

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA

diritto del lavoro

Ciclo XXI°

**IUS/07**

TITOLO TESI

**PREVIDENZA COMPLEMENTARE: EVOLUZIONE E  
TENDENZE.**

**Presentata da:**

Dott.ssa Federica Tognacci

**Coordinatore Dottorato**

Chiar.mo Prof. Germano Dondi  
Germano Dondi Esame

**Relatore**

Chiar.mo Prof.

Esame finale anno 2009

## *Indice:*

### **CAPITOLO I**

#### **L'inquadramento della previdenza complementare nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina.**

1. La questione della norma costituzionale di riferimento per la previdenza complementare privata prima degli interventi di riforma pensionistica.
2. La riforma pensionistica "Amato" ed il ruolo assegnato alla previdenza complementare dal legislatore nel D.lgs n. 124/1993.
3. L'impostazione della Corte Costituzionale: una previdenza complementare "funzionalizzata" a quella pubblica.
4. La c.d. vicenda del "contributo sul contributo".
5. Segue: Requisiti di accesso e livelli delle prestazioni pensionistiche complementari.
6. Profili di criticità della proposta ricostruttiva della Corte Costituzionale.
7. Segue: In particolare, la necessaria transitorietà di tale impostazione nel pensiero di Mattia Persiani.

### **CAPITOLO II**

#### **I profili di contraddizione fra la tesi ricostruttiva della Corte Costituzionale e l'evoluzione della disciplina della previdenza complementare.**

1. La libertà di adesione dei lavoratori ai fondi pensione privati.
2. L' incoerenza di detta libertà con la prospettazione di una previdenza complementare funzionalizzata agli obiettivi del sistema pubblico.
3. Il sistema di gestione a capitalizzazione.
4. Caratteri e modalità di funzionamento di tale sistema.
5. Suoi limiti in relazione alla funzione solidaristica dei fondi pensione.
6. Segue: in particolare, la crisi dei mercati finanziari e i fondi pensione. – 7. L'introduzione di elementi di concorrenzialità tra le forme pensionistiche complementari.
7. L'introduzione di elementi di concorrenzialità tra le forme pensionistiche complementari.
8. In particolare: l'ampliamento della "portabilità" della posizione individuale.
9. Segue: superamento del ruolo di assoluta centralità dei fondi chiusi.
10. La riforma federalista e il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di previdenza.
11. Segue: i rilievi critici avanzati dalla dottrina.

12. I limiti della legislazione fiscale: mutevolezza e insufficienza dei benefici in rapporto ai costi di gestione dei fondi.
13. La scarsa fiducia del mondo del lavoro nei confronti del secondo pilastro: ragioni giustificative e prospettive possibili per un'inversione di tendenza.
14. Il Fondo di Tesoreria INPS per l'erogazione del TFR.
15. La qualificazione giuridica delle prestazioni di previdenza complementare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE.
16. Osservazioni conclusive: è ancora attuale l'idea di una previdenza complementare come "funzionalizzata" a quella pubblica ?

### **CAPITOLO III**

#### **Fondi preesistenti agli interventi di riforma e tutela dei diritti degli iscritti: alcune questioni aperte.**

1. Fondi interni "preesistenti" ed effettività della tutela di cui all'art 2117 c.c.
2. L'opinabile privilegio riservato dal legislatore del '93 ai fondi interni degli enti creditizi e assicurativi.
3. Lo IAS 19: un'occasione per il superamento dell'art 2117 c.c.?
4. Il divieto di prestazioni complementari sostitutive e l'estensione del regime di perequazione automatica valevole per la pensione pubblica ed il superamento della funzione integrativa dei fondi "preesistenti" nella giurisprudenza di Cassazione.
5. Squilibrio finanziario, scioglimento del fondo e rideterminazione della disciplina delle prestazioni
6. La necessità di interventi legislativi a chiarimento.

#### **Bibliografia**

## CAPITOLO I

### *L'inquadramento della previdenza complementare nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina.*

SOMMARIO: 1. La questione della norma costituzionale di riferimento per la previdenza complementare privata prima degli interventi di riforma pensionistica. – 2. La riforma pensionistica “Amato” ed il ruolo assegnato alla previdenza complementare dal legislatore nel D.lgs n. 124/1993. – 3. L'impostazione della Corte Costituzionale: una previdenza complementare “funzionalizzata” a quella pubblica. – 4. La c.d. vicenda del “contributo sul contributo”. – 5. Segue: Requisiti di accesso e livelli delle prestazioni pensionistiche complementari. – 6. Profili di criticità della proposta ricostruttiva della Corte Costituzionale. – 7. Segue: In particolare, la necessaria transitorietà di tale impostazione nel pensiero di Mattia Persiani.

#### **8. La questione della norma costituzionale di riferimento per la previdenza complementare privata prima degli interventi di riforma pensionistica.**

La problematica della collocazione funzionale della previdenza privata nel sistema di sicurezza sociale dell'art 38 Cost. ha da sempre rappresentato un tema di scontro fra gli studiosi della materia, dato il rilievo non meramente teorico da essa rivestito.

Due essenzialmente le posizioni attorno alle quali la dottrina si è divisa: quella secondo la quale la previdenza privata, in quanto libera e facoltativa andrebbe ricondotta all'ultimo comma dell'art 38 Cost.<sup>1</sup> e l'altra che, sostenendo il concorso anche di questa forma di previdenza alla realizzazione della garanzia dei “ mezzi adeguati alle esigenze di vita ” – quindi alla

---

<sup>1</sup> Per una diversità di funzioni tra previdenza pubblica e previdenza complementare e per una riconduzione di quest'ultima alla garanzia di cui all'art 38, comma 5, Cost., cfr in particolare cfr. **Persiani M.**, “ Previdenza pubblica e previdenza privata”, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2000 , XIII Congresso A.I.D.L.A.S.S. – Ferrara – 11/13 maggio 2000, pag. 201 e segg.; **Grandi M.**, “Previdenza integrativa e previdenza privata”, in Quest. Attuali di dir. Lav., (supplemento), in Not. Giur. Lav., 1989, 2 , pag. 230 e segg.; **Santoro Passarelli G.**, “ Il trattamento di fine rapporto”, Giapichelli, Torino, 1995, pag. 68; **Proia G.**, “ La Corte Costituzionale e la previdenza complementare”, in Arg. Dir. Lav., 1995, II, pag. 173 e segg.

soddisfazione di bisogni socialmente rilevanti -, la collocherebbe al comma 2 della stessa norma <sup>2</sup>.

Alla base di tali differenti posizioni stanno due diverse elaborazioni ricostruttive, per così dire “di sistema”, sorte intorno all’art 38 Cost. <sup>3</sup>.

La prima di tali impostazioni, fondata sul ruolo primario ed universalistico della tutela predisposta dallo Stato, propende per una configurazione del sistema di sicurezza sociale come diretto alla creazione di un “servizio pubblico finalizzato alla liberazione del cittadino *tout court* dal bisogno” ( come preconditione per l’effettivo godimento dei diritti civili e

---

<sup>2</sup> Per una funzione concorrente tra le due forme di previdenza e per una riconduzione di entrambe entro la comune copertura dell’art 38, comma 2, Cost., cfr. **Pessi R.**, “ La riforma del sistema previdenziale”, Padova, Cedam, 1995, pag. 48 e segg.; **Ciocca G.**, “ I fondi pensione e la libertà della previdenza privata”, in Dir. Lav. 1995, I, pag. 366 e segg.; **Sandulli P.**, “ Previdenza complementare”, in Dig. Disc. Priv., XI, Giapichelli, Torino, 1995, pag. 243 e segg. **Mazziotti F.**, Le posizioni soggettive nella pensione complementare, in **Ferraro G.**, “La previdenza complementare nella riforma del welfare.”, tomo I, Giuffrè editore, Milano, 2000, pag. 73 e segg.; **Olivelli P.** “ La Costituzione e la sicurezza sociale”, 1988, pag. 190; **Mazziotti F.**, “ Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive” in Dir. Lav., 1997, 4, pag.242, che colloca i fondi pensione al comma 4 dell’art 38 Cost. , come istituti integrati dallo Stato per il perseguimento di finalità condivise dalla previdenza pubblica e ne prospetterebbe la possibile obbligatorietà. In una posizione intermedia **Cinelli M.**, ( a cura di ) “ Disciplina delle forme pensionistiche complementari” , in NLCC, 1995, pag. 168 e segg.

Va dato inoltre conto dell’invocazione, da parte della dottrina più risalente ( **Costi R.**, “I fondi di pensione e l’organizzazione del risparmio previdenziale”, in Banca e Impresa soc., 1987, pag. 277 e segg.; **Sandulli P.**, “Fondamenti giuridici e modelli di regolamentazione della previdenza integrativa nell’evoluzione del sistema pensionistico”, in Prev. Soc., 1989, pag. 446) di altri riferimenti costituzionali per la previdenza privata, più idonei ad una valorizzazione della logica privatistica di questa, ma più distanti dal quadro funzionale specifico in cui deve collocarsi l’esperienza previdenziale privata. Penso in particolare al richiamo della direttiva di tutela del risparmio “ in tutte le sue forme” di cui all’art. 47, comma 1 che giustifica quei controlli che abbiano come obiettivo la miglior tutela dei risparmiatori, ossia la liquidità e stabilità dei fondi, ma tuttavia appare neutro rispetto a quelli che perseguano scopi diversi. Lo sviluppo del dibattito sul tema e la Riforma “ Amato” hanno poi determinato – come si vedrà *infra* – l’abbandono di questo riferimento costituzionale.

<sup>3</sup> Per un’analisi della divaricazione interpretativa sorta attorno all’art 38 Cost. cfr. **Dondi G.**, Sub art 38 Cost., in Grandi M. e Pera G. “ Commentario breve alle leggi sul lavoro”, Padova, Cedam, 2001, pag.75 e segg.; **Olivelli P.** , op. ult. cit., pag. 69 e segg.; **Ciocca G.**, “ La libertà della previdenza privata”, Giuffrè Editore, Milano, 1998, pag. 31 e segg. Sul punto cfr. anche **Persiani M.**, Il sistema giuridico..., op. cit., pag. 42 e segg.

politici)<sup>4</sup>, del quale la stessa evoluzione della legislazione previdenziale sarebbe espressione<sup>5</sup>.

Tale lettura, concependo il sistema giuridico delineato dall'art 38 Cost. come un unico grande sistema, ispirato all'idea di sicurezza sociale, presuppone il superamento dei termini tradizionali della dicotomia tra assistenza (comprendente gli interventi a favore dei cittadini inabili e bisognosi) e previdenza (riferita ai lavoratori sulla base di un sistema di assicurazioni sociali) e riconduce quest'ultima ad un comune *genus* di interventi di natura solidaristica e redistributiva (espressione del comma 2 dell'art 3 Cost.) finalizzati alla liberazione dal bisogno, attraverso il riconoscimento di una protezione minimale, rispetto al catalogo di eventi individuati dalla norma costituzionale (infortuni, malattie, vecchiaia ecc).

Secondo la ricostruzione in esame, la solidarietà privato - collettiva persegue interessi meramente privati - comunque consentiti dall'ordinamento costituzionale (art. 38, ult. comma Cost.) - , identificabili con bisogni diversi e aggiuntivi rispetto a quelli essenziali - come quelli connessi al mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l'attività lavorativa - e del tutto indifferenti per lo Stato , che realizza invece, solo l'interesse pubblico, individuabile

---

<sup>4</sup> Cfr. **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 42 e segg.; **Id.**, Sicurezza sociale, (voce), in Noviss. Dig. It., vol. XVII, Torino, 1970, pag. 300 e segg.

<sup>5</sup> Il riferimento è in particolare ad una serie di interventi considerati quali indici del superamento dell'assetto mutualistico - assicurativo del sistema, e del definitivo passaggio ad una diversa prospettiva di sicurezza sociale; tra questi: l'estensione della tutela previdenziale a categorie di lavoratori non subordinati, ai familiari dei lavoratori, ai soci delle cooperative, ai mezzadri e coloni, l'introduzione del sistema di calcolo retributivo delle pensioni e, soprattutto il meccanismo del finanziamento a ripartizione della stessa e l'introduzione della perequazione automatica ( L. n. 153/1969), unitamente all'automaticità delle prestazioni e alla fiscalizzazione degli oneri sociali. Sul punto cfr. **Ciocca G.**, op. ult. cit., pag. 36.

Nella legislazione più recente ( che pare orientata al ripristino di una maggior proporzione fra la misura dei contributi versati da ogni lavoratore e l'entità dei trattamenti pensionistici a ciascuno riconosciuti, al fine di assicurare un contenimento dei flussi di spesa del denaro pubblico), tuttavia sembra riprendere vigore, in qualche misura, una concezione sinallagmatica del diritto ai trattamenti pensionistici. Ciò è indice secondo alcuni del riaffermarsi della più antica concezione della previdenza sociale, volta a ricostruire il sistema alla stregua di un rapporto assicurativo di stampo privatistico, sia pure connotato da finalità di tutela dei lavoratori. In tal senso v. soprattutto **Pessi R.**, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, IV ed., Padova, 2004, pag. 124 e segg.

esclusivamente in bisogni socialmente rilevanti <sup>6</sup>, da soddisfare attraverso il ricorso alla fiscalità generale, in adempimento del principio di solidarietà ( art. 2, Cost.) <sup>7</sup>.

Con ciò, la previdenza privata, data la profonda diversità funzionale rispetto alla previdenza pubblica, viene garantita unicamente rispetto alla sua sussistenza, nell'assenza di qualsiasi collegamento con il sistema di base e con l'idea di sicurezza sociale <sup>8</sup>.

La seconda posizione della dottrina<sup>9</sup> muove da presupposti completamente diversi. Essa identifica un modello di Stato ispirato a canoni di pluralismo e sussidiarietà, all'interno del quale vi è spazio per la convivenza di tecniche tutorie di diversa ispirazione <sup>10</sup>, identificabili da un lato con l'intervento pubblico e, dall'altro, con forme di solidarietà che sarebbero espressione di un'autonomia collettiva totalmente libera <sup>11</sup>. In un sistema così configurato, il ruolo dello Stato non si impone mai come monopolio necessario, configurandosi invece esclusivamente come garanzia finale.

Esso infatti non provvede alla realizzazione della tutela previdenziale direttamente, ma la garantisce secondo le modalità descritte dal comma 4° dell'art 38 Cost.; quindi attraverso gli organi e gli istituti dallo stesso predisposti o integrati, secondo un'interpretazione del termine "istituti" volta a ricomprendere al suo interno strutture diverse e distinte dallo Stato, autonome rispetto ad esso ed espressione di una solidarietà collettiva alla quale gli stessi soggetti interessati partecipano attraverso la contribuzione obbligatoria <sup>12</sup>.

Con l'ammissione di una pluralità di strumenti e di modi per il raggiungimento dell'obiettivo della liberazione dal bisogno, tale diversa

---

<sup>6</sup> **Persiani M.**, "Il sistema giuridico della sicurezza sociale", cit., pag. 144; **Persiani M.**, "Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale", op., cit., pag. 11.

<sup>7</sup> **Persiani M.**, "Il sistema giuridico della sicurezza sociale", op. cit., pag. 19.; **Dondi G.**, "Sub art 38...", op. ult. cit., pag. 75.

<sup>8</sup> **Persiani M.**, "Diritto della previdenza sociale", Padova, 2007, pag. 343 e segg.

<sup>9</sup> Cfr. **Simi V.**, L'attuazione dei principi costituzionali in materia di sicurezza sociale, in Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione, Milano, 1986, pag. 36 e segg; **Chiarelli G.**, Appunti sulla sicurezza sociale, Rivista del diritto del lavoro, 1965, pag. 287 e segg.; **Olivelli P.**, op. ult. cit., pag. 69 e segg.

<sup>10</sup> **Dondi G.**, op. ult. cit., pag. 76.

<sup>11</sup> **Simi V.**, op. ult. cit., pag. 36 e segg.

<sup>12</sup> **Simi V.**, op. ult. cit., pag. 16.

impostazione esclude la sussistenza di una divaricazione tra pubblico e privato, concependo invece un rapporto di funzionalizzazione della previdenza privata all'obiettivo comune <sup>13</sup>.

Da queste due letture dell'art 38 Cost., cui corrisponde un diverso approccio all'idea di previdenza sociale, emerge non solo una distanza interpretativa su ruolo e funzioni della previdenza privata, ma anche un'opposta configurazione del rapporto tra quest'ultima e la previdenza pubblica, nonché dei limiti conseguentemente ad essa opponibili in sede di legislazione ordinaria.

La prima delle tesi sopra richiamate, nell'attribuire un'autonomia di ambiti e funzioni a previdenza pubblica e previdenza volontaria, garantisce la libertà di quest'ultima con una disposizione assoluta e incondizionata <sup>14</sup>; in quest'ottica la previsione di limiti a tale libertà, sembra potersi ammettere attraverso l'introduzione di elementi di regolazione solo nella misura in cui essi si rendano necessari ad incentivare il buon funzionamento dei mercati finanziari e la tutela del risparmio, mediante l'investimento in fondi pensione.

Diversamente si esprimono i sostenitori dell'opposta lettura, per i quali sussiste una logica di complementarità tra componenti pubbliche e componenti private del sistema pensionistico <sup>15</sup>, cosicché queste ultime sono vincolate alla realizzazione delle stesse finalità del sistema pubblico - e identificabili nella garanzia dei "mezzi adeguati" contenuta all'art 38 Cost. <sup>16</sup> -: di qui l'imposizione di eventuali limiti alla previdenza privata, nella volontà di garantire la realizzazione di tale finalità.

Con l'emanazione della prima disciplina sistematica della previdenza privata ed il contemporaneo innalzamento dei requisiti pensionistici e la riduzione delle prestazioni per il superamento del richiamo all'ultima

---

<sup>13</sup> **Treu T.**, "Pubblico e privato nella previdenza", in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, I, pag. 10-11.

<sup>14</sup> **Proia G.**, op. ult. cit., pag. 176.

