

Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi*

Giovanna Pistore

1. I termini della questione.	483
2. La pensione ai superstiti tra previdenza, assistenza e solidarietà familiare.	483
3. Convivenza <i>more uxorio</i> e tutele previdenziali.	484
4. Un'esclusione irragionevole?	486
5. La proposta di legge in materia.	488
6. I problemi vecchi e nuovi del sistema.	490

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 345/2017

1. I termini della questione.

La legge 20 maggio 2016, n. 76, nell'introdurre l'istituto delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplinare le convivenze di fatto, ha anche previsto indirettamente l'estensione ai membri dell'unione civile delle tutele previdenziali¹⁴⁰⁷.

Si dispone infatti che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» (art. 1, c. 20, l. n. 76/2016). Questo vale quindi pure per l'art. 13 del R.D. n. 636/39, che disciplina le tutele previdenziali per i familiari del lavoratore assicurato o pensionato defunto.

Resta una questione irrisolta, che ha sollevato perplessità in dottrina e accesi dibattiti nell'opinione pubblica: l'esclusione, dall'ampliamento della tutela ai superstiti, del convivente di fatto. E di tale problema vogliamo occuparci, volgendo lo sguardo ai fondamenti degli istituti coinvolti per individuare i principali problemi e le possibili soluzioni.

2. La pensione ai superstiti tra previdenza, assistenza e solidarietà familiare.

La pensione ai superstiti assolve ad una tutela polifunzionale, al crocevia tra previdenza, assistenza e solidarietà familiare.

La morte del lavoratore viene considerata un evento protetto, poiché «rappresenta per i familiari (...) anche il venir meno della fonte di reddito sulla quale fin a quel momento avevano potuto fare affidamento¹⁴⁰⁸». La pensione ai superstiti altro non è che il riflesso sul piano previdenziale di quegli obblighi di assistenza morale e materiale e mantenimento dei figli sanciti dagli artt. 29 e 30 Cost. ed esplicitati dagli artt. 143 e 147 c.c.¹⁴⁰⁹.

L'istituto viene ricondotto in via mediata nell'alveo delle prestazioni previdenziali poiché è finanziato almeno in parte attraverso i contributi versati dal lavoratore deceduto, che abbia conseguito i requisiti assicurativi e contributivi richiesti dalla legge¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁷ Per una disamina dei profili previdenziali e lavoristici della legge: P. CAPURSO, La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 4/2016, p. 609 ss.; C. A. NICOLINI, Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto?, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 3/2016, 563 ss.; P. PASSALACQUA, Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 320/2017; B. DE MOZZI, Le ricadute lavoristiche della l. n. 76/2016 in materia di unioni civili: luci ed ombre, Arg. Dir. Lav., n. 1/2017, p. 40 ss.

¹⁴⁰⁸ M. CINELLI, Diritto della previdenza sociale, Giappichelli, Torino, 2016, p. 626 ss.

¹⁴⁰⁹ Cfr. M. PERSIANI, La funzione della pensione di reversibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, Giur. Cost., 1980, I, p. 494 ss., P. BOZZAO, La protezione sociale della famiglia, Lav. Dir., n. 1/2001, p. 58. Si veda anche Corte cost., 18 marzo 1999, n. 70; 28 luglio 1987, n. 286.

¹⁴¹⁰ P. CAPURSO, op. cit. Cfr. anche M. PERSIANI, op. cit. In realtà la diversa provenienza del finanziamento non funge più da criterio indefettibile di distinzione tra previdenza e assistenza, posto che in parte anche le prestazioni previdenziali vengono finanziate attraverso la Gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali (Gias), che funge da collettore delle risorse reperite dallo Stato attraverso la fiscalità generale: si veda S. CATINI, Il difficile rapporto tra previdenza e assistenza in Italia, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 3/2010, p. 643 ss.

Per converso le prestazioni ai superstiti, «se si ha riguardo alla posizione professionale dei soggetti che ne beneficiano, potrebbero, o meglio dovrebbero, rientrare in quelle forme di tutela previdenziale che si caratterizzano per essere estese a tutti i cittadini¹⁴¹¹», ossia nell'ambito dell'assistenza.

Tali dati non sono influenti, perché la diversa qualificazione della prestazione in esame muta completamente le categorie dogmatiche di riferimento. Ai sensi dell'art. 38 Cost. la previdenza si esplica nel diritto ad un trattamento adeguato alle esigenze di vita, l'assistenza invece nella più limitata assicurazione dei mezzi necessari per vivere. Inoltre, mentre nel caso delle prestazioni previdenziali la «situazione di bisogno» che ne è il presupposto è presunta, per quelle assistenziali l'accertamento dello «stato di bisogno» avviene in concreto¹⁴¹².

Nel caso del trattamento ai superstiti anche i familiari partecipano del *favor* accordato ai lavoratori, «ai quali viene riconosciuta una tutela rafforzata in ragione dell'aver maggiormente contribuito, con il loro lavoro, al benessere della collettività¹⁴¹³». Il parametro del trattamento non è il minimo vitale, cioè «l'insieme dei beni necessari quanto meno alla "conservazione" dell'esistenza di una persona», ma lo stesso reddito percepito dal lavoratore, stante la tutela rafforzata accordata in virtù degli artt. 38 c. 2 e 36 Cost.¹⁴¹⁴

Non mancano tuttavia, pure in questo campo, degli elementi di commistione. Uno in particolare è la riduzione della pensione ai superstiti sulla base del reddito percepito dal coniuge, ai sensi dell'art. 1, c. 41, l. n. 335/1995, che introduce così la categoria dell'accertamento del bisogno in concreto proprio della prestazione assistenziale.

