. Respecto a la entrada del principio de solidaridad, en España, a diferencia de los arts. 2 y 3 CI, tal principio no se encuentra entre los enumerados expresamente por la Constitución; no obstante, se puede hacer sentir a través del valor de la justicia y del Estado Social del art. 1.1 CE, y al principio de distribución equitativa de la renta, art. 40 CE. Aparece, por vez primera, en los pronunciamientos de las Cortes Constitucionales 31/1986 (Italia) y 134/1987 (España).-
- XX. Los dos países, en virtud del principio de solidaridad, han considerado demarcar una cuantía mínima, cuando la pensión causada por los cauces contributivos se sitúa por debajo del umbral marcado por el legislador nacional, en relación a las circunstancias personales del beneficiario. Cabe destacar, en primer lugar, el origen híbrido de la pensión mínima, al confluir dos técnicas diferentes de protección aunque en ambos países está reconocido su carácter asistencial; en segundo lugar, la condición *sine qua non* de ausencia de rentas hasta el límite legalmente marcado; en

tercer lugar, el carácter no consolidable del complemento; y en cuarto lugar, cabe señalar que dentro del ordenamiento español, a diferencia del italiano, la considerada cuantía mínima no es única, sino que varía en función del tipo de pensión.-

- XXI. Igualmente, en virtud de la redistribución de rentas, se han articulado mecanismos para la contención de las cuantías más altas. En este punto se constatan las mayores diferencias entre ordenamientos. La técnica por excelencia, el establecimiento de una pensión máxima determinada por el legislador, implica la consideración de: 1) problemas de trato desigual al otorgar similares prestaciones a carreras de cotización diferentes; 2) la regresividad de derechos adquiridos y la seguridad jurídica; 3) el mantenimiento del nivel de vida alcanzado mediante una pensión adecuada. Estos argumentos han sido superados en España por el Tribunal Constitucional que defendió el concepto de pensión adecuada atendiendo al sistema en su globalidad, al tratarse de administrar recursos económicos limitados, y por ende, la no admisión de los tope máximos implicaría la negación del principio de solidaridad. Además, se consideró que la irregresividad del nivel de protección debía predicarse del sistema en su conjunto y no parcialmente.

La situación italiana es, sin embargo, radicalmente distinta a la española, al haberse consolidado como derecho adquirido los periodos cotizados durante la fase de cálculo retributivo (disfunciones que la Legge Finanziaria 2015 ha intentado corregir), junto con la consideración del antes mencionado concepto de pensión como derecho subjetivo, si bien atenuado por los principios del art. 2 CI. De modo que mucho debería expresarse el art. 2 CI para ofrecer una nueva interpretación, un auténtico *revirement de jurisprudence*.

En cualquier caso, son constatables las consecuencias de legislar en términos de pensión máxima; basta pensar en las diferencias de ratios entre pensión máxima y pensión mínima de las últimas décadas y, a su

vez, entre países. La cuestión estaría, entonces, en determinar el intervalo aceptable, para que bajo la consigna de distribución de rentas no se termine convirtiendo una reforma espuria y sigilosa del sistema. En definitiva, para el caso italiano no se ha podido articular directamente una cuantía máxima única que restrinja el tratamiento pensionístico devengado por tener la consideración de derecho adquirido, quedando como mero *desideratum* para algunos sectores de la sociedad.

No obstante, no se está apuntando la imposibilidad de dichas medidas, sino la conveniencia de realizar un estudio en profundidad que valorase tales extremos. Al contrario, sí se pueden destacar otras medidas del ordenamiento italiano que, de manera indirecta, han incidido sobre la cuantía de la pensión final, como fue un «*massimale di retribución pensionabile*», o un «*contributo solidarietà*», figura ésta novedosa para la legislación española, dado el principio de separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social.-

XXII. La transcendencia del mecanismo de revalorización viene recogido explícitamente en España por el art. 50 CE, e implícitamente en Italia por el art. 38 CI. Hasta la reforma española de 2013, ambos países han empleado como criterio de revalorización índices estadísticos entorno al coste de vida. El nuevo factor de revalorización español se distancia de este criterio, tomando en consideración el compendio de un grupo de variables financieras.-

XXIII. Se puede señalar acerca de la dinámica de los mecanismos de revalorización de ambos países, que la diferenciación por tramos italiana se inspira en criterios de progresividad, parámetros sobre los valores constitucionales de proporcionalidad y adecuación de las pensiones, mientras, en España, tal graduación no está presente dada la concurrencia de una pensión máxima.-

XXIV. A tenor de la valoración jurisprudencial de los mecanismos de revalorización, es susceptible de extraer unas notas en común características de la figura: en primer lugar, se trata de un margen de discrecionalidad otorgado al legislador; en segundo lugar, con la adecuación de las pensiones mediante la revalorización en ningún caso se trata de garantizar el mantenimiento constante en términos reales de la última retribución (Italia) o de la pensión inicial (España); en tercer lugar, la frecuencia de la revalorización anual es un criterio de configuración puramente legal; y, en cuarto lugar, el margen facultativo otorgado al legislador debe circunscribirse a los parámetros italianos de proporcionalidad y *raggionevolezza*, y a los criterios españoles de objetividad y razonabilidad.-

XXV. Junto a la revalorización, también se han constatado para ambos ordenamientos, periodos de suspensión de la misma, si bien, en España, se redujo la frecuencia de estas congelaciones a consecuencia de la modificación del art. 48 LGSS en 1997. A pesar de ello, durante el reciente ejercicio 2012, ambos países, motivados por criterios de ajuste de gasto público, adoptaron la congelación de la revalorización con la salvaguardia hecha de un mínimo exento.

Ambas Cortes Constitucionales se han pronunciado respecto a la suspensión de revalorización de 2012, atendiendo a planteamientos jurídicos similares (que no idénticos), y con desigual fortuna. De una lectura simultánea de las sentencias n. 70/2015 (Italia) y n. 49/2015 (España), se puede concluir: en primer lugar, que la congelación de la revalorización de las pensiones de 2012 supuso para Italia una merma en la expectativa de derecho, pues nació de una norma *ad futurum*, mientras, en España, se trataba de un derecho adquirido, a pesar de que el Tribunal Constitucional no lo consideró de tal modo; en segundo lugar, la sentencia Italia, al hilo de sus antecesoras, censuró el margen de discrecionalidad otorgado al legislador, mientras que la sentencia española, lo amplió, al atribuir (siguiendo el razonamiento del Tribunal) a la Ley de Presupuestos Estatales la nueva función de convertir las

expectativas de derecho en derechos adquiridos; y, en tercer lugar, ambas Cortes recuerdan su propia doctrina sobre ponderación de estas medidas respecto a las disponibilidades económicas del sistema.