<sup>15</sup> **Ferraro G.**, "La problematica giuridica dei fondi pensione", in **Ferraro G.**, op. ult. cit., pag. 7.

<sup>16</sup> **Pessi R.** La riforma delle pensioni e la previdenza complementare, Padova, Cedam, pag. 53

retribuzione per il calcolo delle pensioni ( con la c.d. Riforma “Amato”<sup>17</sup>), il rilievo anche pratico della questione teorica è divenuto particolarmente evidente e il dibattito sulla tematica della norma costituzionale di riferimento per la previdenza privata si è fatto maggiormente acceso, tra quanti in nome della garanzia di cui all’art 38 ult. comma Cost., difendono l’autonomia e l’indipendenza di tale forma di previdenza e quanti invece, sostenendo una identità di funzioni tra previdenza privata e previdenza pubblica, ammettono la necessità di una subordinazione della prima alla seconda; con ciò riconducendo entrambe entro la comune copertura dell’art 38 comma 2, Cost.

In tal senso, proprio nell’inquadramento dato dalla riforma del ’92 alla materia della previdenza privata, deve ricercarsi il rafforzamento dei presupposti giustificativi di tale ultima impostazione. Il dichiarato fine perseguito dal legislatore attraverso tale provvedimento era infatti quello di mitigare la riduzione di effettività della tutela previdenziale pubblica che lo stesso aveva iniziato a realizzare attraverso il ricorso ad una previdenza privata, concepita in stretta connessione con il sistema pubblico e tendente insieme a questo ad attenuare il precetto dell’adeguatezza di cui all’ art 38 comma 2 Cost., sulla base di un’identità di funzioni<sup>18</sup>.

La stessa introduzione nell’ordinamento, con le riforme degli anni ’90 del termine “prestazioni complementari” - mutuato dai “regimes complémentaires” francesi e prima mai utilizzato – veniva ad esprimere questo nuovo rapporto tra previdenza pubblica e previdenza privata, costruito dal legislatore.

Con esso si voleva infatti manifestare la necessità per lo Stato di un suo completamento, al fine della realizzazione della garanzia di “ più elevati livelli di copertura previdenziale” ( art 3, lett. *v*), L. 421/1992)<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> A seguito della legge delega n. 421/1992 e dei decreti delegati n. 124/1993 per le pensioni complementari e 503/1992 per le pensioni pubbliche.

<sup>18</sup> **Zampini G.**, “ La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme”, Arg. Dir. Lav. 2006, I, pag. 23; **Persiani M.**, “ Previdenza pubblica e previdenza privata”, op. cit., pag. 217.

<sup>19</sup> **Ciocca G**, op. ult. cit., pagg. 69-74; **Olivelli P. e Pessi R.**, “ La previdenza complementare nella Comunità Europea.”, Giuffrè Editore, Milano, 1992, pag. 20; **Andrietti V., Brindisi F., Ciocia A., Seracchi F.**, “le pensioni in Italia e in Europa”, Edizioni Ediesse, Roma, 2000, pag. 190.

## 2. La riforma pensionistica “Amato” ed il ruolo assegnato alla previdenza complementare dal legislatore nel D.lgs n. 124/1993.

Il legislatore ha a lungo ignorato il fenomeno della previdenza privata,; ciò nonostante la progressiva assunzione da parte di questo di dimensioni significative, almeno in certi settori del lavoro subordinato ( come quello bancario e assicurativo). Nel momento in cui però la crisi finanziaria del sistema pubblico di base – iniziata già dalla fine degli anni '70 <sup>20</sup> - ha imposto una riduzione dell'effettività della tutela garantita da tale sistema, esso è intervenuto a disciplinare, e in qualche modo a favorire, la costituzione di forme di previdenza privata, attuando, parallelamente una riduzione del livello delle prestazioni previdenziali garantite dal sistema pubblico - tramite la revisione del calcolo delle prestazioni e la restrizione dei requisiti di accesso alle stesse - , nell'ottica di un contenimento della spesa pensionistica<sup>21</sup>.

La scelta verso i fondi pensione in Italia ( per la quale sussistono remore da parte della sinistra sindacale e politica, tradizionalmente legata al monopolio degli interventi statali in campo previdenziale ) è stata quindi prodotta dalla crisi del sistema previdenziale obbligatorio ( che ha consentito di superare le remore ricordate, mancando le risorse per garantire i previdenti livelli di copertura previdenziale); questa ha generato infatti l'emersione di una progressiva centralità della materia della previdenza complementare, alla quale è stato attribuito un ruolo di necessario bilanciamento delle restrizioni nell'intervento pubblico, all'interno di un progetto di ristrutturazione dell'intero sistema previdenziale, orientato a obiettivi prevalentemente economico-finanziari.

Alla base della profonda crisi del nostro sistema di *Welfare* <sup>22</sup> si individuano una serie di fattori endogeni ed esogeni<sup>23</sup> . Tra questi , in

---

<sup>20</sup> **Cesari R.**, “TFR e fondi pensione”, Il Mulino, Bologna, 2007, pag. 35-36.

<sup>21</sup> Un forte intervento di contenimento del disavanzo previdenziale si rendeva peraltro improrogabile alla luce della firma del Trattato di Maastricht del febbraio del 1992 sull'Unione Europea e l'accettazione dei 5 parametri economici richiesti per la partecipazione alla moneta unica, tra i quali si imponeva il raggiungimento per il 1997 di un rapporto tra debito pubblico e PIL al 3%. Sul punto cfr. **Cesari R.**, op. ult. cit., pag. 36.

<sup>22</sup> Per una ricostruzione delle cause della crisi del sistema di *Welfare* in Europa cfr. **Ferrera M.**, “ Le trappole del welfare”, Mulino , Bologna, 1998, pag. 14 e segg. ; **Ferrera M.**,” Nuova Europa e nuovo welfare.”, Cacucci editore, Bari, 2001, pag. 8 e

particolare: l'evoluzione della struttura della popolazione ( intesa come modifica dei tassi di nascita, delle speranze di vita e dei flussi migratori) <sup>24</sup>; la trasformazione dei rapporti all'interno della struttura familiare ( e in special modo il venir meno del carattere di stabilità della famiglia - tradizionale strumento alternativo alla solidarietà sociale -, e l'incremento della partecipazione al lavoro delle donne) <sup>25</sup>; la crisi del mercato del lavoro e la crescita della disoccupazione <sup>26</sup> - alla quale si è risposto attraverso il ricorso a dannose e costose politiche di protezione troppo spesso orientate a logiche di passività <sup>27</sup> - ; infine, la tendenza del legislatore previdenziale alla reiterazione di comportamenti politici irresponsabili a partire soprattutto dalla seconda metà degli anni '60 <sup>28</sup> - , che hanno portato per finalità talora anche di puro consenso elettorale<sup>29</sup>, ad una smoderata proliferazione di diritti sociali ed alla conseguente eccessiva espansione della spesa pensionistica <sup>30</sup>.

---

segg. ; **Fornero E.**, “ L'economia dei fondi pensione” , Il Mulino, Bologna, 1999, pag. 47 e segg. ; **Buti M., Franco D., Pench L. R.** , Il welfare state in Europa: la sfida della riforma, Il Mulino, Bologna, 1999. Sul punto cfr. anche **Alaimo A.**, ”La previdenza complementare nella crisi del Welfare State: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale”. In Arg. Dir. Lav., 2001, I, pag. 205 e segg.; da ultimo **Cesari R.**, op. ult. cit., pag. 29- 35.

<sup>23</sup> **Alaimo A.**, op. ult. cit., pag. 205-208.

<sup>24</sup> **Buti M., Franco D., Pench L. R.** , op. ult. cit., pag. 44; **Olivelli P. e Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 13; **Ferrera M.**, op. ult. cit., pag. 8-9; **Francario L.**, “ Principio di sussidiarietà e competenza regionale in materia di previdenza complementare”, in **Bessone M. – Carinci F.**, “La previdenza complementare”, Utet Torino 2004, pag. 16.

<sup>25</sup> **Ferrera M.**, “ Le trappole del welfare”, op. cit., pag. 14-15; **Olivelli P. e Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 13.

<sup>26</sup> **Buti M., Franco D., Pench L. R.** , Il welfare state in Europa: la sfida della riforma, Il Mulino, Bologna, 1999, pag. 46-48.

<sup>27</sup> Senz'altro orientate ad una logica di “ passività” il sistema della CIGS, il regime dei prepensionamenti e, più generalmente, le politiche di sostegno al reddito. Sul punto **Ferrera M.**,” Nuova Europa e nuovo welfare.”, op. ult. cit., pag. 12, che, riferendosi alle politiche in materia di disoccupazione, sottolinea come “ di fronte alla sfida della disoccupazione strutturale i sistemi di protezione sociale della maggior parte dei paesi si sono limitati a pagare le persone perché non lavorassero – almeno le persone “garantite” - . Sono state intraprese poche iniziative nell'intento di reinserire i disoccupati nella vita di lavoro o di fornire un accesso al mercato del lavoro a coloro che cercano un primo impiego e ad altre deboli categorie”.

<sup>28</sup> **Cesari R.**, op. ult. cit., pag. 35

<sup>29</sup> E' il caso dello sfondamento del tetto pensionistico ad opera della L. n. 160/1988.

<sup>30</sup> Ci si riferisce in particolare all'introduzione della pensione di anzianità, riconosciuta ai lavoratori dipendenti ed autonomi con almeno 35 anni di contributi, indipendentemente dall'età; alla regolamentazione attraverso norme assai permissive

In rapporto a quest' ultimo elemento, vale la pena ricordare come il nostro sistema previdenziale , grazie alla combinazione storica di un andamento economico e demografico particolarmente favorevoli, abbia conosciuto, nei decenni passati, una stagione di ampia e progressiva espansione della sua sfera oggettiva e soggettiva di riferimento <sup>31</sup>. Questo a causa di politiche orientate alla soddisfazione e all'accoglimento di richieste riconducibili al particolarismo di singoli gruppi sociali, attuate attraverso numerose e generose operazioni legislative <sup>32</sup>, spesso poco coerenti con l'obiettivo del perseguimento dell'interesse pubblico generale e oggi giudicate “misure più di facciata ( o “di bandiera” )che di efficace e sostanziale portata per i materiali destinatari” <sup>33</sup> .

In particolare, per quel che riguarda le prestazioni pensionistiche, a partire dalla fine degli anni '60 l'ammontare della pensione si determinava sulla base di anzianità lavorativa ed entità dell'ultima retribuzione ( art 5, DPR n. 484/1968 e art 14, L. n. 153/1969); in corrispondenza quindi di quaranta anni di servizio poteva maturarsi il diritto ad una prestazione pensionistica pari all'80% della retribuzione percepita nell'ultimo periodo di attività lavorativa.

In questo contesto, caratterizzato dall'assoluta centralità del perseguimento del mantenimento del potere di acquisto sulla necessità del rispetto di una equivalenza attuariale fra prestazioni e contributi <sup>34</sup>, attraverso il

---

della pensione di invalidità, sia in termini di minimi di pensione che in termini di requisiti di iscrizione e livelli contributivi; all'agganciamento, della pensione ai salari dell'industria - la cui crescita è più accentuata di quella dei prezzi - e al suo innalzamento in corrispondenza di 40 anni di servizio fino ad un massimo dell'80% della retribuzione media percepita nell'ultimo periodo dell'attività lavorativa. Sul punto cfr. **Cesari R.**, op. ult. cit., pag. 25 e segg., che ricorda come nell'arco di 30 anni la spesa pensionistica nel nostro paese sia passata da un livello del 5%del PIL nel 1960 fino ad un 25,8% negli anni '90, determinando la necessità di un esborso da parte dello Stato di 50 miliardi di lire nel 1990, a copertura del disavanzo creato dallo squilibrio attuariale tra contributi e prestazioni.

<sup>31</sup> Sul punto cfr. **Dondi G.**, Sub art 38..., op. ult. cit., pag.79 e segg.

<sup>32</sup> Per una ricostruzione degli interventi legislativi a indirizzo universalistico che si sono avvicendate nel nostro paese tra gli anni '50 e gli anni '70 cfr. **Cinelli M.**, “Diritto della previdenza sociale.”, Giapichelli, Torino, 2007, pag. 41 e segg.

<sup>33</sup> **Cinelli M.**, “Diritto della previdenza sociale.”, Giapichelli, Torino, 1998, pag. 39 e segg.

<sup>34</sup> Sul punto cfr. **Persiani M.**, “Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale”, cit., pag. 17, che al riguardo parla di una “prevalenza della giustizia distributiva su quella corrispettiva”.

progressivo indebolimento delle basi assicurative del sistema, si è così arrivati all'insostenibilità finanziaria del sistema previdenziale pubblico.

Nell'ottica del ripristino di un rapporto sostenibile tra spesa pensionistica e prodotto interno lordo, si rendeva quindi necessario un ripensamento e una rimodulazione dell'assetto previdenziale presente, all'interno del quale la previdenza privata andasse ad assumere un ruolo in qualche modo salvifico rispetto alla crisi del sistema previdenziale pubblico <sup>35</sup>.

Essa infatti compensando la riduzione di copertura sociale del sistema di base, attraverso l'integrazione dei trattamenti pensionistici da questo erogati, sarebbe andata ad identificarsi come un presidio "terapeutico" <sup>36</sup> rispetto alla crisi del sistema pensionistico. Al contempo, la scelta di assegnare alla componente pensionistica complementare tale ruolo avrebbe auspicabilmente portato il vantaggio di un generale sviluppo del sistema pensionistico e occupazionale, data la valorizzazione dei fondi pensione come strumenti di intermediazione finanziaria, capaci di alimentare finanziariamente edilizia e imprese minori <sup>37</sup>.

Ciò fu realizzato dal legislatore degli anni '90 attraverso la creazione di un nesso di complementarietà tra previdenza pubblica e previdenza privata, che presupponeva l'avvicinamento strutturale dei due sistemi in un disegno di funzionalizzazione del secondo al primo .

Con la L. n. 421/1992 ( riforma "Amato"), infatti si intese realizzare il riequilibrio finanziario delle gestioni pensionistiche, stabilizzando il rapporto tra spesa previdenziale e prodotto interno lordo; l'omogeneizzazione tendenziale dei trattamenti pensionistici obbligatori; l'agevolazione, infine, della

---

<sup>35</sup> **Zampini G.**, "La previdenza complementare", Cedam Modena 2004, pag. 1; **Bozzao P.**, "La previdenza pensionistica complementare: il D.lgs n. n. 124/93 alla luce dell'esperienza europea e degli orientamenti comunitari.", in *Dir. Lav.*, 1993, I, pag. 379

<sup>36</sup> **Cinelli M.**, "Diritto della previdenza sociale.", Giapichelli, Torino, 2005, pag. 65.

<sup>37</sup> **Pessi R.**, "La nozione di previdenza integrativa." In *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.* 1988, pag. 64; **Persiani M.**, "La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario", *Arg. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 722; **Cinelli M.** "Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa", *Riv. It. Dir. Lav.*, 86 I, pag. 890; **Bozzao P.**, op. ult. cit., pag. 379.

costituzione di forme pensionistiche per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari.

Tali propositi furono attuati rispettivamente con i successivi D.lgss. n. 503/1992 e n. 124/1993, nonché con una serie di altri interventi, tutti ricompresi nel periodo 1992-1994, volti ad introdurre elementi di razionalizzazione nella tutela previdenziale. In particolare, il D.lgs n. n. 124/1993 attuava la delega contenuta all'art 3, lett. v) della L. n. 421 che mirava a realizzare più elevati livelli di copertura previdenziale, attraverso l'incentivazione di forme complementari di previdenza. Questa stessa finalità fu poi ribadita dal legislatore con la successiva L. n. 335/1995, art 1 (riforma "Dini"). Con essa si completava il disegno di una modificazione strutturale del sistema pensionistico, attraverso una riforma per la prima volta congiunta di sistema pensionistico obbligatorio e complementare, volta a dimostrare il collegamento non più solo di fatto, ma ora giuridicamente istituzionalizzato, tra i due livelli pensionistici<sup>38</sup>.

Nel riformare il sistema pensionistico esistente, il legislatore optò quindi per un sistema "binario" di protezione sociale, fondato su due pilastri. Da un lato quello pubblico, a partecipazione obbligatoria, funzionante secondo il meccanismo della ripartizione, gestito da istituzioni di natura pubblica. Dall'altra quello privato a capitalizzazione e a partecipazione volontaria. Entrambi tra loro combinati in un'ottica secondo la quale il secondo avrebbe compensato l'arretramento del primo nella realizzazione della finalità generale di liberazione dal bisogno .

### **3. L'impostazione della Corte Costituzionale: una previdenza complementare "funzionalizzata" a quella pubblica.**

L'inquadramento dato dal legislatore alla materia della previdenza complementare nella riforma "Amato" fece da sfondo e giustificò l'idea di una previdenza complementare funzionalizzata a quella pubblica e riconducibile al

---

<sup>38</sup>

**Ciocca G**, op. ult. cit., pag. 65 e segg.

2° comma dell'art 38 Cost., che gran parte della dottrina <sup>39</sup> in quegli anni teorizzava e che la Corte Costituzionale avallò.

Tale inquadramento mostrava infatti l'adesione a quella teoria che concepisce il sistema previdenziale come un sistema articolato su quattro cerchi concentrici <sup>40</sup>, dei quali solo i primi 3 insistono su bisogni socialmente rilevanti. In particolare, il primo coincide con la garanzia del minimo vitale ( comma 1 dell'art. 38 Cost. ) e il secondo si identifica con il trattamento minimo per un'esistenza libera e dignitosa (comma 2 dell'art. 38 Cost.)

Entrambi i primi due cerchi - relativi a bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati - sono tuttora occupati dal sistema di tutela pubblico. Il terzo cerchio, invece, riferibile al bisogno presunto del mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l'attività lavorativa, originariamente ricoperto dalla previdenza pubblica, è stato gradualmente ceduto alla previdenza integrativa; ciò per una dichiarata indisponibilità di risorse che impone alla previdenza pubblica un arretramento tutela <sup>41</sup>.