3. Convivenza *more uxorio* e tutele previdenziali.

Bisogna dire che già prima dell'adozione della legge n. 76/2016 il rapporto di convivenza, sul piano previdenziale, non era completamente irrilevante, venendo considerato nel riparto della pensione ai superstiti tra coniuge ed ex coniuge al quale la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio avesse riconosciuto il diritto all'assegno.

La convivenza – quella prematrimoniale – non assumeva autonomo e pari rilievo rispetto al vincolo di coniugio, ma veniva valorizzata in via equitativa quale correttivo che evitasse «l'attribuzione, da un canto, al coniuge superstite di una quota di pensione del tutto inadeguata alle più elementari esigenze di vita e, dall'altro, all'ex coniuge di una quota di pensione del tutto sproporzionata all'assegno in precedenza goduto¹⁴¹⁵». Restava però ben ferma la preminenza del vincolo matrimoniale di cui, in virtù dell'art. 9, c. 3, l. 898/70, si doveva (e si deve) tenere conto in via prioritaria.

¹⁴¹¹ M. PERSIANI, op. cit.

¹⁴¹² A. M. BATTISTI, L' "adeguatezza" della prestazione tra Costituzione e riforme legislative, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 2/2008, p. 309 ss.; si vedano anche le riflessioni di R. PESSI, Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare, RDSS, n. 4/2016, p. 595 ss.

¹⁴¹³ P. BOZZAO, op. cit., e segnatamente p. 47.

¹⁴¹⁴ D. GAROFALO, «Amore senza età» e pensione di reversibilità, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 1/2017, p. 79 ss. e in particolare le pp. 80 – 86.

¹⁴¹⁵ Corte cost., 4 novembre 1999, n. 419, che ha conformato la successiva giurisprudenza di legittimità. Ex multis, Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2014, n. 14793; Id., 14 marzo 2014, n. 6019; Id., 21 giugno 2012, n. 10391.

Nella consolidata giurisprudenza costituzionale e di legittimità¹⁴¹⁶ è sempre stata ribadita la differenza ontologica tra i due tipi di legame, ricondotti tra l'altro a due diversi (parzialmente) referenti costituzionali: mentre il matrimonio gode della tutela rafforzata di cui all'art. 29 della Carta, la convivenza di fatto viene considerata unicamente una formazione sociale ex art. 2 della Costituzione¹⁴¹⁷. «La convivenza *more uxorio*, basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile, presenta caratteristiche così profondamente diverse dal rapporto coniugale da impedire l'automatica assimilazione delle due situazioni al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento¹⁴¹⁸». E, si aggiungeva, nell'ambito della tutela ai superstiti tale parificazione era impossibile anche per l'insussistenza, nella convivenza, di un preesistente rapporto giuridico su cui innestare quello previdenziale.

È questo il retaggio culturale di fondo che ha determinato l'approdo contraddittorio cui è pervenuto il Legislatore nella legge n. 76/2016. Contraddittorio perché, nonostante il tentativo di una differenziazione, per vari aspetti le convivenze di fatto presentano un'immagine che ricorda il vincolo di coniugio.

Vengono definite conviventi di fatto «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile» (c. 3, art. 1, l. n. 76/2016). Ma, secondo la ricostruzione dogmatica consolidata, la reciproca assistenza tra i conviventi – diversamente dal matrimonio – non integrerebbe una situazione interna di carattere obbligatorio giuridicamente imposta e tutelata, fungendo però da elemento costitutivo della fattispecie e presupposto di applicazione dell'istituto¹⁴¹⁹.

A tale previsione viene affiancata la predisposizione di una serie ulteriore di tutele, come l'estensione dei diritti spettanti al coniuge nei casi stabiliti dall'ordinamento penitenziario (c. 38), il diritto di visita e assistenza nel caso di ricovero ospedaliero (c. 39), la facoltà di designare il convivente quale rappresentante in caso di malattia o morte (c. 40), la possibilità di permanere nella casa di comune residenza dopo la morte del convivente proprietario (c. 42) e, addirittura, il diritto agli alimenti in caso di scioglimento del legame (c. 65).

¹⁴¹⁶ Di recente, Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 2016, n. 22318, in tema di reversibilità della pensione di inabilità, con commento di R. NUNIN, Convivenza e reversibilità della pensione di inabilità: senza unione civile, nulla cambia, Fam. Dir., n. 4/17, p. 313 ss.

¹⁴¹⁷ Per dovere di completezza, occorre ricordare che anche la famiglia fondata sul matrimonio trova tutela non solo nell'art. 29 Cost. ma pure nell'art. 2 della Carta.

¹⁴¹⁸ Corte cost., 11 giugno 2003, n. 204; così anche Id., ord., 14 gennaio 2010, n. 7; 23 novembre 2000, n. 461; 28 luglio 1987, n. 286.