La acogida de sendos fallos por las doctrinas nacionales ha sido diversa, desde el aplauso a la crítica. En Italia, se cuestiona, de un lado, cuáles son los márgenes todavía existentes para la consecución de un proyecto de igualdad sustancial de tipo intra e intergeneracional, y de otro, se reprocha que para las pensiones intermedias y dirigentes empresariales, no concurren con igual firma los principios constitucionales de los art. 36 y 38 CI, debiendo soportar unas veces la falta o incorrecta indexación, y otras veces penalizaciones como el tributo de solidaridad. En España, además de los partidarios de las posiciones del voto particular, se ha apuntado agudamente a la consideración de la revalorización de 2012 como una condición graciosa del Gobierno en un contexto de prórroga provisional de los presupuestos de Estado de 2011, los cuales habían suspendido, no ya la actualización de la revalorización, sino la propia revalorización. Sea como fuere, nos situamos en un escenario paradójico, en el que, desde instancias de la Unión Europea se instan y/o recomiendan similares actuaciones en materia económica, que a la postre acaban recibiendo a nivel nacional distintas sanciones constitucionales.-

XXVI. En definitiva, a lo largo de estas páginas se ha intentado trazar una retrospectiva, doctrinal, normativa y jurisprudencial del derecho a la Seguridad Social. Sin duda se ha de poner en valor la grandeza de la doctrina italiana para alcanzar la noción de Seguridad Social a través de una conceptualización sistemática de la Constitución. En España, también son identificables dichos principios de igualdad sustancial y dignidad humana, sin embargo, la noción de Seguridad Social, al aparecer mencionada *apertis verbis* en el art. 41 CE, fue alcanzada mediante la Ley de Bases de Seguridad Social, que si bien con dos décadas de diferencia, y con un rango normativo inferior, abordó la ingente labor de poner punto final a la asistematicidad de los seguros

sociales y posibilitar un texto legal único, la Ley General de Seguridad Social.

En este sentido, desde el punto de vista del derecho positivo, la unificación normativa, española no puede sino catalogarse de acierto, sería inconcebible hoy día pensar la Seguridad Social española sin la LGSS. A este respecto, contrasta la dispersión y fragmentación normativa italiana, así como su pluralismo administrativo, herencia de un pasado mutualista. Evitando caer en una insana reflexión etnocentrista y metódica, sería positivo plantearse la conveniencia de adoptar un texto único en materia de Seguridad Social italiana. Si bien, se ha de reconocer el empeño de las últimas reformas por dotar de agilidad y coherencia al sistema unificando regímenes (España) y entes gestores (Italia).

Igualmente, el desarrollo de la asistencia social que implica la noción de Seguridad Social, a consecuencia de los momentos en que fue llevado a cabo, supuso la superación del concepto de beneficencia, aunque en mayor medida para Italia, pues en España el tardío enfoque se dirigió a cumplir el mandato constitucional de complemento a la parte contributiva.

En último término, la configuración legal del derecho a la seguridad social, es poliédrica y variable, como muestran las grandes reformas, operadas en materia de pensiones (en España 1985, 1997, 2007, 2011 y 2013), más frecuentes en Italia (1992, 1995, 2000, 2004, 2007, 2010, 2011), una prueba del carácter dinámico del Derecho de la Seguridad Social. No es sede para cuestionar la conveniencia o no de tales reformas, pero sí para reseñar que su abuso o uso sin consenso de las fuerzas políticas y sociales conduce en última instancia a la aparición de agravios comparativos, falsas expectativas de derechos y en definitiva inseguridad jurídica que vacían de contenido los preceptos constitucionales. La relativa estabilidad (anhelada), no sólo facilitaría la práctica a juristas, sino la comprensión a los ciudadanos, que en última instancia son los sujetos destinatarios y razón del ser de ambos sistemas.-

BIBLIOGRAFIA

- ALARCON CARACUEL M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1985.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La reforma del sistema de pensiones en España”, *Temas Laborales*, n. 48, 1998, pp. 3-14.
- ALARCON CARACUEL, M.R.: *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- ALARCÓN CARACUEL, R.M.: “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 7, 1986, pp.9-39.
- ALBANESE, G.: “La crisi dello Stato liberale nell’Europa mediterranea”, *Novecento.org*, n. 4, 2015.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: *Sistema Tributario y español comparado*, Madrid, Tecnos, 1992.
- ALES, E.: “Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 147, 2015, p. 455-495.
- ALIBRANDI, G.: “La previdenza sociale nella nuova Costituzione”, *Diritto del Lavoro*, 1948, pp. 379 -ss.
- ALIBRANDI, G.: “La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1977, I, n. 3 pp. 357-ss.
- ALIBRANDI, G.: *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 1981.
- ALMANSA PASATOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, vol. 1, 1984.
- ALMANSA PASTOR, J. M.: “Del riesgo social a la protección de la necesidad”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, n. 6, 1971, pp. 1614-ss
- ALMANSA PASTOR, J.M.: “Gestión pública e iniciativa privada”, *Papeles de Economía Española*, n. 12-13, 1982, p. 166-177.
- ALONSO OLEA, M.: "Las bases de la Seguridad Social", *Revista de Política Social*, n. 61, 1964, p. 461-479.
- ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, Tomo I, refs. 77 y 78, Tomo II, ref. 105, Tomo II, ref. 134.

- ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982.
- ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.
- ALONSO OLEA, M.: “El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 enero de 1900”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 24, 2000, p.21-30.
- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Los complementos para pensiones inferiores a la mínima”, en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R (dir.): *La reforma de la Seguridad Social 2011*, LexNova, Valladolid, 2011.
- ANDREONI, A.: *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.
- ANGELIS-CURTIS DE, G.: “Società rurale ed aspetti economici dell’agricoltura in Italia e Spagna in età liberale”, in CASMIRRI, S. e SUAREZ CORTINA, M. (coord): *La Europa del sur en la época liberal: España, Italia y Portugal: una perspectiva comparada*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1998.
- APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo”, *Revista de Derecho Social*, n. 19, 2002, pp. 19-52.
- ARAGÓN, M.: “La eficacia jurídica del principio democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 24, 1988, pp. 9-45.
- ARGANDOÑA, A.: “Irving Fisher: Un gran economista”, *IESE Business School – Universidad de Navarra, Working Paper*, n. 1082, Noviembre 2013.
- ARUFE VARELA, A y CARRIL VAZQUEZ X.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2006.
- ASCIAK, G.: “Appunti sul sistema di tutela del lavoro nella Costituzione italiana”, *Diritto del Lavoro*, 1966, I, p. 178-ss.
- AZNAR LÓPEZ, M.: “Aunque la España da paese di emigrazione a paese di immigrazione”, *Affari Sociali Internazionali*, 2003, n. 1, p. 81-93.
- AZNAR LÓPEZ, M.: “Reforma de la Seguridad Social italiana. Medidas introducidas en relación al factor edad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. Extra 1, 2007, pp. 49-76.