Il quarto cerchio infine rimane affidato alla previdenza meramente privata, dal momento che va ad insistere su bisogni meritevoli di tutela ma privi del carattere della rilevanza sociale.

La ricostruzione del sistema previdenziale appena descritta, teorizzata da tale dottrina, nel giustificare il sistema di limitazioni e vincoli imposto dal legislatore con le riforme degli anni '90, presupponeva una visione dello Stato che da "gestore" si proponesse anche come "regolatore" delle componenti

---

<sup>39</sup> Per tutti cfr. **Pessi R.**, "La nozione di previdenza integrativa", in Pessi R. "Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale", Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1989, pag. 66 e segg.; **Pessi R.**, "La riforma del sistema previdenziale", op. cit., pag. 48 e segg.; **Sandulli P.**, "Previdenza complementare...", op. cit., pag. 243 e segg.; **Sandulli P.**, "Riforma pensionistica e previdenza integrativa", in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 1991, pag. 245; **Sandulli P.**, "Il decreto legislativo n. 124/93 nel sistema pensionistico riformato", in Dir. Prat. Lav. 1993, n. 35, pag. 111; **Olivelli P.** "La Costituzione...", op. cit., pag. 190.

<sup>40</sup> **Pessi R.**, "La previdenza complementare", Cedam Padova 1999, pag. 7

<sup>41</sup> **Pessi R.**, "La nozione di previdenza integrativa", op. cit., pagg. 68-69; **Olivelli P. e Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 24

private del sistema, funzionalizzandole, in una logica di complementarità, alla realizzazione di quelle garanzie ora da lui dismesse<sup>42</sup>.

Tale impostazione è stata poi accolta nella tesi ricostruttiva prospettata dalla Corte Costituzionale <sup>43</sup> che, nel sostenere la sussistenza di un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare – che subordinasse quest’ultima alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla prima <sup>44</sup> -, ha mostrato di fare propria la concezione di quest’ultima elaborata dalla dottrina <sup>45</sup> appena ricordata.

In tal senso, secondo alcuni <sup>46</sup>, la Corte non fece altro che limitarsi a prendere atto di ciò che ormai era sotto gli occhi di tutti: la necessità di piegare la natura della previdenza privata alle esigenze della previdenza pubblica, attraverso l’attribuzione alla prima di un ruolo ancillare<sup>47</sup> nei confronti della seconda, sulla base dell’improrogabile esigenza di un contenimento di spesa .

L’opportunità data alla Corte Costituzionale per pronunciarsi su ruolo e funzioni assegnati ai fondi pensione, ha avuto origine dalla c.d. vicenda del “contributo sul contributo” - relativa al tema della imponibilità contributiva ai

---

<sup>42</sup> **Treu T.**, “ La previdenza complementare nel sistema previdenziale.”, in **Bessone M. – Carinci F.**, op. cit., pag. 3; **Andrietti V., Brindisi F., Ciocia A., Seracchi F.**, op. ult. cit., pag. 285

<sup>43</sup> Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in Foro It., 1991, I, col. 2005, con nota di Mazzotta O.; Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421, in Foro It., 1995, I, col. 3392, in Arg. Dir. Lav., 1995, 2, pag. 173; Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, in Mass. Giur. Lav., 2001, n. 1-2, pag. 91, con nota di Sandulli P.; Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121, in Giur. cost. 2002, pag. 948, relative alla vicenda del “contributo di solidarietà” imposto alla prima per finanziare la seconda e Corte Cost. 9 luglio 1999, n. 289, in Giur. Cost., 1999, pag. 2432; Corte Cost., 28 luglio 2000, n. 393, in Mass Giur. Lav., 2000, n. 8/9, pag. 965, con nota di Pessi R. e in Arg. Dir. Lav., 2001, 2, pag. 619, con nota di Proia G.; Corte Cost. 27 luglio 2001, n. 319, in Notiz. Giur. Lav., 2002, p. 250, su requisiti di accesso e livelli delle prestazioni pensionistiche complementari.

<sup>44</sup> **Ciocca G.**, op. ult. cit., pag. 76

<sup>45</sup> **Pessi R.**, “La previdenza complementare”, op. cit., pag. 7

<sup>46</sup> **Proia G.**, “Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare.”, in Arg. Dir. Lav., 2001, 2, pag. 621

<sup>47</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 720; **Carinci F.**, “ Aspetti problematici e prospettive *de jure condendo*”, in **Bessone M. – Carinci F.**, op. cit., pag. XXV e segg., prefazione.

fini INPS del finanziamento verso la previdenza complementare <sup>48</sup> - e da quella dei requisiti per l'accesso alle prestazioni pensionistiche complementari<sup>49</sup>.

In tali occasioni, il Giudice delle leggi ebbe modo di esprimere il suo punto di vista consolidando poi nel tempo un orientamento monolitico, teso a ricondurre la previdenza complementare nell'alveo del comma 2 dell'art. 38 Cost., sul presupposto della condivisione, tra previdenza pubblica e previdenza complementare, del comune obiettivo della tutela previdenziale adeguata.

#### 4. La c.d. vicenda del “contributo sul contributo”.

La questione si pose quando all'inizio degli anni '80 <sup>50</sup> gli enti previdenziali, sulla spinta dell'esigenza di ridurre il proprio disavanzo, diedero avvio ad una campagna ispettiva e ad un contenzioso con le imprese che avevano istituito fondi integrativi, esigendo da parte di queste il versamento dei contributi di previdenza e assistenza di cui all'art 12, L. n. 153/1969, anche rispetto alle somme versate a finanziamento di detti fondi <sup>51</sup>.

La disposizione citata, nell'individuare la nozione di retribuzione imponibile per il calcolo della contribuzione previdenziale in “tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura (...) in dipendenza del rapporto di lavoro”, prevedeva nel testo allora vigente alcune eccezioni considerate elenco tassativo dalla giurisprudenza; fra queste non risultavano le somme accantonate per il finanziamento dei fondi pensione privati. E' sulla base di tale omissione che si determinò la grave situazione di incertezza interpretativa su cui si radicarono le rivendicazioni degli enti, suscitando il sorgere di diverse posizioni in dottrina e giurisprudenza.

Con l'avvio del contenzioso da parte dell'INPS – che si scontrava con una generalizzata prassi di sistematica omissione contributiva, avallata dalla

---

<sup>48</sup> Cfr. Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, cit.; Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421, cit.; Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, cit.; Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121, cit.

<sup>49</sup> Corte Cost. 9 luglio 1999, n. 289, cit.; Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.; Corte Cost. 27 luglio 2001, n. 319, cit.

<sup>50</sup> Per una ricostruzione della vicenda cfr. in particolare **Persiani M.**, “Previdenza pubblica e previdenza privata”, op. cit., pag. 210 e segg.; **Zampini G.**, “La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi”, Cedam, Padova, 2004, pag. 218 e segg.

<sup>51</sup> Sul punto cfr. **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 218-234.

giurisprudenza di merito<sup>52</sup>, nonché dallo stesso Ministero del Lavoro<sup>53</sup> - , esplose il dibattito sulla natura retributiva o contributiva degli accantonamenti ai fondi pensionistici complementari, al quale strettamente si connetteva la questione dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza privata, e quella conseguente della natura e della funzione da attribuire a quest'ultima. Con tale vicenda infatti - dato l'aggravio di oneri che l'accoglimento delle pretese dell'INPS avrebbe comportato per i datori di lavoro che avevano istituito regimi previdenziali aziendali e data l'inevitabile alterazione funzionale di questi ultimi - , si poneva in risalto per la prima volta un profilo di interferenza tra previdenza pubblica e previdenza privata<sup>54</sup>.

Nel dibattito, la Corte di Cassazione<sup>55</sup>, mostrò di aderire alla tesi degli enti previdenziali, consolidando tale orientamento nel corso degli anni '80, malgrado il dissenso di gran parte della dottrina<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> La giurisprudenza di merito, riconosceva oltre che della funzione anche della natura previdenziale dei contributi destinati alla previdenza privata, escludendo di conseguenza tali versamenti dall'assoggettabilità a contribuzione previdenziale. In particolare Cfr. Pretore di Torino, 16 marzo 1981, in *Orient. Giur. Lav.*, 1981, pag. 791; Pret. Milano, 24 febbraio 1984, in *Orient. Giur. Lav.*, 1984, pag. 910; Trib. Milano, 8 maggio 1985, in *Orient. Giur. Lav.*, 1985, pag. 991; Trib. Milano, 25 marzo 1987, in *Orient. Giur. Lav.*, 1987, pag. 532; Trib. Firenze, 8 maggio 1988, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1988, II, pag. pag. 238.

<sup>53</sup> Cfr. *Circ. Min. Lav.*, 2 febbraio 1973, n. 6, in *Riv. It. Prev. Soc.*, 1973, pag. 946.

<sup>54</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 210.

<sup>55</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 14 novembre 1975, n. 3850, in *Giust. Civ.*, 1976, I, pag. 413; Cass. 14 dicembre 1978, n. 5980, in *Mass. Giur. Lav.*, 1979, pag. 607; Cass. 1° febbraio 1985, n. 664, in *Giust. Civ.*, 1985, pag. 2778 e segg., con nota di Guarnieri G., *Fondi aziendali di previdenza ed obbligo contributivo*; Cass., 11 giugno 1986, n. 3877, in *Orient. Giur. Lav.*, 1987, pag. 1086; Cass., 8 gennaio 1987, n. 61, in *Mass. Giur. Lav.*, 1987, pag. 70 e segg. con nota di Persiani M., *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*; Cass., 15 aprile 1987, n. 3761, in *Mass. Giur. Lav.*, 1987, pag. 385 e segg., con nota di Persiani M., *Ancora sulla retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale*.

<sup>56</sup> In particolare, secondo **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 214, i datori di lavoro ed i datori iscritti a forme di previdenza complementare, già adempivano agli obblighi fiscali e, essendo iscritti al regime generale, contribuivano anche a quest'ultimo, esprimendo così una solidarietà analoga a quella degli altri datori di lavoro e lavoratori; di qui l'illegittimità dell'imposizione di un' ulteriore contribuzione, contrastante con la direttiva costituzionale che impone di favorire la previdenza integrativa, assicurandone la libertà. Inoltre, nella posizione dell'INPS era implicito un paradosso: il contributo verso le pensioni private, finalizzate ad integrare quelle pubbliche, se considerato imponibile dall'INPS avrebbe determinato l'accrescimento anche della pensione pubblica, rendendo parzialmente inutile l'istituzione di forme complementari.

In particolare essa sostenne la natura di retribuzione differita imponibile delle somme versate per i fondi pensione, facendo propria una nozione di retribuzione tendenzialmente ampia, coincidente con qualsiasi erogazione datoriale più o meno direttamente riconducibile al sinallagma contrattuale, non espressamente esclusa dall'art. 12, L. n. 153/1969.

Tale interpretazione, osservava criticamente la dottrina<sup>57</sup>, prescindeva dalla funzione propria della specifica erogazione e si svincolava del tutto dal contesto sinallagmatico del rapporto di lavoro subordinato<sup>58</sup>, incentrandosi quasi esclusivamente sulla coincidenza temporale tra quest'ultimo e l'erogazione datoriale.

Essa era inoltre criticabile sotto altri profili. Innanzitutto, i contributi versati dal datore a finanziamento di casse ed enti con finalità previdenziale non potevano configurarsi come somme destinate direttamente al lavoratore bensì al fondo che, anche nei casi in cui era interno al patrimonio aziendale e si atteggiava come separata voce del passivo di bilancio, andava comunque a concretizzare una distinta entità patrimoniale separata ex art. 2117 c.c. Tali contributi dovevano piuttosto qualificarsi come adempimento di un obbligo contrattuale assunto nei confronti di un soggetto terzo<sup>59</sup> e ciò escludeva la realizzazione della fattispecie costitutiva dell'obbligo contributivo prevista dall'art. 12 cit. L'attribuzione della natura retributiva a tali somme peraltro, neppure poteva giustificarsi con la necessità di garantire l'intangibilità delle stesse; la rilevanza previdenziale e assistenziale di tali contributi, nella logica

---

Critico nei confronti della nozione di retribuzione ai fini contributivi enunciata dalla Corte di Cassazione anche **Dondi G.**, La nozione di retribuzione ai fini contributivi, in Mass. Giur. Lav., 1988, pag. 552 e segg.

<sup>57</sup> **Persiani M.**, "Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale", nota a Cass. 8 gennaio 1987, n. 61, in Mass. Giur. Lav., 1987, pag. 70.

<sup>58</sup> **Realmonte F. e Tosi P.**, "La previdenza integrativa dopo la sentenza n. 427/1990 della Corte Costituzionale", nota a Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in Riv. It. Dir. Lav., 1991, II, pag. 72, secondo cui la retribuzione deve pur sempre caratterizzarsi sulla base di una necessaria corrispettività rispetto al contratto di lavoro mentre non può discendere da una mera connessione temporale con l'esistenza del rapporto di lavoro.

<sup>59</sup> **De Luca Tamajo R. e Paterno' F.**, "La sottoposizione a contribuzione previdenziale delle erogazioni datoriali ai fondi di previdenza integrativa: la sentenza n.427/1990 della Corte Costituzionale", nota a Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in Orient. Giur. Lav., 1991, pag. 229.

dell'art. 2117 c.c., avrebbe infatti attribuito comunque alle stesse un'intangibilità assoluta <sup>60</sup>.

Al contrario, la natura previdenziale dei contributi ai fondi pensione integrativi sarebbe stata testimoniata dalla coincidenza del regime fiscale di previdenza pubblica e privata caratterizzato dal differimento quindi per entrambe dell'imposizione al momento dell'erogazione delle prestazioni, assente rispetto ad istituti, che avendo natura propriamente retributiva, sono sottoposti "a monte" all'imposizione <sup>61</sup>.

La posizione assunta dalla Corte di Cassazione sulla questione dell'assoggettabilità o meno a contribuzione previdenziale dei flussi di finanziamento alla previdenza integrativa poteva quindi spiegarsi unicamente sulla base della preoccupazione di salvaguardare la crisi finanziaria dell'INPS, a costo di alterare l'equilibrio tra previdenza privata e previdenza pubblica, attraverso l'imposizione per la prima di un obbligo di finanziamento della seconda <sup>62</sup>.

Un primo punto di svolta nel dibattito della Corte Costituzionale fu rappresentato dalla sentenza n. 427/1990 <sup>63</sup>, dalla quale scaturì, oltreché la soluzione della questione interpretativa, una nuova concezione della previdenza integrativa, fondata sul riconoscimento di una omogeneità di funzioni con la previdenza pubblica.

La Corte di Cassazione con ordinanza del 15.12.1989 e 23.01.1990 aveva rimesso alla Corte Costituzionale la questione della legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 1 del D. Lgs n. 44/1985 e dell'art. 12 legge 153/1969 in relazione all' art. 3 Cost. per la disparità di trattamento fra i fondi di previdenza integrativa, in quanto il finanziamento verso quello per gli spedizionieri era esonerato da contribuzione verso l'INPS dalla legge speciale. La Corte dichiarando infondata la questione esclude la configurabilità della denunciata disparità di trattamento, sulla base del carattere eccezionale della

---

<sup>60</sup> **Petino P.**, "Obbligo contributivo e contribuzione a fondi di previdenza integrativa dopo la legge n. 166/91." In *Dir. Lav.* 1993 fascI, pagg. 74-76

<sup>61</sup> **De Luca Tamajo R. e Paterno' F.**, op. ult. cit., pag. 225 e segg.

<sup>62</sup> Così **Persiani M.**, "Previdenza pubblica e previdenza privata", op. cit., pag. 211-212; **Dondi G.**, op. ult. cit., pag. 554.

<sup>63</sup> Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, cit.

norma relativa al fondo spedizionieri, che a suo avviso non andava estesa alla generalità dei fondi di previdenza integrativa, con conseguente sottoposizione delle somme destinate al finanziamento di questi ultimi all'obbligo della contribuzione previdenziale. Con tale pronuncia il Giudice delle leggi, pur mostrando di aderire alla teoria che riconosceva a tali contributi natura di retribuzione con funzione previdenziale, dichiarò che la previdenza integrativa andava incoraggiata, "anche in ossequio ad una direttiva della comunità economica europea"; al contempo però, sulla base del ricorso al "principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost." escluse che "il suo finanziamento, soprattutto se alimentato da redditi medio-alti", fosse "interamente esentato da una forma di contribuzione alla previdenza pubblica".<sup>64</sup> In tal senso si indicò al legislatore la strada da seguire in materia: quella dell'istituzione di uno speciale contributo di solidarietà.

Particolarmente aspre furono le critiche che gran parte della dottrina mosse a tale pronuncia, soprattutto per il richiamo al principio di solidarietà, che dati i suoi caratteri di generalità e universalità appariva difficilmente utilizzabile a sostegno di argomentazioni volte a risolvere situazioni specifiche, contingenti e riconosciute come privatistiche<sup>65</sup>.

Contestata fu altresì la considerazione per cui le forme di previdenza privata avrebbero comportato una sottrazione di risorse alla solidarietà generale; ciò sulla base del fatto che i datori di lavoro che le finanziavano al contempo contribuivano alla previdenza pubblica<sup>66</sup>.

Con l'art. 9- *bis* della Legge n. 166/1991 il legislatore accolse l'indicazione della Corte Costituzionale. Da un lato infatti fornì un'interpretazione autentica dell'art. 12 della Legge n. 153/1969, che escludeva espressamente dall'imponibile INPS le contribuzioni previdenziali le contribuzioni o somme versate o accantonate a finanziamento di casse, fondi, gestioni o forme

---

<sup>64</sup> **Realmonte F. e Tosi P.**, op. ult. cit., pag. 245. Sul punto cfr. anche **Ciocca G.**, op. ult. cit., pagg. 187-188; **Pessi R.**, "La previdenza integrativa: identificazione funzionale e collocazione strutturale nell'assetto del rapporto previdenziale pubblico dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 427/90.", in *Dir. Lav.* 1990, I, pag. 425; **Persiani M.**, op. ult. cit., in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.* 2000 fascI, pagg. 212-213; **Zampini G.**, "Il finanziamento", in **Bessone M. – Carinci F.**, op. cit., pag. 325.