¹⁴¹⁹ Cfr. C. BONA, La disciplina delle convivenze nelle l. 20 maggio 2016 n. 76, commento a Cass. civ. sez. III, 7 marzo 2016, n. 4386, Foro it., n. 6/2016, pt. 1, pp. 2093 ss. Osserva sempre C. BONA, Cenni sulla fattispecie della "convivenza di fatto", nota a Cass. sez. I pen. 18 ottobre 2016, n. 44182, Foro it., n. 2/2017, pt. 2, p. 42 ss., che «La «famiglia di fatto» si è sempre ritenuto si costituisca al perfezionarsi di una fattispecie complessa, non riducibile al mero scambio delle manifestazioni della volontà di convivere e non avente carattere negoziale. La giurisprudenza richiede da sempre un'«effettiva comunione di vita» (espressione sintetica ma efficacemente riassuntiva, protratta nel tempo («stabile»), «analoga» a quella che caratterizza il rapporto coniugale, quindi dotata di un sostrato «affettivo» e caratterizzata dall'assistenza reciproca, materiale e morale. Svariati indici suggeriscono che questa sia l'impostazione accolta anche dal legislatore del 2016 nel delineare le «convivenze di fatto». La letteratura civilistica al riguardo è amplissima: si menziona, tra i molti contributi, L. BALESTRA, La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, Fam. Dir., n. 10/17, p. 919 ss.; L. LENTI, Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri, Fam. Dir., n. 10/17, p. 931 ss.; G. OBERTO, La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza, Fam. Dir., n. 10/17, p. 943 ss.; M. R. MOTTOLA, Famiglia di fatto, voce in Nuovo Dig., Utet, 2017; E. QUADRI, «Convivenze» e «contratto di convivenza», www.juscivile.it; R. PACIA, Unioni civili e convivenze, www.juscivile.it; L. LENTI, La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura, www.juscivile.it.

È innegabile quindi che anche nella convivenza di fatto, al pari del vincolo di coniugio e dell'unione civile, sussista un vincolo di solidarietà.

4. Un'esclusione irragionevole?

Alla luce delle indicate analogie sorge inevitabilmente la domanda se l'esclusione dei conviventi dalle tutele previdenziali possa considerarsi discriminatoria o irragionevole¹⁴²⁰. Nell'indagine la nostra bussola sarà proprio la stretta intersezione tra solidarietà familiare e previdenza che, abbiamo visto, caratterizza l'istituto della pensione ai superstiti.

L'analisi si svolgerà su due livelli, vagliando dapprima eventuali censure di discriminatorietà e successivamente quelle di irragionevolezza. Ricordiamo infatti che «non qualunque *differenza* di trattamento costituisce discriminazione, ma costituisce discriminazione una *disparità* di trattamento, basata sulla *diretta* considerazione di un fattore identitario¹⁴²¹» tutelato dal diritto o sullo svantaggio arrecato indirettamente, sulla base di pratiche apparentemente neutre, a chi è portatore di quel fattore. Quindi, se una disposizione discriminatoria è necessariamente irragionevole, non è detto che una disposizione irragionevole sia discriminatoria.

Quanto alla discriminatorietà, occorre effettuare a monte una scelta interpretativa, cioè stabilire se l'elenco dei fattori rinvenibile nelle norme comunitarie e nazionali sia aperto o tassativo. Optato per la seconda opzione, sulla scorta della consolidata giurisprudenza comunitaria¹⁴²², resta da capire quale sarebbe il *vulnus* cui ricondurre l'ipotesi in esame. Di certo nel caso di specie non è ravvisabile una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. È ben vero che nelle decisioni della Corte di giustizia questo fattore ha funto da grimaldello per estendere la tutela in favore dei superstiti anche alle convivenze di fatto, ma si trattava di conviventi omosessuali, riguardo ai quali l'orientamento veniva considerato perché era così impedito alla coppia di accedere ad uno strumento che consentisse il medesimo grado di tutela del matrimonio¹⁴²³. Qui invece tale orientamento (che può essere etero oppure omosessuale) non è in alcun modo determinante, pertanto una supposta discriminazione in base a tale fattore è da escludersi. Al convivente è comunque possibile accedere ai mezzi di tutela rafforzata costituiti dal matrimonio e dall'unione civile, secondo un calcolo costi-benefici governato dalla libera autonomia privata.

Ci si può chiedere invece se possano rilevare, in via residuale, le "convinzioni personali". Per rispondere è necessario risolvere a monte un'annessa questione, cioè determinare in cosa tali convinzioni consistano. «Il fatto che nell'art. 1 direttiva Ce 2000/78 il termine "convinzioni personali" sia affiancato a quello di "religione" non comporta che per convinzioni personali debba intendersi

¹⁴²⁰ Cfr. P. CAPURSO, op. cit., p. 617; R. NUNIN, op. cit., p. 318.

¹⁴²¹ M. V. BALLESTRERO, Discriminazione, ritorsione, motivo illecito. Distinguendo, relazione svolta al convegno Differenze, diseguaglianze, discriminazioni, S. Cerbone, 17 – 18 ottobre 2015, reperibile al sito www.osservatoriodiscriminazioni.org.

¹⁴²² Cfr. CGUE, 7 luglio 2010, C-310/10, Ministerul Justiției; Id., 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano; Id., 11 luglio 2006, C-13/05, Chacon Navas.