- AZÓN VILAS, F.V.: “Sobre la progresiva tendencia a la protección social de los inmigrantes irregulares: la STS (sala 4ª) de 29 de septiembre de 2003”, *Revista de Derecho Social*, n. 24, 2003, p.151-161.
- BABIANO, J. y FERNANDEZ ASPERILLA, A.: “*El fenómeno de la irregularidad en la emigración española de los años sesenta. Documento de trabajo 3/2002*”, *Fundación 1º Mayo*, www.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc302.pdf
- BABIANO, J.: “El vínculo del trabajo: los emigrantes españoles en la Francia de los treinta gloriosos”, *Migraciones & Exilios*, n. 2, 2001, pp. 9-37.
- BALANDI, G.G.: “Corporativismo e legislazione previdenziale negli anni '30. Note di ricerca”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1981, III, pp.1-26;
- BALANDI, G.G.: *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1984.
- BALANDI, G.G.: “Per una definizione del diritto alla Sicurezza Sociale”, *Politica del Diritto*, 1984, n. 4, pp. 555-576.
- BALANDI, G.G.: “Previdenza Sociale”, in *Digesto*, Utet, Torino, 1995, p. 294-295.
- BALANDI, G.G.: “El reglamento 883/2004 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 abril, relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social en el recorrido hacia la libre circulación y no solo de los trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*”, 2006, n. 64, pp. 75-84.
- BALDASSARRE, A.: “Diritti sociali”, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1989.
- BARASSI, L.: *Previdenza sociale e lavoro subordinato*, II vol., Giuffrè, Milano, 1954.
- BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1901, p. 584; citato da VINCENTI, P.C.: *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, Roma, Università degli Studi “La Sapienza”.
- BARETTONI ARLERI, A.: “Il rapporto giuridico previdenziale”, *Rivista italiana della previdenza sociale*, 1959, pp.3-ss.
- BARETTONI ARLERI, A.: *La finanza della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1979.
- BARRADA, A.: “Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978”, *Revista de Seguridad Social*, 1979, n. 2, pp. 29-83.
- BARRIOS BAUDOR, G.L.: “La pensión de jubilación mínima: el complemento a mínimos”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación : Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p. 937-970.

- BARTOLE, S. e BIN, R.: “Comentario all’art. 38”, *Commentario breve alla costituzione*, Cedam, Padova, 2008.
- BARTOLE, S.: “Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisioni di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988 n. 6, pp. 2361- 2376.
- BATTISTI, A.M.: “L’adeguatezza della prestazione tra Costituzione e riforme legislative”, *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n.2, 2008, pp. 309-352.
- BEVERIDGE, W.: *Alle origini del welfare State. Il rapporto su Assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, commento a cura di Ascoli, U., Benassi, D. e Mingione, E., FrancoAngeli, Milano, 2010.
- BEVERIDGE, W.: *Las bases de la Seguridad Social*, [The Pillars of Security and other War-Time Essays and Addresses, 1943], versión española: Fondo de Cultura Económica, 1946.
- BIFULCO, D.: *L’invulnerabilità dei diritti sociali*, Jovene Editore, Napoli, 2003.
- BIONDI DAL MONTE F.: “I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche”, *Istituzioni del federalismo*, 2008, n. 5, pp.39-ss.
- BIONDI DAL MONTE, F.: “Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione”, *Le Regioni*, n.6, 2008 n. 6, pp. 1099-1123.
- BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: “La consideración igual de los iguales”, *Revista de Política Social*, n., 74, 1967, p. 79-91.
- BOER, P.: Corte Costituzionale e indennità di disoccupazione, *Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1988, III, pp. 236-247.
- BONETTI, P.: “Italia”, en AA.VV, AJA, E. Y DIÉZ L. (coord.): *La regulación de la inmigración en Europa*. La Caixa, Barcelona, 2005.
- BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios jurídicos de la Previsión Social*, Aguilar, Madrid, 1962.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, n. 8, 1980, pp. 7-56.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pp. 25-42.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “La Seguridad Social en el marco jurídico constitucional”, en AA.VV., *La reforma de la Seguridad social. XVII encuentro entre empresarios, sindicalistas y laboristas*. Madrid, Fundación Friedich Ebert, Documentos y estudios, 1982.

- BOSCATI, A.: “Dirigenza sanitaria ed esercizio di attività libero professionale”, *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, n.6, pp.595-604.
- BOZZAO, P.: “L’adeguatezza retributiva delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte Costituzionale”, *Federealismi.it*, n.10, 2015
- BUZZACCHI, C.: “Cittadinanza e liveas”, in BALBONIO, E.: *La tutela multilivello dei diritti sociali*, vol.1, Jovene Editore, Napoli, 2008.
- CABEZA PEREIRO, J.: “Protección social de las personas extranjeras en España”, en CABEZA PEREIRO, J., y MENDOZA NAVAS, N. (coord): *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Bormazo, Albacete, pp. 253-300.
- CABIBBO, E.: “I partiti politici e la previdenza sociale in Italia”, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1944, pp.13-47.
- CALAMANDREI, P.: “Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori”, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, ed. G. Barbera, Firenze, 1950, pp. XC-CXXXIX.
- CAMPANELLA, P.: “Gratuità e contratto di lavoro (Nota a Cass. sez. lav. 23 agosto 2000, n. 11045)”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, n.4 pp. 624-634
- CANEVARI, F.M.: *Costituzione e protezione sociale. Il sistema previdenziale nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007.
- CARMONA CUENCA, E. *El Estado social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000.
- CARRASCOSA BERMEJO, M.D.: “La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia”, *Temas Laborales*, n. 48, 1998, p.81-134.
- CASSALE, D.: La prova del nesso di causalità professionale per le tecnopatíe non tabellate (a proposito della prima pronuncia che riconosce gli effetti cancerogeni dei campi elettromagnetici dei telefoni cellulari), “*Argomenti di diritto del lavoro*”, 2010, n. 6, II, pp. 1335-1349.
- CASSALE, D.: “Campi elettromagnetici e tumori professionali: Unione europea e Cassazione a confronto - Electromagnetic fields and occupational cancer: the European Union and Italian Supreme Court compared”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013 , n. 4, I, pp. 737-757
- CASAS BAHAMONDE, M.E.: “La constitucionalidad de la regulación “en serie” de las leyes de presupuestos sobre la cuantía de las pensiones públicas; y los límites objetivos de las cuestiones de inconstitucionalidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 67, 1994, pp. 807-818.
- CASMIRRI S.: “Sviluppo industriale e processi di modernizzazione in Italia e in Spagna dalla metà dell'Ottocento alla Prima Guerra Mondiale”, in CASMIRRI, S.