<sup>65</sup> Zampini G., op. ult. cit., pag. 326; **Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 425

<sup>66</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 214.

assicurative previste da contratti collettivi, accordi o regolamenti aziendali per l'erogazione di prestazioni integrative previdenziali o assistenziali. Dall'altro impose l'assoggettamento di dette somme ad un "contributo di solidarietà" del 10%, specificatamente introdotto per la realizzazione dell'adempimento del dovere di solidarietà, imposto alla previdenza privata nei confronti della previdenza pubblica.

Pesanti furono anche in questo caso le censure ( di segno "politico" fra loro diverso) che la dottrina non mancò di sollevare a tale intervento. Si sostenne ad esempio che esso rappresentava un'interpretazione molto riduttiva del "suggerimento" della Corte Costituzionale; il "contributo di solidarietà" realizzava infatti una solidarietà circoscritta alla categoria di appartenenza, volta ad arricchire la forma pensionistica pubblica dei lavoratori iscritti ai fondi integrativi e non invece a sostenere le fasce economicamente più deboli di lavoratori iscritti al regime generale INPS <sup>67</sup>. All'opposto, l'imposizione di un'ulteriore solidarietà, fu vista come l'irrazionale imposizione di un "contributo sul contributo" <sup>68</sup>, assimilabile più a una imposta destinata a tassare un'attività privata, che ad una forma di contribuzione previdenziale <sup>69</sup>.

L'obiettivo perseguito dal legislatore parve qui evidente: affiancare previdenza pubblica e previdenza privata attraverso un legame economico e funzionale volto a investire la seconda del compito di contribuire al finanziamento della prima in nome di un dovere di solidarietà che nascondeva motivazioni politico-sociologiche <sup>70</sup>, poco coerenti con la volontà di una incentivazione effettiva e reale della previdenza complementare.

Le perplessità sollevate dall'art. 9 – *bis* cit. resero necessario un nuovo intervento della Corte Costituzionale. Con la successiva sentenza 421/1995 <sup>71</sup>il Giudice delle leggi accolse una questione di legittimità costituzionale sollevata con propria ordinanza risalente al 1 giugno 1995 n. 225, dichiarando la parziale

---

<sup>67</sup> Tale contributo era in realtà "devoluto alle gestioni pensionistiche di legge cui sono iscritti i lavoratori" e non al Fondo pensioni lavoratori privati dell'INPS. Sul punto cfr. **Zampini G.**, "La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi", op. cit., pag. 223; **Tursi A.**, "la previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale", Giuffrè editore Milano 2001, pag. 141

<sup>68</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pagg. 213-214.

<sup>69</sup> **Ciocca G.**, op. ult. cit., pagg. 190-192; **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 213 .

<sup>70</sup> **Ciocca G.**, op. ult. cit., pag. 192

<sup>71</sup> Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421, cit.

illegittimità dell'art. 9 - *bis* comma 1 L. n. 166/1991, nella parte in cui escludeva la ripetibilità dei versamenti contributivi anteriori all'entrata in vigore della legge, concedendo nel contempo una generale sanatoria a favore di chi non aveva versato nulla all'INPS senza prevedere "una contropartita analoga al contributo di solidarietà imposto per il futuro". In tal modo si realizzava infatti una disparità di trattamento tra datori di lavoro inadempienti - sollevati completamente da ogni debito nei confronti degli istituti previdenziali - e datori adempienti - privati invece della possibilità di ottenere in restituzione quanto versato - , in difformità con il principio di razionalità – equità previsto all'art. 3 Cost. e con il dovere di solidarietà riconducibile al secondo comma dell'art. 38 Cost.

Circa l'esonero dall'ordinaria contribuzione sociale di cui all'art. 9 - *bis*, la Corte negò la funzione di interpretazione autentica di tale disposizione, identificandola invece come un'eccezione da aggiungere a quelle elencate all'art 12, comma 2, L. n. 153/1969 <sup>72</sup>.

Con la pronuncia in questione la Corte mostrò di confermare quanto già espresso con la precedente pronuncia rendendo definitiva la qualificazione previdenziale <sup>73</sup> e l'attrazione della previdenza integrativa nell'ambito del comma 2 dell'art. 38 Cost. <sup>74</sup>. Ancora una volta la preoccupazione principale

---

<sup>72</sup> Al riguardo v. **Tullini P.**, "Previdenza complementare e tutela delle posizioni soggettive", in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1996, pag. 1144 e segg., che appare critica nei confronti della possibilità di ricondurre all' introduzione di un'ulteriore eccezione da aggiungere all'elenco delle fattispecie escluse dalla base imponibile di cui all'art. 12, L. n. 153/1969 il mutamento dell'assetto giuridico dei fondi pensione. Le somme destinate a questi ultimi infatti, nonostante l'operatività dell'eccezionale esonero, devono comunque considerarsi "strutturalmente" retributive e non invece "strutturalmente contributi di natura previdenziale", come sostenuto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che, secondo l'a. in tal modo commetteva un errore analogo a quello rimproverato alla giurisprudenza di legittimità la quale, sulla scorta di un'interpretazione letterale – formalistica dell'art. 12 cit., giungeva a sostenere una nozione assorbente di retribuzione imponibile, così trascurando, con la finalità previdenziale delle gestioni complementari, la concreta realtà del fenomeno.

<sup>73</sup> *Contra* **Miscione M.**, Il sostegno al reddito degli enti bilaterali, in Dir. Prat. Lav.,1997, n. 36, pag. 2579, secondo il quale "la previsione di un contributo previdenziale, anche se forfetario , conferma in modo in equivoco che queste prestazioni fanno parte del trattamento retributivo in senso ampio: altrimenti l'assoggettamento a contribuzione sarebbe privo di qualunque giustificazione".

<sup>74</sup> **Proia G.**, "La corte costituzionale e la previdenza complementare", op. cit., pag. 175; **Ciocca G.**, op. ult. cit., pagg. 198-199; **Zampini G.**, " Il finanziamento", op. cit., pag. 325- 328.

della Corte sembrava essere quella di contribuire a sanare il dissesto finanziario del sistema previdenziale pubblico tramite il concorso della previdenza privata<sup>75</sup>.

Nemmeno quest'ultima sentenza mise però fine alla questione qui illustrata.

La sentenza da ultimo ricordata aveva invitato il legislatore ad introdurre una contropartita all'esonero dalla contribuzione INPS. Le disposizioni contenute nei commi 193 e 194 dell'art 1, L. n. 662/1996, che avevano così imposto, in deroga alla disciplina della prescrizione dei crediti previdenziali, un contributo di solidarietà retroattivo del 15% sui finanziamenti alla previdenza privata eseguiti nel periodo dal 1° settembre 1985 al 30 giugno 1991.

Con la sentenza n. 178/2000<sup>76</sup> la Corte dichiarò in gran parte infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine a tale normativa. In particolare essa manifestò di non condividere i rilievi formulati in relazione al contrasto con il principio di uguaglianza ( art. 3, Cost.)<sup>77</sup>. Ritenne altresì inconferente il richiamo all'art. 53 Cost. - che impronta il sistema tributario al principio della capacità contributiva - , ritenuto violato dall'imposizione di un maggior onere contributivo del 15% in cifra fissa a carico dei soli datori che avevano costituito forme pensionistiche integrative. Allo stesso modo respinse la prospettata violazione dell'art 47 Cost. da parte della previsione della contribuzione prevista per il periodo 1°/09/1985 – 30/06/1991, giacché detto contributo avrebbe rappresentato soltanto “una contropartita necessaria

---

<sup>75</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pagg. 215-216; **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 231.

<sup>76</sup> Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, cit.

<sup>77</sup> La Corte finì infatti con l'ammettere la contemporanea esistenza di un diversificato regime contributivo, argomentando sulla base del fatto che non poteva dirsi violato il principio d'uguaglianza dal mero succedersi nel tempo di discipline differenziate. Giustificò altresì la diversa entità del contributo di solidarietà (10% vs 15%) come la previsione di un contributo di entità superiore rispetto a quella stabilita dalla legge per contributi di analoga o identica natura relativamente al periodo 1°/09/1985 – 30/06/1991, sulla base della differenza temporale del periodo di riferimento, nonché in considerazione del beneficio della rateazione in 18 bimestri prevista per il pagamento del debito relativo al periodo più risalente. Sul punto cfr. **Bozzao P.**, “Ancora sulla legittimità costituzionale della contribuzione a favore della previdenza complementare: una decisione non del tutto appagante.”, in *Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 306 e **Sandulli P.**, “Vicende legislative e giudiziarie della contribuzione a previdenza complementare nel progresso regime”, nota a Corte Cost. , 8 giugno 2000, n. 178, cit., pag. 106.

dell'esclusione delle contribuzioni ai fondi di previdenza complementare dalla base imponibile per la determinazione dei contributi di previdenza e assistenza sociale"; ciò in adempimento dei fondamentali principi di solidarietà (art 2 Cost.) e razionalità – equità (art. 3 Cost.).

Con la successiva pronuncia n. 121/2002<sup>78</sup>, la Corte respinse ancora una volta le varie censure mosse allo stesso provvedimento, richiamando le motivazioni già espresse nella sua precedente giurisprudenza<sup>79</sup>.

Il reiterato rinvio alla Corte Costituzionale manifestava il disagio della magistratura ad accettare l'introduzione di un obbligo contributivo retroagente oltre il termine prescrizione valevole per la contribuzione previdenziale. Ma se – sul piano dei principi generali – ciò pareva stridente, il superamento della norma non poteva ragionevolmente inverarsi ad opera del Giudice delle leggi che quell'intervento legislativo aveva sollecitato.

In ogni caso – per ciò che rileva ai fini del discorso che stiamo conducendo - con tali ultime sentenze fu confermato l'intendimento di voler ad ogni costo ricondurre la previdenza complementare all'interno di un sistema complessivo, orientato all'attuazione delle finalità garantite dall'art. 38 comma 2 Cost. Tuttavia, poco convincenti apparivano le argomentazioni a sostegno di tale impostazione che lasciavano trasparire la loro strumentalità all'obiettivo condiviso dal legislatore con le riforme degli anni '90, di "rimpinguare il bilancio degli enti previdenziali"<sup>80</sup>.

## **5. Segue: Requisiti di accesso e livelli delle prestazioni pensionistiche complementari.**

La Corte Costituzionale ebbe ancora occasione di esprimere il suo orientamento in ordine alla questione dell'inquadramento sistematico della

---

<sup>78</sup> Il riferimento è a Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121, cit., pag. 948.

<sup>79</sup> Nella motivazione di tale sentenza la Corte infatti ribadisce quanto già enunciato in precedenza in particolare che "Il contributo di solidarietà a carico dei datori di lavoro che non avevano adempiuto all'obbligo della contribuzione previdenziale, istituito per il passato dalla norma censurata, ha quindi natura di contributo nuovo e costituisce, secondo i principi di razionalità-equità e di solidarietà, una ragionevole e notevolmente vantaggiosa contropartita a fronte dell'esonero dal pagamento dei contributi previdenziali obbligatori, posta in essere dalla necessità di regolare tutte le situazioni di inadempienza ancora pendenti".

<sup>80</sup> **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 232-233.

previdenza complementare con l’emanazione di una serie di pronunce <sup>81</sup> relative alla questione dell’imposizione di limiti a requisiti di accesso e livelli delle prestazioni erogate dai fondi pensione<sup>82</sup>.

Con esse, la Corte fu chiamata a decidere circa la legittimità della abolizione dei cc. dd. prepensionamenti complementari – realizzata con l’art 15, comma 5, L. 335/1995 <sup>83</sup> e con l’art 59, comma 3, L. n. 449/1997 <sup>84</sup>, che avevano subordinato il diritto alle prestazioni pensionistiche di anzianità e vecchiaia alla maturazione del diritto o dei requisiti per aver diritto alla pensione nel regime previdenziale pubblico di competenza -, rispetto al principio di libertà sindacale ( art 39 Cost.) e di libertà di iniziativa economica privata ( art 41 Cost.) <sup>85</sup>.

Nel respingere le questioni di legittimità costituzionale sollevate, dopo una prima ordinanza <sup>86</sup>, i Giudici delle leggi, fondarono la ritenuta ragionevolezza dell’imposizione ai fondi pensione di un regime vincolistico

---

<sup>81</sup> Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, in Arg. Dir. Lav., 2001, 2, pag. 687, con nota di Proia G. e Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit. Nello stesso senso anche Corte Cost. 27 luglio 2001, n. 319, cit.

<sup>82</sup> Per l’approfondimento della questione dei limiti imposti in materia di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari dal legislatore, si rinvia al successivo cap. III, par. 3.

<sup>83</sup> L’art. 15, comma 5, L. n. 335/1995, aggiungendo un nuovo comma 8 – *quinquies* all’art. 18, D.lgs n. n. 124/1993 e dettando una regola aggiuntiva e parzialmente derogatoria rispetto a quella prevista per i fondi di nuova costituzione dall’art. 7, dello stesso D.lgs n. n. 124/1993, aveva imposto per i fondi già istituiti al 15 novembre 1992 – data di entrata in vigore delle legge delega n. 421/1992 – che garantivano prestazioni definite ad integrazione del trattamento previdenziale obbligatorio, che il diritto alla prestazione complementare, sia per anzianità che per vecchiaia fosse subordinato all’erogazione del detto trattamento obbligatorio.

<sup>84</sup> Con il successivo art. 59, comma 3, L. n. 449/1997, erano state poi generalizzate e specificate – a decorrere dal 1° gennaio 1998 – le previsioni del comma 8 – *quinquies* dell’art. 18, D.lgs n. n. 124/1993. Le previsioni contenute nelle norme citate avevano dato origine ad un cospicuo contenzioso, dato il rifiuto, che in forza di tali norme i gestori dei fondi ai quali le stesse si applicavano opponevano alle richieste dei lavoratori di vedersi corrisposti i trattamenti pensionistici anticipati, che a loro sarebbero spettati, in forza dell’applicazione dei regolamenti e degli accordi istitutivi di quei fondi pensione. In tema cfr. **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 283 e segg.

<sup>85</sup> Così Pret. Bologna, ordinanza del 27 marzo 1997, in Arg. Dir. Lav., 1998, n. 2, pag. 605 e segg.; Pret. Venezia, ordinanza del 26 luglio 1997, ibidem; pag. 609 e segg. Sul punto cfr. anche **Zampini G.**, “ La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme”, Arg. Dir. Lav. 2006, I, pag.26, che ritiene violate con tali disposizioni, oltre al principio di cui all’art 39 Cost. anche la garanzia di libertà di assistenza privata prevista dall’art 38, comma 5 Cost.

<sup>86</sup> Corte Cost. 9 luglio 1999, n. 289, cit.

operante in materia di prestazioni, ancora una volta sull'esistenza di un nesso strutturale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, espressivo della tendenza ormai radicata nell'ordinamento ad assegnare alla previdenza integrativa il compito di concorrere, in collegamento con quella obbligatoria, alla realizzazione degli scopi enunciati dall'art 38, comma 2, Cost.

In tal senso, la Corte, confortando quelle dottrine<sup>87</sup> che negavano la configurabilità della previdenza complementare come espressione della libertà garantita dall'ultimo comma dell'art 38, Cost., sottolineò come detta norma non possa essere letta “disgiuntamente dalla complessa opera riformatrice del sistema previdenziale alla quale il legislatore ha posto mano sin dalle legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 ” alla luce della quale “ non può essere posta in dubbio la scelta del legislatore” di istituire “un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art 38, secondo comma, Cost.<sup>88</sup> ”.

## **6. Profili di criticità della proposta ricostruttiva della Corte Costituzionale.**

Nella serie di pronunce qui analizzate, emerge l'impressione di una riconduzione forzata della previdenza complementare nel sistema delineato dal comma 2 dell'art. 38 Cost., volta a garantire un'integrazione non solo - e non

---

<sup>87</sup> **Pessi R.**, La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale, in **Ferraro G.**, op. ult. cit. , pag. 53 e segg.; **Sandulli P.**, “ Previdenza complementare”, op. cit., pag. 243 e segg.; **Mazziotti F.**, Le posizioni soggettive nella pensione complementare”, op. cit., pag. 73 e segg.

<sup>88</sup> Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit. Salutarono positivamente le sentenze in questione in particolare **Pessi R.** , “ Una lezione di etica della politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare”, nota a Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit., pag. 965 e segg.; **Meucci M.**, “ Legittimità costituzionale della scelta legislativa di non consentire il prepensionamento dei dipendenti beneficiari di fondi di previdenza complementare”, in *Lav. Prev. Oggi*, 2000, 11, pag. 1980 e segg.; **Sandulli P.**, “Vicende legislative e giudiziarie della contribuzione a previdenza complementare nel pregresso regime”, op. cit., pag. 105, il quale tuttavia mette in luce alcune contraddittorietà emergenti dalla motivazione della sent. n. 178/2000. Fortemente critico **Zampini G.**, “ La previdenza complementare tra contraddizioni intrinseche e dubbi di costituzionalità. Appunti ricostruttivi ed esegetici in margine al D.lgs n. n. 124/1993”, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000, pag. 450 e segg. e con riferimento alla sentenza n. 178/2000 **Bozzao P.** , “ Ancora sulla legittimità...”, op. ult., cit., pag. 306; **Vianello R.**, Accesso alle prestazioni assicurate dalle forme previdenziali complementari preesistenti , in **Cester C.** *La riforma del sistema pensionistico*, Giapichelli, Torino, 1996, pag. 516.

tanto - sul piano delle prestazioni ma anche su quello delle funzioni tra previdenza pubblica e previdenza privata, come rimedio alla situazione di grave crisi finanziaria che aveva colpito il sistema pubblico di base <sup>89</sup>.