¹⁴²³ CGUE, 12 dicembre 2013, C-267/12, Hay, Riv. It. Dir. Lav., n. 3/2014, p. 672 ss, con nota di G. BOLEGO, Congedo matrimoniale e diritto antidiscriminatorio di "seconda generazione"; Id., 20 maggio 2011, C-147/08, Römer, Riv. It. Dir. Lav., 2012, II, p. 215 ss., con commento di M. BORZAGA Unioni civili, trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale: fin dove può spingersi il diritto comunitario del lavoro?; Id., 1 aprile 2008, C-267/06, Maruko, Riv. Giur. Lav., n. 1/2009, p. 248 ss., con nota di L. CALAFA', Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione ai superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia Ce; Id., 7 gennaio 2004, C-117/01, National Health Service Pensions Agency. Si veda anche B. DE MOZZI op. cit., in particolare p. 42.

quel credo che, al pari della religione, è caratterizzato da specifici connotati di pervasività e stabilità. La nozione di convinzioni personali ha infatti un utilizzo variabile nelle diverse fonti normative del diritto antidiscriminatorio, ma certamente comprende categorie che vanno dall'etica, alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali (...) ¹⁴²⁴. Ora, senz'altro si tratta di un concetto assai ampio e dai contorni sfumati, ma non può essere utilizzato per dare ingresso alle idee personali che hanno guidato la scelta – effettuata liberamente dai soggetti, con la coscienza delle relative conseguenze - di dare ad un legame affettivo una determinata forma giuridica o un'altra. Per tale via si legittimerebbe un utilizzo eccessivamente lato della nozione in esame, aggirando la regola di tassatività dei fattori di discriminazione testè menzionata.

Quindi, la mancata previsione a favore del convivente dell'erogazione della pensione ai superstiti non può ritenersi discriminatoria. In questo senso d'altronde può leggersi quanto già statuito dalla Corte di giustizia nell'ordinanza *Mariano* ¹⁴²⁵, che ha ravvisato la non discriminatorietà del diniego da parte dell'INAIL della rendita reversibile alla convivente *more uxorio*, proprio perché la supposta discriminazione non era riconducibile agli ambiti d'azione specificamente indicati dall'art. 13 TCE (ora art. 19 TFUE).

Sciolto questo primo interrogativo, occorre vagliare la coerenza intrinseca e sistemica della legge, per escludere eventuali collisioni con il «principio di razionalità, sia nel senso di razionalità formale, cioè del principio logico di non contraddizione, sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza» ¹⁴²⁶.

Circa la coerenza interna della norma, emerge un'evidente contraddizione tra il combinato disposto degli artt. 1, c. 20, l. n. 76/2016 e 13 del R.D. n. 636/39, cioè la previsione della pensione ai superstiti per i membri delle unioni civili, rispetto al c. 65 dell'art. 1, l. n. 76/2016, il quale sancisce l'obbligo di alimenti in caso di scioglimento della convivenza. Pur accogliendo la tesi che afferma la diversità tra gli obblighi di assistenza del coniuge e del convivente, e tenendo presente la differenza tra mantenimento ed alimenti ¹⁴²⁷, l'esclusione di una solidarietà *post mortem* quale quella

¹⁴²⁴ Corte app. Roma, 9 ottobre 2012, Dir. Lav., n. 3/2012, p. 661 ss.; si veda anche la disanima di M. AIMO, Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali, in M. BARBERA (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Giuffrè, Milano, 2007, p. 43 ss. e soprattutto p. 47.

¹⁴²⁵ CGUE, 17 marzo 2009, C- 217/08, cit.

¹⁴²⁶ Corte cost., 31 maggio 1996, n. 172. Non è questa la sede per trattare compiutamente il problema inerente la precisa delimitazione del sindacato di ragionevolezza. Sono parecchie le difficoltà in materia, determinate da un «approccio de-strutturato e informale», per cui ad oggi manca l'elaborazione di un «test di giudizio articolato in una sequenza di valutazioni progressive, paragonabile a quello che si riscontra in altre Corti»: così, tra i molti, M. CARTABIA, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, intervento in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, reperibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

¹⁴²⁷ Mantenimento ed alimenti sono istituti che partecipano, entrambi, della medesima funzione di sostentamento, ma rispondono a diversi presupposti e fini. «Mentre il primo consiste nella prestazione di quanto risulti necessario alla conservazione del tenore di vita corrispondente alla posizione economico-sociale dei coniugi (...), la prestazione alimentare presuppone una totale assenza di mezzi di sostentamento. (...) Il mantenimento ha dunque un contenuto più ampio degli alimenti, poiché questi ultimi, pur discostandosi dallo stretto necessario, hanno come parametro il bisogno da soddisfare, mentre il primo tende a far fronte a tutte le esigenze di vita della persona in relazione al suo ambiente di appartenenza» (D. VICENZI AMATO, Sub art. 433, in P. CENDON (a cura di), Commentario al codice civile, Utet, 1991, p. 768; cfr. anche, tra i molti, F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, Esi, Napoli, 2015, p. 324). Si segnala, peraltro, che il testo originario del disegno di legge (art. 12 d.d.l. S2081) prevedeva, per le ipotesi di cessazione della convivenza, l'obbligo poi espunto di corrispondere un assegno di mantenimento od alimentare in favore del convivente debole.

espressa dalla pensione ai superstiti collide con la previsione di una sia pur limitata solidarietà *post convivenza*. Esito logico sarebbe stato, allora, escludere qualsiasi obbligo alimentare¹⁴²⁸.