- e SUAREZ CORTINA, M. (coord): *La Europa del sur en la época liberal: España, Italia y Portugal: una perspectiva comparada*, Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, pp. 67-104.
- CASTAGNOLI, L.: “Il diritto alle prestazioni assistenziali di invalidità dello Straniero in Italia, nella normativa interna e comunitaria. Orientamenti giurisprudenziali”, *Immigrazione.it*, n. 87-88, 2009.
- CATALDI, E.: *Studi di diritto della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1958.
- CAVAS MARTINEZ, A.: “El modelo de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes”, *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 128, pp. 75-92.
- CAVAS MARTINEZ, F. y FERNANDEZ COLLADOS, M.B.: “Las autorizaciones de trabajo”, AA.VV.: SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A. (coord.), *Derecho del Extranjería*, Diego Marín, Murcia, 2007, p. 501-538.
- CAVAS MARTINEZ, F.: “Acción protectora no contributiva (Pensiones, Complementos a Mínimos y Prestaciones Familiares)”, *Foro de Seguridad Social*, n. 17, 2007, p. 118-127.
- CAVATERRA, R. e MARONGIU, N.: “Sentenza Corte Costituzionale n. 70 del 10 marzo 2015. La Corte ha dichiarato incostituzionale il blocco della perequazione automatica per le pensioni superiori a tre volte il trattamento minimo INPS”, Area contrattazione sociale CGIL www.cgil.it/Archivio/Welfare/politicheprevidenziali%5CnotaCGILsentenzaCorteCostituzionale70del%202015.pdf
- CEA AYALA, A.: “EL nuevo modelo de revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad social”, *Diario la Ley*, n. 8253, 2014, p. 8-ss.
- CHAMORRO CANTUDO, M.A. y RAMOS VAZQUEZ, I.: *Introducción jurídica a las historia de las relaciones de trabajo*, Dykinson, Madrid, 2013.
- CHERUBINI, A.: *Storia della previdenza sociale*, Editori riuniti, Roma, 1977
- CHERUBINI, A. e PIVA, I.: *Dalla libertà all'obbligo. La previdenza sociale fra Giolitti e Mussolini*, FrancoAngeli, Milano, 1998.
- CHIARELLI, G.: “Appunti sulla Sicurezza Sociale”, *Rivista Diritto del Lavoro*, p.I, 1965, pp. 287-ss.
- CHIARELLI, G.: “La Sicurezza Sociale”, in RIVA SANSEVERINO, L., e MAZZONI, G. (dir): *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 1971.
- CHIAROMONTE, W.: “La disapplicazione delle norme nazionali confliggenti con la CEDU e l’accesso dei non comunitari alle prestazioni di assistenza sociale. Nota a Tribunale di Pistoia, 4.5.2007”, *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n.2, 2007, p. 89-96.

- CHIAROMONTE, W.: “Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2008 n. 117, pp. 101-145
- CHIAROMONTE, W.: “Previdenza e assistenza sociale degli stranieri. Prospettive nazionali e comunitarie”, *Lavoro e Diritto*, n.4, 2009, pp. 587-612
- CINELLI, M.: “Appunti sulla nozione di previdenza sociale”, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 1982, n. 2, pp. 156-178.
- CINELLI, M.: “L' "adeguatezza" della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità”, *Il Foro italiano*, 1986 n.7-8, pp. 1771-1775.
- CINELLI, M.: “Rapporto giuridico di previdenza sociale”, *Digesto*, vol. XIII, Utet, Torino, 1996, pp.47-57.
- CINELLI, M.: *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CINELLI, M.: “Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte (Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70)”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2015, pp. 429-446.
- COBREROS MENDOZA, E.: “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, n. 19, pp. 27-60.
- COCIVERA, B.: “Sul concetto di “tributo” e sulla natura tributaria di alcuni proventi degli enti minori”, *Jus*, 1954, p. 94-ss.
- COLAPIETRO, C.: *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996.
- COLLADOS FERNÁNDEZ, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Murcia, Laborum, 2007.
- COLLADOS FERNÁNDEZ, M.B.: “Luces y sombras de la reforma de la pensión de jubilación en Italia su aplicabilidad al caso español”, *Actualidad laboral*, n. 13-14, 2012, pp. 2-ss.
- COM (2012) 153 final, de 30 marzo 2012: La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la UE.
- CORNELISSEN, R.: “50 years of European Social Security Coordination”, in *European Journal of Social Security*, 2009, n.11, p.11, citado in FOGLIA, R. e COSSIO, R.: *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012.
- CORREA CARRASCO, M.: “El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones”, *Protección social en las relaciones*

laborales extraterritoriales, Dirección general de ordenación de la Seguridad Social, 2005,
www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf

CORSI, C.: *Lo straniero e lo Stato*, Cedam, Padova, 2001.

CRISAFULLI, V.: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

CRISAFULLI, V.: “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, in OCCHIOCUPO, N. (a cura di): *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Cedam, Padova, 1984.

CRISTOBAL RONCERO, R.: “El personal investigador en formación: un contrato común con peculiaridades”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 83, 2009, p. 323-353.

CRO, P.: “Anche i ricchi piangono. Per le pensioni di importo più elevato la perequazione annuale non è costituzionalmente necessitata”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2011, n.2, pp.438-442.

D’ONGHIA, M. “Trattamenti pensionistici e intergrazione al minimo: una sentenza annunciata”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1994, II, n. 3, pp.832-836.

DE BLASCO GUERRERO, A. y PASTOR VERDY, J (coord.): *Fundamentos de Ciencia Política*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997.

DE COMPADRI, F. e GUALTIEROTI, P.: *L’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 1992.

DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L.: *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, Barcelona, 1984.

DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Comares, Granada, 2006.

DE GIORGIS, A.: *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Jovene Editore, Napoli, 1999.

DE LA VILLA DE LA SERNA, D.: “¿Es posible la supresión del tope máximo de las pensiones públicas de jubilación?”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, p. 999-1014.

DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1977.

DE LA VILLA GIL, L.E.: “El modelo constitucional de protección social”, en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.):

- Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, p.1529-1573.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Ediciones CEF, Madrid, 2006.
- DE LUCA TAMAJO, G. e MAZZOTTA, P.: “*Commentario brevi alle Leggi sull Lavoro*”, Cedam, Padova, 2013.
- DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La protección legal de la suficiencia del salario*, Dykinson, Madrid, 2002.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Las pensiones no contributivas en el marco constitucional”. En AA.VV, *Pensiones no contributivas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 278-ss.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2003, pp. 1972-1976.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, 2006, pp. 19-39.
- DICIOTTI E.: “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica”, *Quaderni Costituzionali*, 2004, p.733 e ss.
- DÍEZ PICAZO, L.: “Constitución, Ley, Juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 15, 1985, pp. 9-24.
- DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 2, Tecnos, Madrid, 1993.
- DOLSO, G.P.: “Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp.4113-4165.
- DONATI, A.: “Il rapporto giuridico della assicurazioni sociali”, *Diritto del Lavoro*, 1950, I, pp. 1-ss.
- DONDI, G., e RETUS, R.: “Perequazione delle pensioni: indici, adeguatezza e discrezionalità del legislatore”, *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n. 4, 2009, pp. 363-366.
- DURAN HERAS, A.: “Características de la población y equilibrio financiero del sistema de pensiones”, *Investigaciones Económicas (segunda época)*, 1986, vol. 10, n. 1, p. 97-126.