Ciò sul presupposto di una coincidenza delle finalità perseguite tra forme pensionistiche private e regime pubblico che finisce per sopprimere l'idea di una previdenza complementare che sia espressione di autonomia privata (tesa alla soddisfazione di interessi meramente privati), identificando quest'ultima come propagine di un sistema unitario volto al perseguimento di funzioni pubbliche.

La chiamata della previdenza privata a concorrere al finanziamento della previdenza pubblica da un lato, e il condizionamento, sul piano delle prestazioni, alle esigenze di quest'ultima, dall'altro, manifestano infatti chiaramente la volontà di asservire la prima alla seconda, nell'obiettivo di garantire la tenuta finanziaria del sistema, superando i limiti - che diversamente dovrebbero imporsi - della garanzia di libertà di cui all'art 38, comma 5 Cost. e di autonomia collettiva di cui all'art 39 Cost. <sup>90</sup>.

La funzionalizzazione della previdenza complementare a quella pubblica, secondo quella dottrina che la Corte Costituzionale mostrò di seguire nelle pronunce relative alle questioni di cui si tratta, “non poteva che pagarsi con la libertà, risultando pacifico che il riconoscimento della finalità pubblicistica imponeva l'identificazione di un modello legale di riferimento e la sua sostanziale inderogabilità”<sup>91</sup>.

Tale ragione, nella vicenda della contribuzione di solidarietà trasparente chiaramente anche dal costante richiamo, nelle motivazioni delle sentenze, al necessario sacrificio di “redditi medio-alti”, ritenuto necessario per “integrare le prestazioni previdenziali, altrimenti inadeguate, spettanti ai soggetti economicamente più deboli”<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> **Ciocca G.**, op. ult. cit, pagg. 200-201; **Persiani M.**, op. ult. cit., pagg. 216-217; **Ciocca G.**, “Le prestazioni”, in **Bessone M. – Carinci F.**, op. cit., pag. 427.

<sup>90</sup> Così **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 221; **Proia G.**, op. ult. cit., pag. 176; **Ciocca G.**, “La libertà della previdenza privata”, op. cit., pagg. 199-200.

<sup>91</sup> **Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 968.

<sup>92</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag.216.

Detto richiamo in particolare, rende infatti manifesto l'obiettivo di evitare il venir meno dei flussi contributivi alla previdenza pubblica <sup>93</sup>, rendendo socialmente accettabile l'arretramento dei livelli di tutela garantiti dal sistema previdenziale pubblico, così come riformato attraverso l'utilizzo vincolato di una parte del risparmio privato <sup>94</sup>.

A ben vedere però il processo di avvicinamento tra i due sistemi pensionistici – quello pubblico e quello privato - avviato con la riforma "Amato" e confermato con la disciplina successiva <sup>95</sup>, non pare potersi configurare come elemento di per sé idoneo e sufficiente a sostenere la complementarietà non solo di prestazioni ma anche di funzioni sostenuta dalla Corte Costituzionale con la teoria della funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza di base. La previdenza complementare infatti, seppur chiamata ad operare a sostegno della previdenza pubblica, non sembra condividere, allo stato, la funzione che è caratteristica di quest'ultima<sup>96</sup>.

Essa infatti è destinata all'esclusivo perseguimento di interessi privati, individuali e collettivi, e , fintanto che l'adesione alla stessa sarà rimessa alla libera scelta individuale ( art. 3, comma 4, D.lgs n. 124/1993), non potrà dirsi rispettata la funzione di concorso alla realizzazione dell'adeguatezza della prestazione sociale e di sollievo da situazioni di bisogno socialmente rilevanti, di cui all'art 38, comma 2 Cost.<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Così **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 220 e segg.

<sup>94</sup> **Proia G.**, "Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare.", op. cit., pag. 622-623.

<sup>95</sup> Il riferimento è ai decreti legislativi attuativi della L. n. 421 del 1992 ( Rif. "Amato"), nn. 503/1992 e 124/1993, nonché alla successiva riforma "Dini" ( L. n. 335/1995), che, secondo **Ciocca G.**, op. ult. cit., pag. 70, riformando per la prima volta sistema pensionistico obbligatorio e complementare, ha definitivamente istituzionalizzato il collegamento tra i due sistemi pensionistici.

<sup>96</sup> Così **Proia G.**, " Tutela previdenziale pubblica , consenso del soggetto protetto e previdenza complementare. (note in margine ad un recente convegno)", in Arg. Dir. Lav., 2000, 1, pagg. 117 - 118.

<sup>97</sup> Così **Persiani M.**, op. ult. cit., pag.216. Nello stesso senso cfr. **Cinelli M.**, "Diritto della previdenza sociale.", Giapichelli, Torino, 2007, pagg. 65-66; **Alaimo A.**, "La previdenza complementare...", op. ult. cit., pag. 226. Nel senso invece della possibile riconduzione della previdenza complementare al comma 2 dell'art 38 Cost. cfr. **Sandulli P.**, " Previdenza complementare", op. cit., pag. 253; **Pessi R.** , " La previdenza complementare.", Padova, 1999, specialmente pagg. 53 e segg., per il quale tale riconduzione si giustifica sulla base del fatto che la previdenza complementare viene in parte a sostituirsi ai compiti specifici della previdenza

Caratteristica essenziale della tutela prevista dall'art 38, comma 2 Cost. è infatti quella di operare in modo necessario e non facoltativo, data l'attinenza dei diritti in essa previsti con bisogni e valori fondamentali della persona umana, non riconducibili alla libera disponibilità del singolo.

La complementarietà attribuita alla previdenza privata da parte del legislatore non potrà quindi essere intesa se non come mera complementarietà di prestazioni, almeno fino a quando la stessa non venga chiamata ad operare indipendentemente dal consenso del soggetto interessato e nei confronti della generalità dei lavoratori. Solo allora potrà correttamente individuarsi nel comma 2° dell'art 38 Cost. il suo fondamento costituzionale<sup>98</sup>.

#### **7. Segue: In particolare, la necessaria transitorietà di tale impostazione nel pensiero di Mattia Persiani.**

Pare così condivisibile l'opinione di chi ha individuato nel processo di funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza pubblica - realizzato dal legislatore con le riforme pensionistiche degli anni '90 e avallato dalla Corte Costituzionale con una serie di pronunce espressive di un indirizzo compatto e finora sempre ribadito -, il risultato di una scelta politica di carattere contingente, tesa a soddisfare esigenze di tipo transitorio - identificabili nella necessità di compensare la diminuita effettività della tutela previdenziale pubblica -, e come tali estranee alla logica del complessivo sistema previdenziale disegnato dal legislatore costituzionale.

Ma - secondo le previsioni di tale dottrina -, proprio il carattere transitorio della premessa giustificativa dell'istituzione di un legame funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare, avrebbe, con l'evoluzione stessa del sistema di previdenza complementare e più in generale

---

pubblica, in ragione della non necessari età per quest'ultima di soddisfare alcuni dei bisogni tipici cui è stata in passato preposta; **Matrangeli F.**, "La disciplina dei fondi pensione nei D.lgs n. n. 124 e n. 585 del 1993", in Riv. It. Dir. Lav., 1994, I, pag. 144-146; **Mazziotti F.**, op. ult. cit., pagg. 74-75, secondo il quale l'impostazione fortemente vincolistica della disciplina sui fondi pensione trova giustificazione solo in una concezione semipubblicistica degli stessi e quindi nell'ammissione di una "similitudine funzionale" tra i due sistemi previdenziali.

<sup>98</sup> **Proia G.**, op. ult. cit., pag. 120.

del sistema di *Welfare*, man mano fatto perdere attendibilità a tale prospettiva ricostruttiva .

In tal senso, col tempo, sarebbe venuta meno l'esigenza di una disciplina legislativa che condizioni alla previdenza pubblica quella privata in termini di finanziamento e prestazioni e quest'ultima sarebbe tornata ad essere necessariamente libera, nonché assoluta prerogativa dell'autonomia collettiva.

Venuto quindi meno il fondamento sul quale l'impostazione della Corte Costituzionale si collocava , immancabilmente questa avrebbe dovuto essere rivista <sup>99</sup>.

Tale profezia ( argomentata su solida analisi giuridica e storico – politica) pare essersi realizzata quanto ad evoluzione dell'ordinamento. Dal canto suo la Corte Costituzionale, dopo le pronunce ricordate nei paragrafi che precedono, non ha più avuto modo di esprimersi. Vedremo nel proseguo come reagirà ai mutamenti intervenuti nel contesto legislativo di cui si darà conto infine.

---

<sup>99</sup> Così **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 222 - 223.

## CAPITOLO II

### *I profili di contraddizione fra la tesi ricostruttiva della Corte Costituzionale e l'evoluzione della disciplina della previdenza complementare.*

SOMMARIO: 1. La libertà di adesione dei lavoratori ai fondi pensione privati. – 2. L'incoerenza di detta libertà con la prospettazione di una previdenza complementare funzionalizzata agli obiettivi del sistema pubblico. – 3. Il sistema di gestione a capitalizzazione. – 4. Caratteri e modalità di funzionamento di tale sistema. – 5. Suoi limiti in relazione alla funzione solidaristica dei fondi pensione. – 6. Segue: in particolare, la crisi dei mercati finanziari e i fondi pensione. – 7. L'introduzione di elementi di concorrenzialità tra le forme pensionistiche complementari. – 8. In particolare: l'ampliamento della "portabilità" della posizione individuale. – 9. Segue: superamento del ruolo di assoluta centralità dei fondi chiusi. – 10. La riforma federalista e il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di previdenza. – 11. Segue: i rilievi critici avanzati dalla dottrina. – 12. I limiti della legislazione fiscale: mutevolezza e insufficienza dei benefici in rapporto ai costi di gestione dei fondi. – 13. La scarsa fiducia del mondo del lavoro nei confronti del secondo pilastro: ragioni giustificative e prospettive possibili per un'inversione di tendenza. – 14. Il Fondo di Tesoreria INPS per l'erogazione del TFR. – 15. La qualificazione giuridica delle prestazioni di previdenza complementare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. – 16. Osservazioni conclusive: è ancora attuale l'idea di una previdenza complementare come "funzionalizzata" a quella pubblica?

#### **9. La libertà di adesione dei lavoratori ai fondi pensione privati.**

L'idea in base alla quale la ricostruzione teorica della Corte Costituzionale con il mutare delle esigenze contingenti su cui si fondava – la diminuita effettività della tutela previdenziale pubblica - avrebbe perduto nel tempo la sua rilevanza e attendibilità, con inevitabile e naturale ritorno della previdenza privata nell'area del comma 5 dell'art 38 Cost.<sup>100</sup>, va sottoposta a verifica attraverso l'analisi dell'evoluzione che la concezione stessa della previdenza complementare ha subito nella legislazione più recente .

Nell'attuale disciplina legislativa numerosi sembrano infatti i profili di contraddizione rispetto all'originario disegno di un sistema pensionistico integrato ( fra pubblico e privato) proposto dal legislatore degli anni '90 e supportato dalla Corte Costituzionale.

Ma a monte di tale verifica si pone un dato – già accennato nel capitolo precedente – che connota la previdenza complementare fin dalla sua prima

---

<sup>100</sup> **Persiani M.**, *Previdenza pubblica e previdenza privata...*, op. ult. cit., pag. 222-223.

disciplina organica, il quale si oppone macroscopicamente a che il fondamento costituzionale della pensione complementare sia rinvenibile nell'art. 38, comma 2, Cost. e più in generale, ad una sussunzione delle pensioni complementari in un sistema unitario, funzionale nell'insieme agli obiettivi propri del comparto pubblico della previdenza.

Invero tra gli aspetti dell'attuale disciplina che più rendono evidente l'incoerenza intrinseca di tale concezione, deve necessariamente individuarsi quello della volontarietà dell'adesione ai fondi complementari.

Niente più della scelta legislativa di fondare il sistema proposto nella prima disciplina del '93 sul principio di libera adesione ai fondi pensione - art. 3 comma 4, D.lgs n. 124/93 e confermato dal successivo art. 1 , comma 2, D.lgs n. n. 252/2005 – pare infatti stridere con l'affermazione di una identità di funzioni tra previdenza pubblica e previdenza complementare. Difficilmente può essere infatti concepita la scelta di rimettere la realizzazione della garanzia di adeguatezza di cui all'art 38, comma 2 Cost., all'imponderabilità delle opzioni individuali e alla precarietà dei meccanismi dei mercati finanziari, data la profonda incoerenza che ne deriva rispetto all' esigenza di garantire la certezza della consistenza delle prestazioni <sup>101</sup>.

Il tema della libertà in materia di previdenza privata, pur potendosi considerare come elemento coesistente alla struttura stessa del fenomeno – tenuto conto dell'ampia garanzia costituzionale di cui all'art. 38, comma 5, Cost. -, risente di contrapposte teorizzazioni, derivanti da visioni fortemente diversificate circa i rapporti tra previdenza privata e sistema previdenziale inteso nel suo insieme.

Da un lato vi è chi, facendo propria una concezione più radicale del principio di libertà, tende a considerare quest'ultimo come espressione assoluta e incondizionata della garanzia costituzionale di cui all'art. 38, comma 5, Cost., negando di conseguenza, la legittimità costituzionale di una legge che vada a comprimere o comunque a funzionalizzare l'esercizio della libertà dei privati al

---

<sup>101</sup> **Zampini G.**, “ La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme”, op. cit., pag. 27.

perseguimento di interessi pubblici<sup>102</sup>. Secondo tale impostazione infatti, il principio di libertà di adesione si configura come principio costitutivo del sistema; in particolare, esso, pur contenuto in una norma di legislazione ordinaria, si erige a principio di costituzione economica espressivo della più generale garanzia costituzionale di libertà della previdenza privata previsto all'art. 38 comma 5 della Costituzione<sup>103</sup>.

Secondo una diversa opinione, invece, tale libertà può concepirsi soltanto come una libertà funzionalizzata alla realizzazione dello specifico obiettivo attribuito dal legislatore alla previdenza complementare<sup>104</sup>.

Nel D.lgs n. 124/1993, all' art. 3 comma 4, la libertà di adesione individuale alla previdenza complementare viene esplicitamente garantita dal legislatore – che rimette alle fonti istitutive dei fondi, il compito di stabilire le “modalità di partecipazione” agli stessi - con un’effettività non rinvenibile in altre norme<sup>105</sup>.

Tale principio viene infatti affermato in termini così categorici da respingere ogni possibile automatismo nell’adesione – anche nell’ipotesi di appartenenza ad una delle organizzazioni che hanno stipulato l’accordo -, sulla base di una disgiunzione tra momento dell’iscrizione al fondo e contratto di lavoro.

Non così in passato dove l’iscrizione a un fondo di previdenza integrativa era spesso contestuale alla stipula di un contratto di lavoro<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> **Proia G.**, “ La Corte Costituzionale e la previdenza complementare”, op. cit., pag. 176.

<sup>103</sup> Così **Ciocca G.**, “ La libertà della previdenza privata...”, op. ult. cit., *passim*.

<sup>104</sup> Così **Sandulli P.**, “ Il decreto legislativo n. 124/93...”, op. cit., pag.V. Nello stesso senso **Pessi R.**, “ Corrispettività e solidarietà nel nuovo sistema previdenziale”, in **Pessi R.**, “ La riforma del sistema previdenziale”, op. cit., pagg. 57 – 58. Un ulteriore approccio alla libertà di adesione ai fondi è poi quello relativo ai suoi profili oggettivi e soggettivi. Il profilo soggettivo di essa la vede valorizzata nella fase genetica di adesione al fondo; quello oggettivo invece nelle fasi successive della vicenda previdenziale, in un contesto di tipo organizzativo – gestionale. Sul punto cfr. **Vianello R.**, “Previdenza complementare e autonomia collettiva.”, Cedam, 2006, pag. 98-99.

<sup>105</sup> **Ciocca G.**, op. ult. cit., pag. 248.

<sup>106</sup> **Ciocca G.**, op. ult. cit., pag. 249, che ivi precisa però come la giurisprudenza – Cass. Sez. Un., 3 febbraio 1989, n. 661, in Mass. Foro It., 1989 e la dottrina - **Romagnoli U.**, “Natura giuridica dei fondi di previdenza, (art. 2117 c.c.)”, in Riv. Trim. Proc. Civ., 1960, pag. 879 e segg. - di quegli anni avessero posto in luce come l’occasionalità necessaria tra contratto di lavoro ed iscrizione al fondo non implicasse

Il cambiamento di rotta da parte del legislatore del '93 ha escluso, relativamente alla materia della previdenza complementare, l'operatività di un'efficacia soggettiva e normativa del contratto collettivo<sup>107</sup>, altrove giustificata, secondo la generale *ratio* protettiva del diritto del lavoro, dall'esigenza di evitare la creazione di situazioni di disuguaglianza tra i contraenti del rapporto di lavoro, che fossero originate dal riconoscimento di spazi di autonomia ai singoli individui.

Si è così optato per una diversa linea di politica del diritto, tesa a non assorbire le esigenze del singolo lavoratore all'interno delle logiche di omologazione, connaturate alla dimensione collettiva<sup>108</sup>, evitando a quest'ultima l'esercizio del suo tradizionale ruolo pervasivo<sup>109</sup>.

L'opzione legislativa di riservare la decisione circa l'opportunità di mantenere o no un certo *standard* di copertura previdenziale al singolo lavoratore lascia infatti trasparire la tendenza a centrare l'intero sistema previdenziale sull'individuo, che risulta così investito della funzione di "giudice del bisogno"<sup>110</sup>.

---

una coincidenza tra rapporti derivanti dalle due iniziative negoziali, dal momento che giuridicamente si configuravano due fattispecie diverse. In particolare, il "regolamento - contratto" era riconducibile allo schema dei contratti associativi, mentre il contratto di lavoro, seppure contestuale al primo, da esso si scindeva, perché giuridicamente e logicamente conseguente a livello strutturale e funzionale.