Ma anche sotto il profilo della razionalità pratica emergono degli effetti paradossali sul sistema. Utilizzando la realtà fattuale quale reagente della norma in esame, vediamo come la mancata equiparazione tra matrimonio e convivenza anche ai fini previdenziali lasci il campo libero a pratiche fraudolente ben note. Il rovescio della medaglia è che il coniuge vedovo potrà intraprendere una convivenza senza che tale legame abbia alcuna ripercussione sul diritto alla percezione della pensione di reversibilità o indiretta. E qui, nel costante ordito tra diritto di famiglia e suoi riflessi previdenziali, risulta in tutta evidenza come questa discrasia strida con il consolidato orientamento - in tema di definitiva estinzione dell'assegno divorzile, ma valevole in generale riguardo agli obblighi di assistenza tra coniugi - per cui l'instaurazione di una convivenza *more uxorio*, facendo venir meno ogni solidarietà post- coniugale, rescinde altresì ogni connessione col tenore di vita goduto durante la pregressa convivenza matrimoniale¹⁴²⁹.

D'altro canto, sempre sul piano sistematico, potrebbe forse risultare indebolito anche l'altro argomento che aveva portato la Consulta ad escludere la debenza della pensione, ossia l'insussistenza di un rapporto giuridico preesistente¹⁴³⁰. La previsione della registrazione anagrafica¹⁴³¹ ai sensi del c. 37, art. 1 della legge n. 76 e, ancor di più, la possibile stipula del contratto di convivenza di cui al successivo comma 50 sollevano qualche dubbio anche su tale allegazione.

La dottrina civilistica ha già sottolineato la tecnica legislativa lacunosa ed infelice che caratterizza il provvedimento¹⁴³². Pure con riferimento alla pensione ai superstiti la disciplina si appalesa fortemente contraddittoria, rendendo irragionevole ora come ora l'esclusione del convivente di fatto dal godimento delle tutele previdenziali¹⁴³³. Anche se, si precisa, l'incoerenza del dato normativo non permetterebbe un'estensione indiscriminata, per le ragioni che esporremo nel prosieguo.

5. La proposta di legge in materia.

È doveroso segnalare la presentazione di una proposta di legge in materia, la n. 3840 del 18 maggio 2016, recante «*Modifiche all'articolo 13 del regio decreto-legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 1939, n. 1272, nonché alla legge 8 agosto 1995, n. 335, e altre disposizioni in materia di estensione del diritto ai trattamenti pensionistici di reversibilità ai conviventi di fatto*».

Il testo è molto breve (consta di due soli articoli), ed estende l'erogazione della pensione (di reversibilità, *rectius*) ai superstiti anche «al convivente di fatto a condizione che la convivenza non sia cessata prima della morte del pensionato o dell'assicurato¹⁴³⁴». Si prevede a tal fine che la

¹⁴²⁸ Rileva infatti C. M. BIANCA, Diritto civile, 2.1, La famiglia, Giuffrè, Milano, 2014, p. 481, che gli alimenti hanno di regola causa nella solidarietà familiare e quindi – tornando al binomio mantenimento/alimenti- hanno carattere alimentare, in senso ampio, «anche l'obbligo di mantenimento del coniuge e l'obbligo di mantenimento del figlio minore».

¹⁴²⁹ Ex multis, Cass. civ. sez. VI, 29 settembre 2016, n. 19345; Cass. civ. sez. I, 3 aprile 2015 n. 6855.

¹⁴³⁰ Corte cost., 3 novembre 2000, n. 461.

¹⁴³¹ Della cui natura costitutiva o meramente accertativa si discute: si veda L. BALESTRA, La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, Fam. Dir., n. 10/2016, p. 918 ss.

¹⁴³² G. OBERTO, op.cit.

¹⁴³³ Cfr. P. CAPURSO, op cit., p. 617.

¹⁴³⁴ Art. 1 della Proposta.

prestazione sia finanziata anche facendo concorrere per l'intero, alla formazione della base imponibile IRPEF e delle relative addizionali, il reddito degli immobili ad uso abitativo non locati situati nello stesso comune nel quale si trova l'immobile adibito ad abitazione principale (art. 2, c.1 e c. 2, il quale ultimo modifica l'art. 9 c. 9 del d. lgs. n. 23/2011, in tema di applicazione dell'IMU). I fondi così reperiti, pertanto, dovrebbero essere destinati alla Gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali ex art. 37, l. n. 88/89.

Le disposizioni, nella loro attuale formulazione, risultano insoddisfacenti.

Urge in primo luogo una precisazione di ordine terminologico. In più punti dell'articolato, a partire dal titolo, si parla unicamente di "pensione di reversibilità". Trattasi di una svista concettuale che va emendata. La pensione di reversibilità è *species* del *genus* "pensione ai superstiti", la quale appunto può essere di reversibilità o indiretta a seconda che il lavoratore fosse pensionato o meno al momento del decesso. Tant'è vero che l'art. 13 del R.D. n. 636/39, oggetto di modifica, parla correttamente di "pensione ai superstiti" in generale.

Entrando nel merito, l'estensione *sic et simpliciter* del trattamento ai superstiti pecca di eccessivo universalismo e appare scoordinata rispetto al disposto della legge n. 76/2016. Se nel caso di cessazione in vita del legame l'obbligo di alimenti a favore dell'ex convivente in stato di bisogno è previsto per un periodo proporzionale alla durata della convivenza (art. 1, c. 65, l. n. 76/2016), risulta incongruo stabilire in via riflessa la durata indefinita delle tutele qualora lo scioglimento avvenga per causa di morte. Questa indeterminatezza riguarderebbe solo gli aspetti previdenziali, poiché con riferimento alla casa di comune residenza il comma 42 dell'art. 1, l. n. 76/2016, dispone che «in caso di morte del proprietario (...) il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni», e «ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni». Quindi, delle due l'una: o si modifica la legge n. 76/2016 oppure si riduce la tutela in caso di decesso di uno dei conviventi.