- DURAND, P.: *La politique contemporaine de la Sécurité Sociale* (1953), traducción al castellano y estudio preliminar de VIDA SORIA, J., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- EIANUDI, L.: *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949.
- ELORZA, A.: “Nacionalismo y Nacionalismos en España e Italia, dos procesos divergentes”, in SANZ GARCIA, F. (ed): *España e Italia en la Europa contemporánea: desde finales del siglo XIX a las dictaduras*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2002 p. 125.
- ESPOSITO, C.: “Commento all’art. 1 della Costituzione” , *La Costituzione italiana*, Padova, 1954.
- EVANGELISTA, S.: “La giurisprudenza costituzionale dell’ordinamento previdenziale”, *Diritto del Lavoro*, 1987, n.2, pp.146-159.
- FALSITTA, G.: *Manuale di diritto tributario. Parte Generale*, Milano, 2004.
- FANTOZZI, A.: *Il diritto tributario*, Torino, 2004.
- FASSARI, L.: “Previdenza Sociale”, *Digesto*, vol. XXXV, Utet, Torino, 1986.
- FERERA, M.: *Modelli di solidarietà. Politiche e riforme sociali nelle democrazie*, Il Mulino, Bologna, 1993.
- FERNÁNDEZ AVILES, J.A.: “La protección de Seguridad Social del trabajador inmigrante extracomunitario (puntos críticos de la reforma)”, en AA.VV.: MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011.
- FERNANDEZ DIAZ, A.: (responsable) Efecto de la Seguridad Social en la distribución de la renta, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Dirección general de ordenación de la Seguridad Social, 2006,
www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113298.pdf
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Condiciones incorporadas al complemento por mínimos de las pensiones contributivas a partir de 2013”, *Aranzadi Social*, n.6, 2012, pp. 135-164.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La seguridad social en el XXV Aniversario de la Constitución”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 49, 2004, pp. 127-170.
- FERNÁNDEZ SALGADO, F.: “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?” en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, Vol. IV, 1996, p. 4280-4309.

- FERRANTE, V: “Il caso italiano”, in FERRANTE, V., e ZANFRINI, L.: *Una parità imperfetta, esperienze a confronto sulla tutela previdenziale dei migranti*, Edizioni Lavoro, Roma, 2008.
- FERRERA, M.: *Il welfare state in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- FERRERA, M.: “The “Southern Model” of Welfare in Social Europe, *Journal of European Social Policy February*, 1996, n.6, p. 17-37.
- FERRERA, M.: *Welfare state reform in Southern Europe: Fighting poverty, social exclusion*, Routledge, 2005.
- FONT i LLOVET, T. e MERLONI, F.: “Il regionalismo spagnolo tra riforma costituzionale e riforma statutaria”, *Le Regioni* n. 6, 2005, p. 1179-1202.
- FORSHOFF, E.: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971; traducción a cargo de LOPEZ GUERRA, J. Y GONZALEZ MUÑIZ, J.: *El Estado de la sociedad industrial*, Civitas, Madrid, 1975.
- GAETA, L.: “L’influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1992, n. 53, I, pp.1-19.
- GALIANA MORENO, J.M.: “La vigencia en España de los tratados internacionales de carácter laboral”, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, CEC*, Madrid, 1980, pp. 161-184.
- GALIANA MORENO, J.M.: “Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España”, in GARCÍA ROMERO, B y LÓPEZ ANIORTE M.C (coord.): *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GAMBACCIANI, M.: “Blocco della perequazione automatica delle pensioni di importo più elevato e sospetti di illegittimità costituzionale”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2009, n. 3, p. 819-829.
- GAMBINO, S.: “Diritti Sociali e libertà economiche nelle costituzioni nazionali e nel diritto europeo” www.crdc.unige.it/doc/Gambino.pdf
- GARCÍA CORTAZAR Y NEBREDÁ, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, 2006, pp. 51-62.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982.
- GARCIA GONZALEZ, G.: *Orígenes y fundamentos de la prevención de riesgos laborales en España (1873-1907)*, Tesis doctoral Universidad de Barcelona, cita a GONZALEZ REBOLLAR, H.: Ley de accidentes de trabajo. Estudio crítico a la española de 30 de enero de 1900, Salamanca, Imprenta de Calón, 1903 p. 177.

- GARCÍA MURCIA, J.: “La protección por desempleo: una reseña de jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Laboral*, n. 4, 1993, p. 57-69.
- GARCIA ORMAECHEA, R. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la comisión superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo: 1902-1934.
- GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos y discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990.
- GARCÍA ORTUÑO, F.: *Seguros Privados y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1976.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *Aspectos Internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Lagunas de cobertura del sistema español de seguridad social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo”, *Revista de Derecho Social*, n. 68, 2014, pp. 67-98.
- GARCÍA ROMERO, B.: *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, CES, Madrid, 1999.
- GARCÍA VALVERDE, M.: *La cuantía de las prestaciones en el sistema social español*, Comares, Granada, 2003.
- GARCÍA VALVERDE, M.D.: “Revalorización de pensiones. Topes mínimos y máximos. Novedades 2009”. *Revista de treball, economia i societat*, n. 52, 2009, p. 9-16.
- GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGINA, J.R.: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- GASLINI, M.: “Sull’efficacia giuridica della Carta del Lavoro”, *Diritto e Società*, 1999, n.3, pp. 379-432.
- GETE CASTILLO, *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lexnova, Madrid, 1997.
- GHERA, E.: “«Il sistema giuridico della previdenza sociale», di Mattia Persiani, cinquant’anni dopo”, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n.3, 2010, p. 475-479.
- GIROTTI, F.: *Welfare state. Storia, modelli, critica*, Carocci, Roma, 1998.
- GIUBBONI, S.: “Infortuni sul lavoro e malattie professionali”, Enciclopedia TRECANNI

- GIUBBONI, S.: “Libertà di circolazione e protezione sociale nell’Unione Europea”, *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1998, pp. 81-ss.
- GIUBBONI, S.: “I diritti sociali alla prova della crisi: l’Italia nel quadro europeo”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 142, 2014, p. 269-277.
- GOMES CANOTILHO, J.J.: “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, 1988, p. 239-260.
- GÓMEZ OCHOA, F.: “Conservadurismo liberal español y el italiano ante la formación del estado liberal, 1848-1876. Un análisis coparado del partido moderado y la destra storica, in CASMIRRI, S. e SUAREZ CORTINA, M. (coord): *La Europa del sur en la época liberal: España, Italia y Portugal: una perspectiva comaprada*, Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, pp. 177-202.
- GONZALEZ LABRADA, M.: “La regulación de las pensiones de jubilación a partir de la constitución de 1931”, in LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación : Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 273-306.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario para su reforma*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Madrid, 1985 pp. 267-289.
- GONZALEZ ORTEGA, S.: “Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social”, en X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Trotta, Madrid, 1992, pp. 199-238.
- GONZALEZ ORTEGA, S.: “La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1998, n. 12 , p. 35-53.
- GONZALEZ-BUENO Y BOSCOS, P.: *En una España cambiante*, Altera, Barcelona, 2005, pp. 147-151, citado por RUIZ RESSA, J.D. en *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*, Dykinson, Madrid, 2015 p. 50.
- GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 2, 1997, pp. 97-110.
- GORINI, “Considerazione sui contributi di assicurazione sociale”, *Sicurezza Sociale*, 1950, p. 11-ss.
- GUARINO, G.: “La previdenza sociale nella Costituzione italiana e nelle altre costituzioni”, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, n.39, 1952, p. 15-28.