<sup>107</sup> **Persiani M.**, "La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario.", op. cit., pag. 731-732; *Contra* **Piccinini I.**, Autonomia collettiva e previdenza, Torino, 2000, pag. 189: secondo l'a. l'accordo istitutivo di un fondo pensione, come ogni altro contratto collettivo di diritto comune, ha efficacia esclusivamente *in volentes*, cioè tra gli iscritti al sindacato stipulante o tra gli aderenti all'accordo stesso. Per un approfondimento della questione del problema del rapporto tra libertà di adesione individuale e contratto collettivo cfr. **Ciocca G.**, op. ult. cit., pag. 250 e segg.; **Sandulli P.**, "Previdenza complementare...", op. ult. cit., pag. 254 e segg.

<sup>108</sup> **Zampini G.**, "La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi", op. cit., pag. 92.

<sup>109</sup> **Zampini G.**, op. ult. cit., pagg. 92-93; *Contra* **Pandolfo A.**, "La nuova cornice legislativa della previdenza complementare", in AA. VV., I fondi pensione, in Dir. Prat: lav., 1993, n. 35, inserto, pag. X, che sostiene la non frazionabilità dell'unitarietà funzionale della contrattazione collettiva da parte della volontà del singolo.

<sup>110</sup> Così **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 92 e segg., che parla di una laicizzazione del sistema, intesa come responsabilizzazione del singolo soggetto protetto al quale il legislatore avrebbe affidato il potere di valutare il bisogno da soddisfare, sia nell'*an*, che nel *quantum* che nel *quomodo*. Sul punto cfr. anche Pessi R., "Rischio e bisogno nella riforma del sistema previdenziale", in **Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 76.

Tuttavia, la portata di tale libertà non sembra essere così ampia da arrivare ad identificarsi finanche con una libertà di dissociarsi dal sistema stesso di previdenza complementare. Essa viene quindi pienamente ed effettivamente garantita soltanto limitatamente al momento genetico del rapporto. Superato tale momento, l'interesse collettivo – identificabile nell' istituzione di programmi finanziari e attuariali ad ampia diffusione soggettiva e temporale –, con cui si combina il fenomeno pensionistico complementare, torna a rivestire il suo tradizionale ruolo di centralità.

La ferita inferta allo stesso ad opera del garantismo dell'art. 3, comma 4, D.lgs n. 124/1993, viene così parzialmente rimarginata da altre norme <sup>111</sup>( art. 7, commi 2 e 3, nonché dal successivo art. 10 dello stesso D.lgs n. 124 cit.), che valorizzano “la permanenza e resistenza del vincolo associativo con il fondo e l'integrale consumazione della libertà contrattuale nella fase iniziale”. In nessun modo pare infatti possibile per le fonti istitutive considerare la dissociabilità come un'ipotesi ordinariamente prevedibile <sup>112</sup>, potendo esse semmai avere interesse a prevedere tempi di permanenza obbligata nel fondo ben più ampi di quelli minimi stabiliti dal legislatore all'art. 10, comma 3 – *bis*, D.lgs n. 124/1993.

## **2. L' incoerenza di detta libertà rispetto alla prospettazione di una previdenza complementare funzionalizzata agli obiettivi del sistema pubblico.**

Secondo quello che si impose in dottrina come l'orientamento maggiormente sensibile ad esigenze di stampo garantista, la scelta di incentrare il sistema complementare sul principio di libera adesione andava accolta positivamente e, anzi, valorizzata. Essa doveva giustificarsi sulla base di una serie di ragioni, tutte rispondenti alla preoccupazione di salvaguardare la

---

<sup>111</sup> L'immagine è di **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 103.

<sup>112</sup> Le citazioni sono tratte da **Sandulli P.**, op. ult. cit., pag. VI. Contra **Bessone M.**, “Previdenza Complementare.”, Giapichelli, Torino, 2000, pag. 257 e segg., che è invece orientato ad affermare l'ammissibilità del recesso quanto meno per giusta causa. Dello stesso autore cfr. anche **Bessone M.**, “Fondi pensione e diritti soggettivi. *Portability* della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa”, op. cit., pag. 586 e segg.; **Id.**, “L'adesione ai fondi pensione. Disciplina del contratto e recesso per giusta causa”, in *Lav. prev. Oggi*, n. 10, 2002, pag. 1039 e segg.

convenienza per il singolo lavoratore subordinato di accedere o meno al sistema di previdenza complementare - distraendo una parte delle sue risorse in quella direzione -, sulla base delle proprie personali possibilità ed esigenze reddituali e familiari<sup>113</sup>.

In particolare, secondo tale approccio, i costi della obbligata partecipazione al servizio pensionistico di base - data l'entità degli oneri contributivi e dei trattamenti erogati - rendevano coerente l'opzione legislativa di lasciare ai singoli individui la scelta di una eventuale ed ulteriore contribuzione ai fondi pensione. Inoltre, l'adesione ad un fondo pensione - configurandosi come atto di autonomia privata a contenuto fortemente vincolato, col quale il lavoratore coordina la sua volontà con quella di un insieme di soggetti, inserendola in un programma contrattuale collettivo - doveva identificarsi come pura e semplice accettazione di un accordo *standard* aspetti del quale, come oneri dell'aderente, regime delle prestazioni e generalmente tutta una serie di vincoli sconosciuti ad altre forme di impiego del risparmio, non nascevano da libera contrattazione.

Tali considerazioni furono contraddette da quanti, rammentando che la funzione assegnata dalla legge ai fondi pensione sarebbe quella di garantire "un più elevato livello di trattamenti pensionistici" (art. 1, D.lgs n. n. 124/1993), escludevano che la libertà di adesione potesse giustificarsi sulla base del presupposto della "consistenza" delle prestazioni previdenziali pubbliche, quindi sulla loro idoneità a realizzare da sole la garanzia di adeguatezza di cui al comma 2 dell'art. 38 Cost.<sup>114</sup>

Ma soprattutto - come si è detto - , il principio di libera adesione - che veniva visto da alcuni peraltro come uno strumento di "concorrenza

---

<sup>113</sup> Così **Ciocca G.**, op. ult. cit., *passim*; **Bessone M.**, "Previdenza Complementare.", op. cit., *passim*. **Piccinini I.**, op. ult. cit., pag. 178. *Contra* **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 93, che in particolare precisa come l'obiettivo di un più elevato livello dei trattamenti pensionistici fatto proprio dal legislatore del '93, esclude la possibile funzionalizzazione di questo ad un fine meramente individuale o speculativo.

<sup>114</sup> **Pessi R.**, "La previdenza complementare.", op. cit., pag. 114; **Tursi A.**, Contrattazione collettiva e previdenza complementare, Riv. It. Dir. Lav. , 2000, pag. 286.

sindacale”<sup>115</sup>, nonché come un mezzo di “compressione o potenziale vanificazione” delle iniziative sindacali in materia di previdenza complementare<sup>116</sup> - veniva a scontrarsi con l’affermata esistenza di un nesso strutturale e funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare<sup>117</sup>. Se è vero infatti che previdenza pubblica e previdenza complementare concorrono al raggiungimento della prestazione adeguata, garantendo un “più elevato livello di trattamenti pensionistici”, in conseguenza della ridotta effettività della tutela previdenziale pubblica, essa deve configurarsi come costituzionalmente necessitata e non come semplicemente libera<sup>118</sup>.

Con il riconoscimento del principio di libera adesione ai fondi, l’interprete si trova quindi di fronte ad una norma “ apparentemente invalicabile”<sup>119</sup>, suscettibile di creare disagio all’interno di un contesto normativo che privilegia e incoraggia la riduzione ad unità dell’intero sistema previdenziale<sup>120</sup>.

Una scelta legislativa orientata verso l’adozione, anche nel nostro paese<sup>121</sup>, di meccanismi di adesione obbligatoria<sup>122</sup> si configura in tal senso

---

<sup>115</sup> **Pessi R.**, La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale, op. cit., pag. 57.

<sup>116</sup> **Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 56. *Contra* **Piccinini I.**, op. ult. cit., pag. 190; **Bessone M.**, “Previdenza Complementare”, op. cit., *passim*.

<sup>117</sup> **Persiani M.**, “La previdenza complementare”, op. cit., pag. 357-358 e segg.; **Zampini G.**, “La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme”, op. cit., pag. 27.

<sup>118</sup> **Persiani M.**, “Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico”, in Arg. Dir. Lav., 1996, III, pag. 54; **Persiani M.**, “La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario”, op. cit., pag. 730-733; **Pessi R.**, “La previdenza complementare”, Padova, 1999, pag. 129; **Id.**, “La previdenza complementare nella riforma del Welfare”, op. cit., pag. 59; **Vallebona A.**, “Limiti legali all’autonomia dei fondi pensione”, in Dir. Lav., 2000, I, pag. 339; **Tursi A.**, op. ult. cit., pagg. 286-287; **Bessone M.**, op. ult. cit., pagg. 68-69. Sul punto cfr. anche **Vianello R.**, “op. ult. cit., pag. 94, secondo il quale “evidentemente l’interesse alla protezione e alla liberazione dal bisogno (l’interesse previdenziale, cioè) dovrebbe mantenere interamente connotati a impronta pubblicistica ed essere soddisfatto attraverso strumenti di pari consistenza sotto il profilo della finalità, anche se non necessariamente di identica natura”.

<sup>119</sup> Così **Carinci F.**, “Aspetti problematici e prospettive...”, op. ult. cit., pag. XXVI.

<sup>120</sup> Così **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 96.

<sup>121</sup> Numerosi tra i sistemi di previdenza complementare europei quelli che hanno adottato meccanismi di adesione obbligatoria. Tra gli altri, l’Inghilterra, la Francia e l’Olanda. In particolare, il Regno Unito ha scelto la strada dell’obbligatorietà

come un effettivo strumento di promozione dei fondi pensione, in un'ottica più conforme all'opzione legislativa di un sistema previdenziale misto fondato su due pilastri <sup>123</sup>. Essa realizzerebbe infatti un'effettiva applicazione del principio di solidarietà, anche grazie all'inevitabile estensione della tutela integrativa alle fasce di lavoratori più deboli che difficilmente aderirebbero volontariamente a forme pensionistiche private; garantirebbe inoltre una maggiore portabilità dei diritti pensionistici maturati all'interno di uno schema comprensivo di un settore o di una categoria di lavoratori.

Sulla base di tali ragioni alcuni autori propongono l'introduzione anche nel nostro paese di una parziale possibilità di uscita dal sistema di previdenza

---

legale dell'adesione; la Francia ha prima sancito tale obbligatorietà a livello contrattuale e l'ha poi estesa legislativamente anche ai datori di lavoro non iscritti al sindacato nazionale di categoria; i Paesi Bassi in ultimo hanno previsto, per i datori di lavoro, una partecipazione contrattualmente obbligatoria, che può essere anche resa obbligatoria da un provvedimento motivato del Ministro degli Affari Sociali e, per i lavoratori dipendenti, una adesione obbligatoria e svincolata dall'eventuale adesione ad un piano pensionistico offerto dal datore di lavoro. Sul punto Cfr. **Tursi A.**, "Contrattazione collettiva e previdenza complementare.", in Riv. It. Dir. Lav. 2000 fasc. I, pag. 286; **Andrietti V. F., Brindisi A., Ciocia, F., Seracchi**, "Le pensioni in Italia...", op. ult. cit., pagg. 207-209, 213.

<sup>122</sup> Per una approfondimento sui progetti avanzati nel nostro paese per l'introduzione di meccanismi di adesione obbligatoria ai fondi pensione, cfr. **Cinelli M.**, "Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa", op. cit., pag. 896, che ricorda alcuni progetti sindacali elaborati in materia nel corso degli anni '80 e Carinci F., op. ult. cit., pag. XXXII, sul disegno di legge n. 2145-A, visto dall'a. come un intervento nella direzione di una "previdenza complementare obbligatoria". *Contra* **Cinelli M. e Sandulli P.**, "Riflessioni sul disegno di legge di delega n. 2145 in materia previdenziale", in Riv. Dir. Sic. Soc., 2002, pag. 516, che invece andavano ad escludere la sua capacità di incidere sul principio di facoltatività dell'adesione ai programmi di previdenza complementare. Sui possibili sviluppi del sistema verso un "ben congegnato regime di presunzioni della volontà di adesione", cfr. **Bessone M.**, "Previdenza Complementare.", op. cit., pag. 61 e **Id.**, "L'adesione ai fondi pensione. Disciplina del contratto e recesso per giusta causa", in Lav. prev. Oggi, n. 10, 2000op. cit., pag. 70.

<sup>123</sup> **Tursi A.**, op. ult. cit., pagg. 286-287; **Persiani M.**, op. ult. cit., pagg. 730-733; **Bessone M.**, op. ult. cit., pagg. 68-69; **Matrangeli F.**, "La disciplina dei fondi...", op. ult. cit., pag. 510, cui aderisce **Santoro Passarelli G.**, "Il trattamento di fine rapporto", op. cit., pag. 68; **Proia G.**, op. ult. cit., pag. 116 e 120; **Vallebona A.**, op. ult. cit., pag. 340. Sul punto cfr. anche **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 95, secondo il quale, "se (...) si concepisce la previdenza integrativa come collocata sotto la norma di copertura di cui all'art. 38, comma 2, Cost., si dovrebbe desumere da tale sillogistica ricostruzione la giustificatezza della previsione della obbligatorietà della costituzione dei fondi pensione ed evidentemente dell'adesione agli stessi (...)".

pubblica - sul modello inglese <sup>124</sup> - , con parallela destinazione del risparmio contributivo verso la previdenza privata.

Ciò potrebbe facilitare il definitivo decollo dei fondi pensione, nonché un sensibile riequilibrio tra parte pubblica e parte privata del portafoglio previdenziale delle famiglie italiane <sup>125</sup>.

Tale opportunità pare però criticabile sotto altri profili; tra questi in particolare si evidenzia la sua scarsa praticabilità in una situazione che come quella attuale si caratterizza per elevati e persistenti disavanzi previdenziali. Inoltre, a finanziare il secondo pilastro dovrebbero bastare il dirottamento del TFR ai fondi - meno onerosa per il bilancio pubblico - , nonché le agevolazioni fiscali e contributive sui versamenti addizionali di datori e lavoratori già previste dall'attuale normativa <sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Il sistema pensionistico inglese si presenta come sistema binario all'interno del quale l'integrazione della pensione di base può essere pubblica (SERPS) , privata (fondo "*contracted-out*") o integrata da entrambi gli elementi pubblico e privato (fondo "*contracted-in*")

In particolare esso si caratterizza per la presenza di una copertura previdenziale pubblica (*flat rate*) di ammontare fisso, indipendente dal salario, uguale e obbligatoria per tutti i lavoratori subordinati ed autonomi e di modesto livello; il suo tasso di sostituzione si aggira infatti intorno al 10-20% del reddito percepito prima del pensionamento. Ad essa si affianca un regime pensionistico supplementare (SERPS), anch'esso obbligatorio finanziato col metodo della ripartizione e gestito dallo Stato, commisurato ad una parte delle retribuzione entro determinati massimali. Anche tale sistema eroga trattamenti pensionistici poco consistenti che si avvicinano attualmente al 20% del reddito percepito. La pensione addizionale erogata dal SERPS ad integrazione di quella di base, può poi, a determinate condizioni - come la garanzia della effettiva erogazione di prestazioni non inferiori a quelle accordate da SERPS - , essere garantita da piani aziendali (*occupational Pension Schemes*) in via alternativa o cumulativa alla pensione erogata dal SERPS. Strumenti dei fondi aziendali per svincolarsi contrattualmente dal SERPS, sono il ricorso al sistema del "*Contracting-out*" - attraverso il quale il lavoratore opta per un regime aziendale sostitutivo del SERPS - e il "*Contracting-in*" col quale lo stesso sceglie un regime cumulativo, dove le prestazioni del fondo aziendale vengono aggiunte a quelle erogate dal SERPS. Sul punto cfr. **Fornero E.**, "L'economia dei fondi...", op. ult. cit., pagg. 229-234; **Pessi A.**, "Welfare e previdenza complementare. il *Pension Bill* del 2004 e le proposte di riforma in Italia ed in Gran Bretagna.", op. cit., pagg. 241 e segg.; Vianello R., "I fondi pensione nelle esperienze nazionali europee", in **Bessone M. - Carinci F.**, op. cit., pag. 180; **Olivelli P. e Pessi R.**, "La previdenza ...", op. ult. cit., 1992, pag. 45; **Andrietti V., Brindisi F., Ciocia A., Seracchi F.**, "Le pensioni...", op. ult. cit., pag. 200; **Avio A.**, "La previdenza integrativa: cenni al quadro europeo", in Osservatorio internazionale 1991 fasc II, pagg. 655-656.

<sup>125</sup> Sul punto cfr. **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 234 e segg.

<sup>126</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pagg. 235 e segg.

Recentemente la regola della libertà di adesione ha subito una rivisitazione. Il riferimento è all'introduzione dell'adesione automatica alle forme pensionistiche complementari per il tramite del meccanismo del silenzio-assenso ( art. 8, comma 7, D. lgs. n. 252 del 2005 ) <sup>127</sup>, in conformità

all' obiettivo di incrementare i flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari <sup>128</sup>, individuato dalla legge delega n. 243/2004, con il quale si è sostituita la necessità di un consenso formalmente espresso con la facoltà di manifestare un personale dissenso a fronte di una adesione altrimenti operante *ex lege*.

Esso rappresenta una delle possibili modalità di adesione ai fondi previste dal D.lgs n. n. 252/2005 all'art. 8 <sup>129</sup>, che opera nel caso in cui il lavoratore, nel termine di 6 mesi dalla data di prima assunzione, non esprima alcuna volontà in merito alla destinazione del TFR maturando <sup>130</sup>. In tale ipotesi, il datore di lavoro, a decorrere dal mese successivo a quello della scadenza di tale termine è tenuto a trasferire il TFR maturando alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi, o ( in caso di presenza di più forme pensionistiche ) alla forma pensionistica alla quale abbia aderito il maggior numero di lavoratori dell'azienda, o, infine, alla forma pensionistica complementare istituita presso l'INPS.