Si possono ipotizzare al riguardo due possibili soluzioni. La prima – ammettendo l'erogazione della pensione al convivente superstite - potrebbe risiedere nel mutuare il criterio della proporzionalità alla durata del rapporto. L'applicazione di questo parametro non sarebbe una novità, essendo già prevista dall'art. 9, c. 3, della l. n. 898/1970 con riferimento alla concorrenza tra coniuge superstite e divorziato¹⁴³⁵ del *de cuius*. Altrimenti un'ulteriore via, più coerente col ragionamento svolto sopra sulla solidarietà post-convivenza, potrebbe essere la previsione di un'indennità *una tantum*, nella misura della doppia annualità (come già previsto per il coniuge superstite che contragga nuove nozze) oppure rapportata, secondo dei coefficienti determinati *ex lege*, alla durata della convivenza.

¹⁴³⁵ Dispone la norma che «qualora esista un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, una quota della pensione e degli altri assegni a questi spettanti è attribuita dal tribunale, tenendo conto della durata del rapporto, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e che sia titolare dell'assegno di cui all'articolo 5. Se in tale condizione si trovano più persone, il tribunale provvede a ripartire fra tutti la pensione e gli altri assegni, nonché a ripartire tra i restanti le quote attribuite a chi sia successivamente morto o passato a nuove nozze».

La proposta, inoltre, non menziona le tutele in caso di decesso del lavoratore causato da infortunio sul lavoro o malattia professionale. Sarebbe opportuno che fosse adeguatamente integrata anche sotto questo profilo.

Circa le modalità di finanziamento, il ricorso (anche) alla fiscalità generale altro non è che una conferma della ben nota commistione tra previdenza ed assistenza nel sistema di sicurezza sociale. Le esigenze di complessivo rigore ed equità meritocratica lasciano però notevolmente perplessi sulla scelta di ricorrere a tali mezzi. Dato che pure nel caso della convivenza il deceduto è un soggetto il quale, avendo lavorato, ha versato dei contributi, sarebbe auspicabile modulare il trattamento in modo da non dover ricorrere all'intervento della Gias.

6. I problemi vecchi e nuovi del sistema.

Le osservazioni svolte e le problematiche sollevate inducono ad intraprendere una riflessione di più ampio respiro, meditando sulle vecchie aporie e le incongruenze che da sempre affliggono l'istituto della pensione ai superstiti.

L'attuale costruzione della disciplina si presta infatti a pratiche distorsive che rischiano di ingenerare la mancata copertura di reali situazioni di difficoltà e l'ingiustificata tutela di casi non meritevoli di protezione alcuna.

«La rilevanza della famiglia e dei rapporti che essa esprime non può essere tale da costituire posizioni di privilegio patrimoniale ingiustificate in quanto prescindono del tutto dall'esistenza di un bisogno, presunto o effettivo che sia, allo stesso modo in cui, in presenza di effettive situazioni di bisogno, la rilevanza della famiglia dovrebbe essere estesa al di là dei limiti della garanzia di continuità del sostentamento al superstite¹⁴³⁶».

D'altro canto, ad avviso di chi scrive, nella modulazione dei trattamenti il canone del bisogno, anche presunto, deve essere conciliato congiuntamente a quello del merito. Tale principio, come detto, è alla base del *favor* previsto dall'art. 38, c. 2, Cost., in correlazione con il dovere, che permea l'ordinamento, di «concorrere al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4 Cost.). È innegabile infatti che l'attuale situazione di crisi della sicurezza sociale trovi origine nelle improvvise scelte del passato, in cui il valore della solidarietà inter e intragenerazionale, pilastro fondante del sistema¹⁴³⁷, è stato declinato più in un'ottica assistenzialistica che meritocratica.

Nel campo che ci occupa, esempio di tale indirizzo deviante è il disegno di legge (il d.d.l. A.C. 3594) che intendeva determinare la misura del trattamento di reversibilità sulla base dell'indicatore della situazione economica equivalente del percettore. Formalmente si voleva porre un freno alla spesa previdenziale, ma è palese come una disciplina del genere si riveli fortemente ingiusta e disincentivante¹⁴³⁸.

Si può intervenire per altra via, cercando di correggere evidenti situazioni squilibrate in cui lo stato di bisogno non sussiste oppure sussiste ma non è tutelato. Al riguardo sono emblematici due esempi concreti che rendono, nell'immediato, delle situazioni di evidente disparità.

¹⁴³⁶ M. PERSIANI, op. cit., p. 502.

¹⁴³⁷ Proprio l'equità e la convergenza intragenerazionale e intergenerazionale vengono annoverate dall'art. 24 c. 1 lett. a) del D.L. n. 201/2011, in tema di riforma delle pensioni, tra i suoi principi informativi. Per approfondite riflessioni in tema di solidarietà, A. D'ALOIA, Generazioni future (diritto costituzionale), voce in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 331 ss.

¹⁴³⁸ Critico anche P. SANDULLI, La reversibilità si tocca: anzi no!, *Riv. Dir. Sic. Soc.*, n. 1/2016, p. 177 ss.