- HERNAINZ MÁRQUEZ, M.: *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*, Vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.
- HERNANDEZ, S.: *Lezioni di Storia della Previdenza Sociale*, Cedam, Padova, 1972.
- HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, M.: “Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 9, 1979, p. 73-98.
- INGROSSO, M.: “I premi di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la loro natura tributaria”, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1954, p. 663-ss.
- KAHALE CARRILLO, D.T.: “La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales”, *Relaciones laborales*, n.1, 2008, p. 225-254.
- LAGALA, C.: *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà. Percorsi nel sistema pensionistico e degli ammortizzatori sociali*, Caccuci, Bari, 2001.
- LAGALA, C.: *Previdenza e assistenza sociale. Origini, evoluzione e caratteri attuale della tutela*, Ediesse, Roma, 2006.
- LAMBERTUCCI, P.: *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, 2010.
- LASSANDARI, A.: “Gli italiani o a nessuno: I c.d. bonus bebè e la ritorsione discriminatoria (Nota a Trib. Brescia sez. lav. 12 marzo 2009)”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, n. 1, p.198-201.
- LEGA, C.: *Il rapporto giuridico di previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1969.
- LEVI SANDRI L.R.: “Contributi previdenziali”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 267-268.
- LEVI SANDRI L.R.: *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1953.
- LEVI SANDRI, L. R.: “Lavoro (contratto individuale)”, *Digesto*, vol. XXIII, 1973.
- LIETO, S.: “Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015”, *Forumcostituzionale.it*
- LOMBARDI, G.: “Diritti di libertà e diritti sociali”, *Politica del diritto*, n. 1, 1999, pp.7-16.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi Editorial, 1996.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C., y FERRANDO GARCÍA, F.M.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos: Nuevo régimen jurídico. Hacia la construcción del régimen común de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Civitas, Madrid, 2005

- LÓPEZ ANIORTE, M.C., “El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: un proceso inacabado”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pp. 68-81.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C., “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la «habitualidad» al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial”, *Revista de Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 9, 2013, pp. 67-102.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C. “Precisando conceptos: autónomo, empresario y emprendedor”, en (M. FARIAS BATLLE y F. FERRANDO GARCÍA, Dir.), *Fomento del trabajo autónomo y la economía social*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 33-60.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros”, *Tribuna Social*, n. 187, 2006, p. 13-30.
- LOPEZ GANDÍA, J.: “Los niveles de Seguridad Social en la Constitución Española entre interpretación jurisprudencial y desarrollo legislativo”, *Tribuna Social*, 1993, n. 35, p. 14-23
- LÓPEZ GANDÍA. J.: “La cotización a la Seguridad Social”, en BLASCO LAHOR, J.F y LÓPEZ GANDÍA, J (dir.), *Seguridad Social Práctica Práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LÓPEZ GANDÍA. J.: “La cotización a la Seguridad Social”, en BLASCO LAHOR, J.F y LÓPEZ GANDÍA, J (dir.), *Seguridad Social Práctica Práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., SATRÚSTEGUI, M., : *Derecho Constitucional*, vol. 1, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- LUCAS VERDÚ: Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada”, *Revista de Derecho Político*, n. 10, 1981, pp. 7-46.
- LUCIANI, A.: “Natura giuridica e prescrizione del contributo previdenziale con riferimento ai fondi gestiti dall’Inps”, *Rivista Diritto del Lavoro*, 1969, I, p. 180-ss.
- LUCIANI, A.: *Saggio sulla contribuzione previdenziale*, Cedam, Padova, 1977.
- LUDOVICO, G.: “Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo”, *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4, 2013, p. 909-936.
- LUJÁN ALCARAZ, J., y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los regímenes especiales de Seguridad Social”, en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V.:

- El modelo social en la Constitución española de 1978*, 2003, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, pp. 1007-1032.
- LUJÁN ALCARAZ, J. (2004). “A propósito del Estatuto del becario de investigación”, *Aranzadi Social*, n. 5, p.23-34.
- MAINARDI, S. e CARINCI, A.: *Lavoro autonomo e riforma delle professioni*, Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro, Cedam, Milano, 2008
- MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MALDONADO MOLINA; J.A.: *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ L.A; FERNANDEZ AVILÉS, J.A. (Coord.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, pp.265-305.
- MANCINI, F.: “Principi fondamentali di diritto del lavoro nell’ordinamento delle Comunità europee”, in AA.VV.: *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988.
- MANCINI, F.: “Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, I, 1986, pp.1179-ss.
- MANTIN VALVERDE, A.: “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Política Social*, n. 137, 1983, p. 105-168.
- MARASCO, F.: “Considerazioni sull’atteggiamento dei giudici costituzionali circa i rapporti tra interessi individuali e interessi collettivi nella previdenza sociale”, *Argomenti di diritto del Lavoro*, n. 4, 2015, p. 898-909.
- MARÍN MARÍN, J., y GALLEGO MOYA, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bormazo, Albacete, 2005.
- MARKENSIS, B.S.: *Foreing Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Hart Publishing, Oxford, 1997.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 33, 1988, pp.55-70.
- MARTIN VALVERDE, A.: “La formación del derecho del trabajo en España”, estudio preliminar a AA.VV., *La legislación en la historia de España de la Revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- MARTINEZ GIRÓN, J.: “Concepto, evolución histórica y legislación general vigente”, en MARTINEZ GIRON, J; ARUFE VARELA, A y CARRIL VAZQUEZ X.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2006, pp. 1-25.

- MASULLI, I.: “Il dibattito sul lavoro e i diritti sociali all’Assemblea Costituente”, in *Storicamente.org*
- MATEO RODRIGUEZ, L.: *La tributación parafiscal*, Colegio Universitario León, 1978.
- MAZZIOTTI, M.: “Diritti sociali”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, p. 805-ss.
- MAZZONI, G.: “Esiste un concetto giuridico di Sicurezza Sociale”, *I problemi della sicurezza sociale*, 1967, pp. 177-ss.
- MOLAS, I.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (coords.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 1425-1524.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Limitación de la cuantía de las pensiones en la Ley de Presupuestos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 31, 1987, p.423-430.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Curso de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Civitas, Madrid, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MORÁN GARCÍA, G.: “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 6, 202, p. 501-530.
- MORANDO, E.: “La sentenza n.70 del 2015 sulle pensioni”, *Federalismi.it*, n.10, 2015.
- MORELI: *Prime linee di introduzione alla teoria della parafiscalità*, Cedam, Padova, 1957.
- MORRONE, A.: “Ragionevolezza a rovescio. L’ingustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale”, *Federalismi.it*, n. 10.
- MORTATI, C.: Il lavoro nella Costituzione, *Diritto del Lavoro*, 1954, p. 155.
- MORTATI, C.: Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, *Foro Italiano*, V, 1970, n. 9, pp. 153-191.
- MOSCHETTI, F.: *Il principio della capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1973.