A ben vedere però, l'introduzione di tale meccanismo, se da un lato incide sulla fisionomia del principio della libera adesione nei termini proposti dal legislatore del '93 che esigeva una manifestazione espressa di volontà,

---

<sup>127</sup> Le modalità di destinazione del TFR alla previdenza complementare sono disciplinate all' art. 8, comma 7, D.lgs n. n. 252/2005 , dalla L. n. 296/2006 e dal D.M. 30/01/2007.

1. <sup>128</sup> Sul tema del finanziamento dei fondi pensione fra i tanti cfr. **Zampini G.**, “ Il finanziamento”, in **Bessone M. e Carinci F.**, op. cit., pag. 320 e segg. e **Casalino G.**, “Trasformazione in titoli del trattamento di fine rapporto e devoluzione ai fondi pensione”, in **Ferraro G.**, ,op. cit., pag. 124 e segg.

<sup>129</sup> Sulle possibili destinazioni del TFR, cfr. **Cesari R.**, “TFR e fondi...”, op. ult. cit., pag. 16 e segg.; **Cesari R.**, “Lavoratori al quadrivio”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 12/03/2007; **Procopio M.**, “ TFR tra finanziamento di interventi strutturali e fondi pensione”, in Corr. Trib., 2007, 4, pag. 285-286.

<sup>130</sup> Non manifesti quindi esplicitamente la propria volontà di devolvere il TFR verso una determinata forma pensionistica da lui prescelta o di lasciarlo in azienda presso il proprio datore di lavoro – o presso il Fondo istituito presso l'INPS di cui all'art. 1, commi 755 - 760, L. 296/2006, nel caso di operatività dello stesso - .

dall'altro, di fatto non sembra che arrivi ad eliderlo <sup>131</sup>, non ponendosi in radicale conflitto con esso. Anzi: al singolo resta infatti in ogni caso la possibilità sia di esprimere la propria volontà di aderire ad un fondo dallo stesso liberamente individuato, sia di mantenerlo presso il datore di lavoro <sup>132</sup>. Peraltro, il lavoratore, nel momento in cui omette di esprimersi - sia in senso positivo che negativo - sulla destinazione del TFR, lo fa consapevolmente; la legge infatti si premura di garantire allo stesso, - per il tramite del datore di lavoro -, sin da prima che inizi a decorrere il semestre utile a fornire la propria preferenza, “ adeguate informazioni sulle diverse scelte disponibili ”. Con l'approssimarsi dello scadere di tale periodo poi, essa rende lo stesso destinatario di ulteriori informazioni, questa volta relative alla specifica forma pensionistica alla quale aderirà, ove continui ad astenersi dal manifestare al riguardo una volontà diversa.

Con la previsione poi dell'ulteriore libertà di scelta della forma pensionistica alla quale aderire <sup>133</sup>, sembra piuttosto che il principio di libera adesione ai fondi sia stato ampliato, nell'ottica di una reale equiparazione tra le forme pensionistiche complementari.

Per tali ragioni, pare potersi affermare che, l'adesione tacita alla previdenza complementare si avvicini ad una vera e propria manifestazione (per quanto implicita) di volontà; escludendosi per contro la sua possibile

---

<sup>131</sup> *Contra* **Vianello R.**, “Previdenza complementare e autonomia collettiva.”, op. cit., pag. 96-97, secondo il quale con l'introduzione del meccanismo del silenzio-assenso il legislatore del 2004 ha iniziato a condurre un cammino nella direzione dell'obbligatorietà dell'adesione ai fondi pensione.

<sup>132</sup> Sul punto cfr. **Pandolfo A.**, “ Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del D.lgs n. n. 252/2005 ”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2006, II, pag. 177- 187, che segnala come in realtà l'unica novità rispetto al passato debba ravvisarsi nel fatto che l'adesione segue senz'altro il conferimento del TFR, senza necessità dell'intervento del contratto collettivo. In particolare, a pag. 177 l'a. precisa come il cambiamento è descrivibile come “passaggio da un *mix* di autonomia collettiva e di autonomia individuale, che prevalentemente caratterizza l'assetto delineato dal D.lgs n. n. 124/1993, ad un *mix* di regolamentazione legislativa, che non rinvia più ad una necessaria mediazione del contratto collettivo, e di autonomia individuale, passaggio che trova conferma nelle norme di diritto transitorio di cui all'art. 8, comma 7 lett. c), del D.lgs n. n. 252/2005”.

<sup>133</sup> art 1 , comma 2, lett e) , n. 4, L. n. 243/2004.

assimilazione ad una forma di adesione obbligatoria, automatica o semi – automatica<sup>134</sup>.

Nonostante infatti il silenzio del lavoratore non possa assumere di per sé valore di tacito consenso, esso, per le circostanze in presenza della quali si manifesta, può essere valutato come comportamento concludente. Infatti questo, essendo stato reso edotto dello specifico effetto conseguente alla propria inerzia, protraendola, mostra sostanzialmente di accettarle.

Concludendo il D.lgs n. n. 252/2005, pare quindi confermare la centralità del principio di libera adesione al sistema della previdenza complementare<sup>135</sup> anche in tema di conferimento tacito del TFR ai fondi<sup>136</sup>, mostrando di voler continuare a rimettere alle singole opzioni individuali la scelta dell'avvio del secondo pilastro previdenziale.

Ciò, a mio avviso, segnala una notevole distanza rispetto al disegno di un sistema pensionistico integrato proposto dal legislatore con il D.lgs n. n. 124/1993 (che faceva da sfondo all'idea di previdenza complementare teorizzata dalla Corte Costituzionale).

### 3. Il sistema di gestione a capitalizzazione.

Un altro importante elemento di contraddizione con l'impostazione proposta nel D.lgs n. 124/1993 e avallata dalla Corte Costituzionale, deve individuarsi nella scelta di adottare come regime gestorio dei fondi pensione il sistema a capitalizzazione<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> *Contra* **Santoro Passarelli G.**, “La previdenza complementare tra rischio e bisogno”, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pag. 979.

<sup>135</sup> In tal senso **Pandolfo A.**, op. ult. cit., pag. 187-188; **Cesari R.**, “TFR e fondi pensione”, op. cit., pag. 16. Di contrario avviso **Procopio M.**, op. ult. cit., pag. 286, secondo il quale per effetto del silenzio – assenso, è venuto meno uno dei principi fondamentali che aveva caratterizzato la disciplina dei fondi pensione: la volontarietà dell'adesione.

<sup>136</sup> La libertà di scelta del singolo pare addirittura valorizzata nell'ipotesi di conferimento esplicito del TFR ai fondi., attraverso la conferma dell'equiparazione tra fondi individuali e fondi collettivi, in linea con il disposto dell'art. 1, comma 2, L. 243/2004.

<sup>137</sup> Cfr. art. 2, lett. a) del comma 2, D.lgs n. n. 124/1993, che ha imposto l'adozione del meccanismo a capitalizzazione per le forme di previdenza complementare di nuova istituzione e art. 59, commi 3 e 33, L. 449/1997 che hanno esteso l'adozione di tale meccanismo anche ai c.d. fondi pensione preesistenti.

Il sistema misto per il quale ha mostrato di optare il legislatore degli anni '90 nel riformare il sistema pensionistico pubblico e privato, si caratterizza infatti per la coesistenza al suo interno di un sistema di base gestito con il meccanismo della ripartizione ed un sistema complementare operante secondo quello della capitalizzazione .

In particolare la struttura previdenziale delineata dal D.lgs n. n. 124/1993 è stata così articolata: da un lato una previdenza pubblica obbligatoria operante come sistema a ripartizione su base solidaristica; dall'altro, una previdenza complementare integrativa, basata su un sistema gestorio a capitalizzazione , sottoposto ai principi generali dell'intermediazione finanziaria. In ultimo una previdenza individuale del tutto volontaria e libera.

In tal senso, nella logica del legislatore, sono stati riequilibrati – o per lo meno attenuati - gli effetti distorsivi propri del sistema a ripartizione, che devono individuarsi tra le principali cause del dissesto finanziario del sistema previdenziale pubblico <sup>138</sup>.

I rischi connessi alla ripartizione e alla capitalizzazione sono infatti rischi almeno parzialmente indipendenti; per tale ragione la partecipazione contemporanea ai due sistemi offre una certa possibilità di reciproca compensazione, che non sussiste in un sistema puro, costituito da un'alternativa soltanto <sup>139</sup>. Allo stesso tempo la scelta di un sistema misto, mentre da un lato preserva gran parte dei diritti maturati, incentiva in parallelo l'accumulazione di risparmio pensionistico da parte delle generazioni più giovani <sup>140</sup>.

Diversamente, il sistema a ripartizione incontra limiti in relazione agli andamenti demografici, all'invecchiamento della popolazione e ad una cattiva produttività, che a sua volta genera disoccupazione; man a mano infatti che l'equilibrio tra lavoratori attivi e pensionati muta, il sistema entra sempre più in

---

<sup>138</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 38; **Castellino O.**, Le pensioni difficili. La previdenza sociale in Italia tra crisi e riforme, Il Mulino, Bologna, 1995, pag. 39 e segg. E 73 e segg.

<sup>139</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 38.

<sup>140</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 21.

sofferenza<sup>141</sup>. La forte sensibilità a tali fattori porta con sé peraltro il rischio politico di variazioni legislative *in peius* delle precedenti promesse e di questo è prova la recente storia di molti sistemi pensionistici tra i quali il nostro<sup>142</sup>.

Tale sistema gestorio si fonda infatti su un equilibrio tra i flussi in entrata - costituiti dai contributi dei lavoratori - e i flussi in uscita - concretizzati nelle pensioni erogate alle generazioni non più attive -, in base al quale i flussi correnti vanno ad alimentare le pensioni correnti, in cambio della promessa di analogo trattamento per il futuro. Per tali ragioni l'equilibrio finanziario nel sistema a ripartizione richiede un'aliquota contributiva pari al rapporto tra spesa pensionistica e monte retributivo<sup>143</sup>, secondo un meccanismo di pura redistribuzione tra generazioni<sup>144</sup> che, coinvolgendo coorti non ancora nate, richiede una gestione pubblica, nonché una garanzia di continuità del sistema.

#### 4. Caratteri e modalità di funzionamento di tale sistema.

Il meccanismo della capitalizzazione che opera nel sistema privato realizza una maggiore garanzia di equilibrio contabile rispetto al metodo a ripartizione. I trattamenti pensionistici erogati dai fondi pensione vengono

---

<sup>141</sup> L'equilibrio finanziario si realizza infatti nel momento in cui il rapporto tra monte retributivo e spesa pensionistica è pari all'aliquota contributiva. Assicurandosi così l'equilibrio finanziario, solo se rendimento implicito e tasso di crescita della base imponibile della contribuzione previdenziale si eguagliano, ogni volta che si assiste alla violazione di questa "regola aurea", e cioè quando il tasso di sviluppo del monte salari è superato dal rendimento implicito, il sistema non riesce più a sostenersi finanziariamente. Sul punto cfr. **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 27; **Pessi R.**, "Modelli teorici ed economia reale: ulteriori riflessioni sul sistema giuridico della previdenza sociale" in Dir. Lav. 1998 I pag. 373.

<sup>142</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 37.

<sup>143</sup> Nel caso in cui tale sistema non rispetti l'equilibrio finanziario e presenti dei disavanzi questi dovranno essere finanziati attraverso il ricorso alla tassazione o all'indebitamento; ciò introduce un ulteriore elemento di redistribuzione e di differenziazione tra i tassi impliciti di rendimento delle varie coorti. Sul punto cfr. **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. pag. 23 e segg.

<sup>144</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. pag. 34 che nel descrivere il contratto intergenerazionale messo in opera dalla ripartizione ricorre all'immagine della "catena di S. Antonio" dove ogni generazione partecipa perché può contare sul fatto che anche quella futura lo farà e che lo Stato garantisce non si rompa quando una generazione trovi non più conveniente partecipare al contratto. Più avanti l'a. sottolinea anche come in tale sistema è insito il rischio che la "catena di S. Antonio" si trasformi in un "pozzo di S. Patrizio" al quale ciascuna categoria o classe di età cerca di attingere, rinviando i costi attuali al futuro, secondo un meccanismo per certi versi assimilabile all'emissione di debito pubblico.

infatti calcolati in base alla contribuzione versata e agli interessi che maturano sulla stessa <sup>145</sup> e ciò determina una “modifica della rischiosità sistematica dell’architettura previdenziale” <sup>146</sup>, garantendo l’equilibrio finanziario del sistema.

I tassi interni di rendimento nei sistemi a capitalizzazione sono rappresentati dal rendimento marginale del capitale che empiricamente dimostra una certa superiorità rispetto al tasso di crescita della massa salariale rappresentativo del tasso di rendimento dei sistemi a ripartizione. Ciò porta con sé una migliore capacità dei sistemi a capitalizzazione di soddisfare efficientemente la domanda pensionistica .

La scelta del sistema a capitalizzazione come sistema gestorio dei fondi pensione si spiega quindi in base ad una logica individualistica e di certezza dei rendimenti, secondo la quale, l’erogazione del trattamento pensionistico, che è legato agli investimenti del fondo e all’attività gestoria del patrimonio di questo, non risente delle conseguenze ipoteticamente negative relative a fattori demografici o di partecipazione al fondo. Di conseguenza, anche quando le iscrizioni al fondo non si incrementeranno, e non vi sarà un ricambio generazionale, il lavoratore iscritto avrà comunque la certezza di capitalizzare le somme versate - da lui o, nel caso di lavoratore subordinato , anche dal datore - <sup>147</sup>.

Sulla base della stessa logica è stata improntata dal legislatore la disciplina della gestione del patrimonio dei fondi pensione. Infatti, esso agli artt. 6 e 6 – *bis* del D.lgs n. n. 124/1993, prevedendo come modelli di gestione quello della gestione diretta e quello della gestione convenzionale, ha ritenuto di ammettere il primo solo in ipotesi tassative e il secondo nella generalità dei casi<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. pag. 26, che a pag. 26 definisce tale sistema come un “ meccanismo assicurativo interno alle generazioni, con perequazione longitudinale tra versamenti e prestazioni”. Sul punto cfr. anche **Bessone M.**, ” Previdenza Complementare”, op. cit., pag. 4, che precisa come il montante contributivo alla data del pensionamento venga a tradursi in una rendita le cui rate sono calcolate sull’entità dei contributi versati e sul loro rendimento nel tempo.

<sup>146</sup> **Paolo Guida**, “ I profili economici della previdenza complementare”, in **Ferraro G.**, op. cit., pag. 258.

<sup>147</sup> **Ciocca G.**, “ Le prestazioni”, in **Bessone M.- Carinci F.**, op. cit., pag. 433.

<sup>148</sup> Tale scelta è stata oggetto di varie critiche, dirette ad evidenziarne l’irrazionalità e capacità limitativa rispetto alle previsioni della legge delega n.

In particolare, secondo le previsioni dell'art. 6, la gestione diretta è prevista come facoltà soltanto in due casi: per i fondi pensionistici chiusi istituiti a favore dei dipendenti delle autorità di vigilanza sui soggetti abilitati alla gestione dei fondi pensione ( art. 6, comma 4 – *sexies*); nonché per i fondi pensione chiusi che intendano assumere azioni o quote di società immobiliari ovvero di fondi comuni di investimento (immobiliare o mobiliare) chiusi ( art. 6, comma 1, lett. *d-e*) <sup>149</sup>.

Tale forma di gestione continua poi ad ammettersi come facoltà per i fondi aperti, a condizione che soggetto istitutore o promotore e soggetto gestore siano società di intermediazione mobiliare, imprese assicurative *ex art.* 2, D.lgs n. n. 174/1995 o società di gestione di fondi comuni di investimento mobiliari di cui al titolo I, L. n. 77/1983 ( art. 6, comma 1, lett. *a, b, c*, richiamato dall'art. 9, D.lgs n. n. 124/1993).

In tutti gli altri casi il legislatore ha invece imposto per il patrimonio afferente al fondo la c.d. “gestione convenzionata”. Essa comporta, da un lato il conferimento dell'incarico contrattuale di gestione del patrimonio ad uno dei gestori abilitati , tassativamente indicati all'art. 6, comma 1, lett. *a, b, c*, cit. con possibilità per questi ultimi di impegnarsi a garantire la restituzione del capitale versato e, dall'altro il deposito presso una banca con determinati requisiti - distinta dal gestore - , con il compito di eseguire le istruzioni impartite da quest'ultimo controllando che non siano contrarie alla legge o allo statuto del fondo ( cfr. art. 6 – *bis*, D.lgs n. n. 124/1993, inserito all'art. 7, L. n. 335/1995).

---

421/1992, che connotava la libertà di gestione in senso notevolmente più ampio. Secondo un'opposta considerazione, tale opzione doveva invece condividersi, dal momento che la gestione di valori mobiliari ai fondi fornisce le medesime garanzie riscontrabili nei tradizionali operatori istituzionali. Per un approfondimento della questione cfr. **Vianello R.**, “ Modifiche ed integrazioni al D.lgs n. n. 124/1993: la nuova disciplina dei fondi pensione”, in **Cester C.** “ La riforma del sistema pensionistico ” , Giapichelli, Torino, 1996, pag. 417 e segg. Sul punto cfr. anche **Casillo R.**, “ La gestione del patrimonio dei fondi di previdenza complementare, in **Ferraro G.**, op. cit., pag. 173-176.

<sup>149</sup> In tale ipotesi, come ricordato da **Zampini G.**, “La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi”, op. cit., pag. 249, le operazioni di investimento e disinvestimento riguardano beni immobili, se partecipati sono fondi comuni di investimento immobiliare chiusi o società immobiliari) ovvero strumenti finanziari (nel caso in cui partecipati sono i fondi comuni di investimento mobiliare chiusi).

Con la previsione dell'obbligo di gestione indiretta delle risorse in tutte le ipotesi diverse da quelle per le quali sarebbe tassativamente ammessa la gestione diretta, il legislatore ha mostrato di voler valorizzare il ruolo dei fondi pensione come investitori istituzionali. Con il D.lgs n. n. 124/1993 il loro originariamente marginale e secondario ruolo di collettori di risparmio è stato così notevolmente accentuato, tanto che da "finale" esso pare essere divenuto "principale"<sup>150</sup>.