Esaminiamo, innanzitutto, le differenze tra il coniuge vedovo inoccupato e quello che invece lavora. Il primo percepirà la pensione nella misura integrale della quota (il 60%), fino al proprio decesso. Il secondo, invece, risulta doppiamente penalizzato, poiché verosimilmente subirà non solo la riduzione del trattamento in forza del meccanismo di cumulo previsto dall'art. 1, c. 41, l. n. 335/1995 ma, *ex post*, potrebbe restituirne un'ulteriore parte alla fiscalità generale, ove la percezione della pensione determini il passaggio ad un'aliquota contributiva superiore.

Il raffronto è ancora più sferzante se si considera la situazione dei figli del deceduto. Essi infatti vedranno venir meno la propria quota di pensione al raggiungimento degli stringenti limiti d'età previsti dalla legge, se non addirittura prima (qualora il termine del corso legale di studi sia anteriore), non contando la circostanza che abbiano o meno conseguito effettivamente un lavoro.

Dinnanzi a queste situazioni il criterio del bisogno presunto risulta iniquo e limitato. Nel caso del coniuge inoccupato la disciplina, così com'è, contrasta palesemente con uno dei cardini del sistema cioè il dovere, per colui che abbia subito un danno, di limitarne e non aggravarne le conseguenze anche attraverso un intervento positivo e attivo¹⁴³⁹. Questo dovere, cristallizzato nell'art. 1227, c. 2, c.c. e coordinato ai canoni di buona fede e correttezza oggettiva di cui all'art. 1175 c.c., altro non è che un'ulteriore espressione del principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost.¹⁴⁴⁰, principio che senz'altro dev'essere considerato, con specifico riferimento alla materia previdenziale, in un'ottica globale. La solidarietà infatti non può esplicarsi solo nel momento in cui si tratti di ricevere una prestazione, ma anche nella riduzione della propria situazione di bisogno. Sotto questo aspetto ne è espressione, ad esempio, il criterio di condizionalità nell'accesso ai trattamenti previdenziali. Perciò, alla luce di quanto detto, quali sono delle possibili soluzioni?

Prima di procedere, bisogna individuare nell'ordinamento un parametro di giudizio che consenta di proporre un ragionamento che possa essere considerato coerente. A tal fine, seguiremo ancora come filo di Arianna proprio quella stretta interrelazione, di cui si parlava sopra, tra la solidarietà familiare e i suoi riflessi previdenziali.

Cominciamo dai figli. Secondo la giurisprudenza consolidata – sia pur con vari temperamenti, di cui non si può dar conto in questa sede – l'obbligo di mantenimento *ex art.* 147 c.c. sussiste finché il figlio non abbia raggiunto l'indipendenza economica, avuto riguardo «all'età, all'effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all'impegno rivolto verso la ricerca di un'occupazione lavorativa nonché, in particolare, alla complessiva condotta personale tenuta, da parte dell'avente diritto, dal momento del raggiungimento della maggiore età¹⁴⁴¹». Questi principi vengono completamente travolti nel campo della tutela dei superstiti. Un possibile rimedio potrebbe risiedere in un innalzamento dei limiti d'età anche se, di certo, non si può prevedere una prestazione che abbia durata indefinita, pena altrimenti il ricadere nel vizio opposto di una tutela svincolata dal bisogno effettivo. Forse si potrebbe far riferimento all'età di 29 anni, già adottata dalla legge come termine ultimo per la conclusione di un contratto di apprendistato

¹⁴³⁹ Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2016, n. 11230.

¹⁴⁴⁰ Cfr. C. M. BIANCA, Diritto civile, V, La responsabilità, Giuffrè, Milano, 2012, p. 160: «il dovere del danneggiato di cooperare per limitare la responsabilità del danneggiante rientra nel generale dovere di correttezza, quale impegno di solidarietà che impone alla parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti di un apprezzabile sacrificio».

¹⁴⁴¹ Cass. civ., sez. VI, 26 aprile 2017, n. 10207.

professionalizzante o di alta formazione, poiché sintomatica di una situazione di debolezza economica e contrattuale del giovane. Per evitare delle rendite ingiustificate, tenute ferme le soglie già previste *ex lege* per il completamento dei corsi di studio (cioè i 21 e i 26 anni d'età) sarebbe opportuno integrare l'erogazione del trattamento successiva a tali limiti con la previsione di determinate forme di condizionalità, magari mutuando e riadattando i meccanismi già previsti, in altro campo, con riferimento ai lavoratori percettori di NASpl, Dis-Coll e Cassa integrazione¹⁴⁴² – ben consci, peraltro, del farraginoso funzionamento dei servizi per l'impiego.

Più difficile è invece dirimere il caso del coniuge inoccupato, perché l'astrattezza di una proposta, per quanto formalmente corretta, rischierebbe di scontrarsi con le reali esigenze di vita, in cui la scelta di non lavorare (soprattutto della donna) è spesso legata alla necessità di prendersi cura dei figli. Qui sarebbe doveroso un discorso ancor più ampio, di certo non affrontabile in questa sede. I problemi sono molti e ben noti. Innanzitutto, mancano adeguate politiche di sostegno alla famiglia, spesso caratterizzate da interventi i quali, lungi dall'essere risolutivi, si rivelano dei maldestri accomodamenti. D'altro canto, è pacifico quanto sia problematico, in determinati contesti e situazioni, inserirsi o reinserirsi nel mercato del lavoro: su questo fronte le azioni in materia si sono rivelate, ad oggi, ambiziose ma con scarsi riscontri concreti.