- MUSSO, S.: *Tra fabbrica e società: mondi operai nell'Italia del Novecento*, vol. 33, Feltrinelli, 1999, p. 9.
- NAPPI, S.: “La disciplina e le politiche in materia di immigrazione”, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2007, n. 1-2, pp.77-138.
- NICOLINI, C.A.: “La perequazione automatica delle pensioni prima e dopo la manovra finanziaria per il 1998”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1998, pp. 781-ss
- NIGRO, M.: “L’edilizia popolare come servizio pubblico”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, p.118 -ss.
- OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997.
- OLIVELLI, P.: *La costituzione e la sicurezza sociale. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1988.
- ORICCHIO, M.: *Il contenzioso previdenziale. Lineamenti sostanziali e processuali*, Cedam, Padova, 2010.
- ORTIZ CASTILLO, F.: *La protección social de los ministros de culto, religiosos y secularizados*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2014.
- OTTAVIANO, V.: *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Giuffrè, Milano, 1988.
- PALADIN, L.: *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1995.
- PALOMARES AMAT, M.: “La cooperación social entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb”, *Affers Internacionals*, n. 48, p. 89-106.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 301-336.
- PAREJO ALONSO, L.: *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.
- PASSANITI, P.: “Le radici del particolarismo giuslavoristico novecentesco. La parabola storica dell’uomo subordinato”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 141, 2014, p. 55-70.
- PERA, L.: *L’automatica (parziale) delle prestazioni nell’assicurazione invalidità e vecchiaia*, Sicurezza Sociale, 1970.
- PERA, G.: *Diritto lavoro*, Cedam, Padova, p. 634.

- PERA, G.: “Previdenza ed assistenza sociale”, intervento alle Giornate di studio di Rimini AIDLASS, *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, 28-29 aprile 1984, in Atti, Milano, 1985.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991.
- PEREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Civitas.
- PERRIN G. “Racionalización y humanización, dos objetivos prioritarios para una reforma de la Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, n. 12, 1982, pp. 479-496.
- PERSIANI, M.: *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960.
- PERSIANI, M.: “Sicurezza sociale e persona umana”, *I problemi della sicurezza sociale*, 1970, n. 4, pp. 609-623.
- PERSIANI, M.: “Commento all’art. 38”, in BRANCA, G.: *Commentario della Costituzione*, Rapporti Economici, Tomo I art.35-40, Zanichelli-Bologna e Foro Italiano-Roma, 1979, pp. 232-256.
- PERSIANI, M.: “Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1984, p. 481-ss.
- PERSIANI, M.: “Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1996, n. 3, pp.53-61.
- PERSIANI, M.: “Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale”, in AMBROSO, G. M, FALCUCCI, G.: “Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro”, in *Lavoro, la giurisprudenza costituzionale 1 luglio 1989 - 31 dicembre 2005*, IX, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2006.
- PERSIANI, M.: *Diritto della Previdenza Sociale*, Cedam, Padova, 2012.
- PERSIANI, M.: “Crisi economica e crisi del Welfare State”, Convegno AIDLASS, Bologna, 2013.
- PERSIANI, M.: “Considerazioni sulla relazione annuale del presidente dell’INPS”, *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 5, 2015, pp. 891- 897.
- PESSI, A.: “Perequazione automatica delle pensioni medio-alte e discrezionalità del legislatore: il difficile tema del bilanciamento tra istanze di solidarietà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale”, *Diritto del Lavoro*, 2011, n. 4, pp. 877-880.
- PIC, P., e ALZAGA RUIZ, I.: *Estudio crítico de la Ley de accidentes de trabajo francesa de 9 de abril de 1898*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad (en el sistema español de Seguridad Social)*, Reus, Madrid, 2008.
- PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- PIZOFERRATO, A.: “Perequazione pensionistica e controllo di ragionevolezza della norma interpretativa”, *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008, n. 1, II, p. 187-207.
- POGGI, M.: “La Corte costituzionale e le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini extracomunitari”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.4, 2006, pp. 81-86.
- POLO SANCHEZ, M.C.: “Prestaciones no contributivas y principio de igualdad”, *Relaciones Laborales*, I, 1995, pp. 115-144.
- PROSPERETTI, G.: “Alla ricerca di una *ratio* del sistem apensionistico italiano (nota Sentenza C. Cost. n. 70/2015)”, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2015, n.6, pp.419-421.
- PUMAR BELTRAN, N. y REVILLA ESTEVE, E.: “Comentario al art. 48 LGSS”, en ALARCÓN CARACUEL, M.R. (dir): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 311-315.
- PURI, P.: *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Valores constitucionales y Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 13, 1998, pp. 199-214.
- RANALDI, “Natura giuridica del contributo assicurativo”, *Previdenza Sociale nell’Agricoltura*, 1953, p. 107-ss.
- REGNA, S.: “Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori”, *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2005, p. 53-93.
- REITZ, “New directions in Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 1998, p. 617-636.
- RENOUVIN, P.: *La crisis europea y la Primera Guerra Mundial*, Akal, Madrid, 1990.
- RODRIGUEZ BOTÍ, F.: “La Seguridad Social. Cotización y naturaleza jurídica”, *Estudios de Derecho Tributario*, vol. 1, IEF, Madrid, 1979.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi Editorial, 2006.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: Comentario al art. 7 LGSS, en MARTÍN VALVERDE Y GARCÍA MURCIA (dirs), *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2009.

- RODRÍGUEZ CARDO, I.: El concepto de asistencia social: un foco de permanente tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2011, pp. 797-816.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO M. “Justicia constitucional y Derecho del Trabajo”, en ALARACÓN CARACUEL, M.: *Constitución Española y Derecho del Trabajo* (1981-1991), Marcial Pons, 1992, pp. 427-446.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Seguridad Social, Riesgo Profesional y Accidente de Trabajo”, *Relaciones Laborales*, n.1, 2000, pp. 2-ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La configuración de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, n. 6, 2008, pp. 69-82.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, Pensiones no contributivas, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1982.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S.: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en PRADOS DE REYES, F.J. (coord), II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1985.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.E.: “El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad”, *Relaciones Laborales*, 2014, n.5, pp. 1-23.
- ROMAGNOLI, U.: “Il principio d’uguaglianza sostanziale”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, n. 4 p. 1289-1330
- ROMAGNOLI, U.: “Ritornare a Barassi?”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, n. 4, pp.1367-1370
- ROMAGNOLI, U.: “Weimar e il diritto del lavoro in Italia – Weimar and labour law in Italy”, *Lavoro e diritto*, 2010, n. 2, pp. 181-190.
- ROMÁN VACA, E.: “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo yAsuntos Sociales*, n. 64, 2006, p. 110.