Tuttavia, nell'intreccio tra previdenza e solidarietà familiare che caratterizza l'istituto, spicca un elemento – soprattutto alla luce della recentissima giurisprudenza in materia – che merita di essere considerato. Con riferimento alla solidarietà post-coniugale in caso di divorzio sta iniziando a farsi strada l'applicazione del principio di autoresponsabilità, per cui la debenza e l'ammontare dell'assegno di mantenimento devono essere vagliati alla luce di determinati indici, tra cui «le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo¹⁴⁴³» dell'ex coniuge richiedente. Questo criterio dovrebbe essere valorizzato anche in ambito previdenziale, considerato che l'erogazione del trattamento a una persona che per età e capacità sarebbe perfettamente in grado di lavorare rischia di tradursi in una rendita ingiustificata. Senza voler arrivare a sopprimere completamente questa pensione – con un risultato iniquo in senso opposto – bisognerebbe quanto meno postergarne la percezione ad un'età in cui si ritenga che il soggetto in esame non sia più facilmente occupabile e/o in grado di lavorare, salvo il caso in cui siano presenti figli minori, studenti o inabili. Si potrebbe guardare a quell'età in cui, secondo le fonti, un lavoratore viene considerato "anziano" e quindi svantaggiato nell'accedere al mercato del lavoro¹⁴⁴⁴. Quest'età potrebbe consistere nel raggiungimento dei 50 anni, ai sensi dell'art. 2, n. 4, lett. d) del Reg. UE n. 651/2014 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE agli aiuti di Stato (anche) a favore dell'occupazione, oppure della soglia dei 55 anni, già presente nel nostro ordinamento con riferimento alla stipula del contratto di lavoro intermittente (art. 13 c. 2 del d. lgs. n. 81/2015; art. 34 c. 2 del d. lgs. n.

¹⁴⁴² Si vedano gli artt. 21 e 22 del d. lgs. n. 150/2015. Per un'analisi delle problematiche in materia di condizionalità e una ricognizione della bibliografia in merito, cfr. M. D. FERRARA, Il principio di condizionalità e l'attivazione del lavoratore tra tutela dei diritti sociali e controllo della legalità, LD, n. 2/2015, p. 639 ss.

¹⁴⁴³ Cass. civ. sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504.

¹⁴⁴⁴ Per una disamina in materia, M. RUSSO, Età pensionabile e prosecuzione del lavoro, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, in particolare le pp. 5-12.

276/2003¹⁴⁴⁵).

Ci si rende conto, peraltro, di come l'eliminazione *tout court* della prestazione per il periodo anteriore al raggiungimento delle soglie indicate potrebbe risultare fortemente problematica. Sarebbe opportuna almeno una forte compressione del trattamento, per evitare di penalizzare unicamente il coniuge superstite che lavori. Bisogna però dare atto del fatto che di recente la scure della Corte costituzionale¹⁴⁴⁶ è scesa proprio su una disposizione, l'art. 18, c. 5, del d.l. n. 98/2011, la quale riduceva il trattamento ai superstiti ricevuto dal coniuge «nei casi in cui il matrimonio con il dante causa - fosse - stato contratto ad età del medesimo superiori a settanta anni e la differenza di età tra i coniugi - fosse - superiore a venti anni». Dal tenore della sentenza emerge però come la declaratoria di incostituzionalità sia legata al fatto che la disposizione limitasse i diritti del coniuge superstite, con una presunzione di fraudolenza del negozio matrimoniale, solo in quella specifica situazione di divario anagrafico e non in modo generale e astratto, lasciando quindi aperta la porta a futuri provvedimenti che restringano il diritto alla pensione¹⁴⁴⁷.

Queste vogliono solo essere delle proposte, anche se si è consapevoli di come, in materia, la quadratura del cerchio risulti sempre insoddisfacente. Le esigenze di sostenibilità del sistema rendono necessaria una riforma che non sia in chiave biemente assistenzialistica, ma valorizzi lo stato di bisogno alla luce dei criteri di meritocrazia e partecipazione che informano l'ordinamento¹⁴⁴⁸. Perché ricordiamoci, la solidarietà non può funzionare senza a monte l'equità, senza il *suum unicuique tribuere*.

¹⁴⁴⁵ Occorre menzionare che, nella versione originaria del Decreto Biagi, la conclusione di tale contratto veniva addirittura abbassata al compimento del quarantacinquesimo anno d'età: in effetti nell'attuale mercato del lavoro i lavoratori già a quell'età risultano purtroppo difficilmente ricollocabili.

¹⁴⁴⁶ Corte cost., 15 giugno 2016, n. 174, con commento di D. GAROFALO, op.cit. Si veda anche P. SANDULLI, La Corte costituzionale orienta il legislatore delle pensioni. A proposito delle sentenze nn. 173, 174/2016, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 4/2016, p. 687 ss.

¹⁴⁴⁷ Così D. GAROFALO, op. cit., p. 90.

¹⁴⁴⁸ D'altronde già Sir William BEVERIDGE, nel suo Report Social insurance and allied services, il cui testo originale è reperibile al sito http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf, scriveva: «social security must be achieved by co-operation between the State and the individual. (...) The State in organising security should not stifle incentive, opportunity, responsibility; in establishing a national minimum, it should leave room and encouragement for voluntary action by each individual to provide more than that minimum for himself and his family».