- ROMBOLI, R.: “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las Leyes planteado en vía incidental”, *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, n. 46, 1996, pp. 35-80.
- ROSSI, F.P.: *La previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1988.
- ROSSI, E.: *Le formazioni sociali nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989.
- ROSSI, F.P.: *La previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2000.
- RUESGA BENITO, S.M.: “En recuerdo de los trabajos del Comité de Expertos para la elaboración del factor de sostenibilidad de las pensiones públicas. La visión de un experto perplejo”, *Relaciones Laborales*, n. 5, 2014, pp. 51-71.
- SALANDRA, A.: *Un caso di socialismo di stato. Lo stato assicuratore*, Nuova antologia, LVII(1881), p. 463, citado in OTTAVIANO, V.: *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988.
- SALAZAR, C.: *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giuffrè, Milano, 2000.
- SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La segunda República*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.
- SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “Delimitación jurídica del objeto de protección de la Seguridad Social española”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V.*, n. 20, 2009, p. 59-77.
- SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 47, pp. 17-47.
- SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.
- SANTORO PASSARELLI, F.: “Rischio e bisogno nella previdenza sociale”, in *Rivista italiana di Previdenza Sociale*, n.1, 1948, p. 177-196.
- SCHILLACI, A.: “Pensione di reversibilità e coppie omosessuali: quadro comparativo”, *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2015.
- SELMA PENALVA, A.: “Inconcreciones en cuanto al régimen de Seguridad Social de los empleados al servicio del hogar familiar tras la Ley 27/2011: Algunas reflexiones prácticas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n. 350, 2012, p. 53-88.
- SELMA PENALVA, A.: “Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas”, *Actualidad Laboral*, n. 2, 2012, pp.1-ss;

- SEMPERE NAVARRO, A.V, y CARDENAL CARRO, M.: “La Seguridad Social en la doctrina del Tribunal Constitucional, en TORTUERO PLAZA, J.L. (coord): *Cien años de Protección Social en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pp.423-489.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., et. alt.: *Política de sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005.
- SERRANO GUIRADO, E.: “La justicia administrativa”, *Revista de administración pública*, n.6, 1951, pp. 143-162.
- SERRANO PICÓN, R.: *Las enfermedades profesionales y la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 1970.
- SERRANO VIVERO, J.B.: “Actualización de las pensiones”, *Trabajo y Derecho*, n.5, 2015.
- SIMI, V.: *Il pluralismo previdenziale secondo costituzione*, FrancoAngeli, Milano, 1986.
- SIMI, V.: “Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera”, *Rivista Infortuni e malattie professionali*, 1972, I, p.1-ss.
- SOLÀ I GUSSINYER, P.: “El mutualismo y su función social: sinopsis histórica”, *Revista de Economía, Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC-ESPAÑA n. 44, 2003, pp. 183-194.
- SORIANO GARCÉS, V.: “El Seguro Escolar. Seguridad Social de los estudiantes”, *RISS*, n. 2, 1978, p. 384-389.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La Seguridad Social y la constitución de 1978”, *Papeles de Economía Española*, n. 12-13, 1981, pp. 119-128.
- TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Actualidad Laboral*, n. 39, 1998, p. 727-737.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: “Garanzie del cittadino e ruolo del Tribunal costituzionale”, *Diritto e società*, n. 1, 1988, pp. 155-170.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “La duración de la jornada de trabajo y las pensiones contributivas de la Seguridad Social: examen particularizado del contrato a tiempo parcial” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 65, 1994, pp. 467-480.
- TORSELLO, L.: *L'accesso dell'extracomunitario all'assistenza sociale, in Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, Bari, 2007

- TORTUERO PLAZA, J.L.: “Artículo 7”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, p.143.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: “Dos sentencias constitucionales sobre desempleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 31, 1987, p. 461-476.
- TOSCANI GIMENEZ, D.: “La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre y su constitucionalidad”, en *Relaciones Laborales*, n.2, 2014, pp. 91-102.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.
- TURRATO, G.: “La tematica dei cittadini stranieri in riferimento all’accesso alle prestazioni non contributive a dieci anni di distanza dall’approvazione della legge n. 40/1998”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, 2008, II, p. 496-505.
- TURSI, A.: “La nuova disciplina dell’immigrazione per lavoro: una ricognizione critica”, in TURSI, A, et. at.: *Lavoro e immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2005.
- UCELAY REPOLLES, M.: *Previsión y seguros sociales*. Madrid, 1955.
- URQUIZU CAVALLÉ, A.: *La naturaleza jurídica de las cotizaciones sociales*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- VALDES DAL-RÉ, F.: “La pensión de jubilación máxima. El tope de pensión de jubilación”, en en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación : Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 971-998.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El Derecho del Trabajo en la Segunda República”, *Relaciones Laborales*, n.8, 2006, pp. 176-207.
- VALDUEZA BLANCO, M.D.: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, LexNova, Valladolid, 2008.
- VALENTI, V.: *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2013.
- VÁZQUEZ VIALARD, A.: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo IV. Buenos Aires, Astrea, 1983.
- VEDASCHI, A.: “Los derechos fundamentales nella Costituzione spagnola del 1978”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2008, pp. 1834 – 1861.

- VENEZIANI, B.: “Il popolo degli immigrati e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta”, *Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2007, pp. 479-568.
- VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad social*, traducción al castellano de Tudela Cambroner, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995.
- VICENTE-ARCHE, F.: “Notas de Derecho Financiero a la Ley de tasas y exacciones parafiscales de 26 de diciembre de 1958”, *Revista de Administración Pública*, n.33, 1960, p. 377-414.
- VINCIERI, M.: “Verso la parità tra cittadini italiani e stranieri nell’accesso alle prestazioni assistenziali (Nota a Sent. C. Cost. 15 marzo 2013, n. 40)”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013 n. 4, II, pp. 954-958.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. M.; QUESADA SEGURA R., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2012.
- VIDA SORIA, J.: “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2001, p. 377-392.
- VIDA SORIA, J.: “La Reforma de la Seguridad Social en España” II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.
- VIDA SORIA, J.: “La seguridad social en la Constitución de 1978”, en AA.VV. Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social (Madrid, 14 a 26 marzo 1983). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1984.
- VINCI, S.: “Il Fascismo e la Previdenza sociale”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, III, Cacucci, Bari, 2011.
- VIOLONI, L.: “Commento all’art 38”, BIFULCO. R., CELOTTO. A., OLIVETTI. M.: *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 775-ss.
- ZANGARI. G.: “Riforma pensionistica e sistema costituzionale”, *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1980, I, pp. 18-99.
- ZANGARI, G.: “Perequazione automatica e «adeguamento» costante della pensione al metro monetario: profili costituzionali (nota a C. Cost. 13 marzo 1980, n. 26)”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1980, n.4, pp. 303-307.
- ZWEIGERT, K. Y KÖTZ, H.: *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México, 2002.