##### 5. Suoi limiti in relazione alla funzione solidaristica dei fondi pensione.

In tal senso i fondi hanno progressivamente perduto la loro originaria funzione di gestione del monte retribuzioni con finalità previdenziale<sup>151</sup>, arrivando a configurarsi come una componente del mercato finanziario<sup>152</sup>, in un'ottica che vede prevalere la dimensione individuale su quella del gruppo.

Come investitori istituzionali essi infatti, attraverso i propri gestori di fiducia, comprano e vendono titoli sul mercato allo scopo di massimizzare i risultati per i lavoratori aderenti.

Da ciò deriva immancabilmente un'attenuazione della funzione solidaristica che dovrebbe essergli propria<sup>153</sup>, stante l'impossibilità per gli stessi

---

<sup>150</sup> Così **Ciocca G.**, "La libertà della previdenza privata", op. cit., in particolare pagg. 109-110, che sottolinea come il prevalere dell'obiettivo di intermediazione finanziaria dei fondi pensione, reso peraltro evidente dalla scelta legislativa dell'obbligo della gestione indiretta delle risorse (art. 6, D.lgs n. n. 124/1993), su quello della solidarietà collettiva finisce per far passare in secondo piano a sua volta l'obiettivo di garantire una protezione aggiuntiva ai lavoratori, che rischiano in tale contesto di giocare un ruolo di semplici spettatori.

<sup>151</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 715 e segg.; **Pessi R.**, "La previdenza complementare nella Comunità europea", op. cit., pag. 25 e segg.; **Ferraro G.**, "La problematica giuridica dei fondi pensione", in **Id.**, op. cit., pag. 12 e segg.

<sup>152</sup> In tal senso **Ciocca G.**, op. ult. cit., in particolare pag. 109 – 110 e 153 e segg.; **Cesari R.**, "TFR e fondi pensione", Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>153</sup> Cfr. **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 720-722. *Contra* **Tursi A.**, "La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale", op. cit., pag. 184, secondo cui sembra essere stato lo stesso legislatore con l'art. 10 del D.lgs n. n. 124/1993 e l'art. 58, L. 144/1999 a confermare la permanenza nel sistema dei fondi pensione di una loro funzione solidaristica, attraverso la previsione dell'acquisizione al fondo pensione dell'importo accantonato sul conto individuale del lavoratore nelle ipotesi in cui questo muoia senza lasciare superstiti e *ab intestato*. A tale considerazione replica lo stesso **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 720, nota n. 13, che sottolinea come la disposizione citata riguardi un'ipotesi del tutto marginale e difficilmente verificabile,

di erogare prestazioni pensionistiche ragguagliate al bisogno e proporzionate all'ultima retribuzione; di mantenere ed adeguare <sup>154</sup> nel tempo il valore delle riserve patrimoniali, data la forte sensibilità ai rischi dell'inflazione; nonché di svolgere un compito di redistribuzione equitativa, nell'ottica di una maggior uguaglianza tra ed entro le generazioni <sup>155</sup>.

I sistemi a capitalizzazione sono infatti capaci di coprire il solo rischio individuale relativo alla perdita di reddito del singolo soggetto, non anche il c.d. rischio aggregato, relativo ad un'intera coorte di soggetti, classicamente assicurato attraverso la redistribuzione di risorse tra generazioni; mediante quindi il ricorso al patto intergenerazionale implicito nei sistemi a ripartizione <sup>156</sup>.

Per tali ragioni i sistemi di previdenza complementare, non sono in grado di offrire costanti certezze di redditività degli investimenti <sup>157</sup>, né certezza di prestazioni adeguate; neppure per i già pensionati <sup>158</sup>.

## **6. Segue: in particolare, la crisi dei mercati finanziari e i fondi pensione.**

All'assenza di prospettive redistributive e di garanzie di rendimento, che necessariamente caratterizza i sistemi a capitalizzazione, deve poi associarsi la situazione di incertezza dei mercati mobiliari all'interno dei quali operano i fondi pensione.

Ad esempio anch'essi, data la configurabilità dell'investimento previdenziale come un investimento di tipo finanziario, hanno subito gli effetti

---

quindi non assumibile a conferma della sussistenza di un'effettiva redistribuzione di rischi e risorse tra gli iscritti.

<sup>154</sup> **Persiani M.**, "Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata", in Arg. Dir. Lav., 1998, pag. 344.

<sup>155</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 33.

<sup>156</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 39.

<sup>157</sup> **Persiani M.**, "La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario.", op. cit., pag. 721.

<sup>158</sup> Infatti, il fondo di garanzia tutela solo rispetto all'insolvenza del datore di lavoro in rapporto all'obbligo dei versamenti contributivi ma non rispetto alla insolvenza dei fondi.

derivanti dall' esplosione della crisi del credito<sup>159</sup> che dagli Stati Uniti si è estesa a tutto il mondo sviluppato<sup>160</sup>.

Specie nell'attuale momento perciò, investire i propri risparmi nella previdenza complementare significa andare incontro a perdite sicure nel breve periodo, in cambio di rendimenti incerti in futuro. In tal senso, a poco più di un anno dall'avvio della riforma della previdenza complementare ( attuata con D.lgs n. n. 252/2005), devono già riscontrarsi le notevoli difficoltà incontrate dai fondi. La crisi legata ai mutui *subprime* e il rischio di recessione hanno infatti determinato rendimenti per l'anno 2007 inferiori rispetto a quelli sperati dai milioni di lavoratori che hanno dato la loro fiducia al sistema.

---

<sup>159</sup> Ottimista invece il Presidente della COVIP Luigi Scimia, che nell'intervista rilasciata all'Unità il 19 agosto 2007 ha dichiarato che il TFR dei lavoratori trasferito ai fondi deve considerarsi al riparo dal ciclone che sta investendo i mercati finanziari. Oltre il 70% del risparmio dei fondi è stato infatti investito in titoli dello Stato italiano, in titoli di altri paesi europei o dell'OCSE o comunque in titoli obbligazionari privi di rischio. Gli investimenti in titoli azionari sono poi sottoposti al controllo della stessa COVIP, che esclude quelli a rischio.

La stessa COVIP in un comunicato stampa del 26 settembre 2008 dedicato ad un'indagine conoscitiva relativa all' esposizione dei fondi pensione italiani verso i titoli emessi dalla Lehman Brothers - **Covip**, "Esposizione dei fondi pensione italiani verso titoli della Lehman Brothers". Comunicato Stampa, 26 settembre 2008, in [www.covip.it](http://www.covip.it) - , ha rilevato come l'esposizione riguardi un numero limitato di fondi ( 83 su 615 soggetti vigilati), per una quota di patrimonio per ciascuno di essi pari generalmente allo 0,10%; solo in 16 casi superiore allo 0,5% e comunque mai superiore alla soglia dell'1%. Tali dati, che sono stati poi confermati nella successiva audizione dell' 8 ottobre 2008, resa dinanzi alla Commissione VI – Finanze e Tesoro del Senato - **Covip**, " Indagine conoscitiva sulla crisi finanziaria internazionale e sui suoi effetti sull'economia italiana" , Audizione presso la Commissione VI – Finanza e Tesoro del <senato della Repubblica, 8 ottobre 2008, in [www.covip.it](http://www.covip.it). - , segnalano come in realtà l'esposizione dei fondi pensione italiani alla crisi finanziaria che ha travolto negli ultimi tempi i mercati di tutto il mondo sia di fatto contenuta; ciò grazie ad una politica improntata al contenimento dei rischi, nonché alla loro diversificazione.

<sup>160</sup> Sul punto cfr. **Cesari R.**, "Alla radice della tempesta perfetta", in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 07/10/2008, che, andando ad individuare nel regime di *deregulation* e di scarsi controlli che ha caratterizzato negli ultimi decenni i mercati finanziari di tutto il mondo, distingue tra *deregulation* creditizia e *deregulation* finanziaria, precisando come da un lato la prima, a monte dei *defaults* sui mutui, abbia permesso di dare credito di infima qualità (*no-doc mortgages*) senza capacità patrimoniale, mentre la seconda abbia consentito di trasformare quei medesimi mutui in titoli strutturati – Mbs, Cdo, Cdo-squared, ecc. – e di venderli con *leverage* ( o rapporto di indebitamento; un indice utilizzato in ambito finanziario per misurare la proporzione fra il capitale proprio e quello di terzi delle risorse utilizzate per finanziare gli impieghi) altissimi, senza alcuna trasparenza, al risparmiatore , che , alla fine è il prestatore di ultima istanza del sistema.

Nei primi otto mesi del 2008 infatti, i comparti azionari hanno fatto registrare cali consistenti, nell'ordine del 10% per i fondi negoziali e per quelli aperti, e di ordine ancora maggiore per i piani individuali pensionistici – PIP<sup>161</sup> – .In particolare, nei primi sei mesi del 2008, sono state rilevate perdite per i fondi pensione negoziali del 4,1%; per i fondi pensione aperti del 7%; per i PIP del 11%<sup>162</sup>. Il confronto con il tasso di rendimento offerto dal TFR nel 2007 è stato penalizzante per i fondi pensione. Lo stesso si è infatti attestato, al netto dell'imposta sostitutiva, al 3,1%: il livello più alto raggiunto dal 2002<sup>163</sup>.

Per contro, trattandosi di investimenti di tipo finanziario, le difficoltà finora registrate nel breve periodo dai regimi pensionistici complementari dovrebbero trasformarsi in situazioni premianti in riferimento ad un periodo più lungo<sup>164</sup>. Prendendo a riferimento infatti un orizzonte temporale più ampio si evidenziano rendimenti positivi. Nel periodo 2003-2007 ad esempio, il rendimento medio aggregato che è stato registrato è stato del 25% per i fondi pensione negoziali e del 25,5% per i fondi pensione aperti. Nello stesso periodo, la rivalutazione netta del TFR è stata del 14,3%<sup>165</sup>. Non v'è dubbio peraltro che l'acquisto di quote di fondi in una fase di discesa dei mercati finanziari produca nel tempo risultati migliori, rispetto al tentativo di trasferire la propria posizione, in base agli umori dei mercati; così come dovrebbe ritenersi che nel lungo periodo - e in base ad una serie di fattori quali l'*asset allocation*<sup>166</sup> strategica, i costi applicati e la capacità del gestore di ottenere *performances* in grado di battere i *benchmark*<sup>167</sup> - le perdite attuali saranno compensate dai rialzi che si verificheranno in una fase più florida .

---

<sup>161</sup> I PIP sono forme pensionistiche complementari individuali attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita.

<sup>162</sup> Sul punto cfr. **Covip**, ult. cit, pag. 5 e segg.; **Curiat A. e Lo Conte M.**, “Ecco perché non conviene l'uscita tattica del TFR dai fondi pensione”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 27/06/2008.

<sup>163</sup> Cfr. **Covip**, “ Relazione annuale per l'anno 2007, del 24 giugno 2008, in [www.covip.it](http://www.covip.it), pag. 35-36.

<sup>164</sup> Sul punto cfr. **Curiat A. e Lo Conte M.**, ult. cit.

<sup>165</sup> Cfr. **Covip**, ult. cit., pag. 36.

<sup>166</sup> L' *asset allocation* è la distribuzione dei fondi disponibili fra le varie attività di investimento.

<sup>167</sup> Il *benchmark* è un punto di riferimento per la valutazione dei fondi di investimento.

Inoltre, le perdite iniziali che subisce chi entra ora nel sistema pensionistico complementare si spiegano anche sulla base del fatto che è ancora in atto il passaggio da un sistema puro a ripartizione ad un sistema misto, all'interno del quale, per di più, non tutti i soggetti obbligatoriamente iscritti al sistema pubblico aderiscono ad un fondo pensione. I costi di transizione si manifestano infatti in tempi anteriori rispetto a quelli necessari per la maturazione dei benefici e sono tanto maggiori quanto maggiore è l'eredità storica del vecchio sistema. Ciò spiega il motivo per cui le prime coorti interessate alla transizione subiscono un onere netto rappresentato dalla differenza – inizialmente negativa – fra il maggior rendimento che possono realizzare sul loro risparmio previdenziale e gli interessi sul debito emesso. Tale effetto negativo viene nel tempo riequilibrato dalla crescita economica; per cui, esisterà una coorte futura a partire dalla quale la differenza diverrà positiva<sup>168</sup>.

Una conferma in tal senso sembra pervenire dall'analisi delle *performances* dei fondi pensioni preesistenti, che hanno tendenzialmente una storia ben più lunga di quella dei fondi pensione negoziali di nuova costituzione, il cui *track record*<sup>169</sup> raramente raggiunge gli otto anni. Nel caso dei fondi preesistenti, anche grazie alla possibilità per tali fondi di investire non solo in strumenti finanziari, ma anche in strumenti assicurativi e in immobili, in considerazione di periodi di 20-25 anni, è infatti davvero difficile non trovare rendimenti a doppia e a volte anche tripla cifra percentuale.

Peraltro, notano i fautori dello sviluppo di una crescita delle opzioni verso le pensioni private, l'aleatorietà non pare essere prerogativa assoluta dei sistemi privati<sup>170</sup>, non potendosi considerare nessuna forma di promessa pensionistica - pubblica o privata che sia - assolutamente certa. Inoltre, per quel che riguarda i fondi pensione,<sup>171</sup> il rischio di investimento finora sarebbe

---

<sup>168</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 41; 89 e segg.

<sup>169</sup> Letteralmente storia, precedente.

<sup>170</sup> Nel sistema privato in particolare l'aleatorietà dipende essenzialmente dalla variabilità che grava sui tassi nominali di rendimento delle attività finanziarie e reali nelle quali possono essere impiegate le riserve; dal tasso di inflazione; dall'entità infine degli oneri di amministrazione legati ai vari momenti della vita del fondo. Sul punto cfr. **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 90.

<sup>171</sup> **Cesari R.**, "Quanto può rischiare un fondo pensione", in [www.lavoce.info/08/01/2008](http://www.lavoce.info/08/01/2008).

stato assolutamente contenuto, grazie al *benchmark*<sup>172</sup> del fondo o del comparto - inteso come indice oggettivo di misurazione dell'andamento dei mercati finanziari di riferimento - , che, per le sue caratteristiche di oggettività, trasparenza, comparabilità e diffusione, avrebbe svolto egregiamente il suo ruolo di indicatore di rischio per gli iscritti attuali e potenziali dei fondi. Significativi sono stati poi i vincoli imposti dalla legge italiana alla gestione dei fondi<sup>173</sup> che, pur avendo da un lato ridotto alcune opportunità di rendimento, certamente dall'altro hanno fornito una serie di garanzie in termini di gestione del rischio.

Per quanto però il rischio di investimento possa essere contenuto – soprattutto nel caso di gestioni particolarmente prudentiali - e la perdita ammortizzata nel tempo, o addirittura compensata da un rendimento triplicato - in corrispondenza di una buona capacità di gestione del rischio e di un sistema di costi contenuto - , il sistema di previdenza complementare così come concepito dal legislatore degli anni '90 e modificato dalla normativa successiva, non può in ogni caso dirsi assimilabile in termini di compiti e funzioni al sistema previdenziale pubblico. Ciò è infatti assolutamente inconcepibile alla luce dell'indelebile impronta individualistica che ad esso è stata attribuita; essa stravolgendone infatti il ruolo, ha irrimediabilmente mutato la sua originaria funzione solidaristica in una logica speculativa, finendo per identificare il fondo pensione in uno strumento finanziario che, in quanto tale non è in grado di garantire costanti certezze di redditività.

---

<sup>172</sup> Sul punto cfr. **Cesari R.**, ult. cit., che peraltro sottolinea come accanto al *benchmark* i fondi da tempo calcolino misure complementari di rischio come VaR, Conditional VaR, beta, volatilità, Tev, omega, ecc.

<sup>173</sup> Il riferimento è al decreto Min. Tesoro, n. 703/1996 che ha regolato per oltre dieci anni i criteri, i divieti e i limiti agli investimenti dei fondi pensione e che, dopo un decennio di fortissima deregolamentazione, globalizzazione e innovazione finanziaria, verrà aggiornato con l'emanazione di una nuova regolamentazione che consenta ai fondi pensione il perseguimento efficiente degli interessi degli iscritti in condizioni di pieno controllo dei rischi e dei costi. Ciò attraverso ad esempio l'estensione dell'investimento nelle aree emergenti e lo sfruttamento di strumenti che possono contenere "posizioni corte" (vendite allo scoperto, per esempio *hedge fund* di tipo *long/short e market neutral*), nonché attraverso il passaggio dal controllo del rischio alla sua gestione (*risk management*) per un efficace sistema di *risk monitoring*, articolato e puntuale.

L' assenza di tale garanzia pare però compensata dal vantaggio indiretto e di sistema che deriva, secondo una comune opinione<sup>174</sup>, dal ruolo propulsivo che i fondi pensione realizzano nel lungo periodo nei confronti dell'intero sistema economico nazionale<sup>175</sup>.

In particolare, secondo tale convinzione, i sistemi di previdenza privata, come “strumenti di notevole crescita dell'industria dei servizi finanziari e del risparmio gestito”<sup>176</sup>, portano con il loro sviluppo numerosi vantaggi. Tra questi: lo sviluppo del mercato borsistico, la diffusione della c.d. democrazia economica, la stabilizzazione dei mercati finanziari, il rafforzamento della struttura industriale del paese, il miglioramento della gestione del debito pubblico, il sostegno infine degli investimenti produttivi<sup>177</sup>.

La previdenza complementare sembra allora un'importantissima occasione per “la riformulazione del sistema previdenziale e il decollo del mercato finanziario, nel quale vengono investite le risorse economiche accumulate dai fondi stessi, così da stimolare gli investimenti produttivi, valido rimedio per combattere la disoccupazione”<sup>178</sup>. I fondi allentano infatti quel nesso di dipendenza delle imprese dal sistema di finanziamento, riconducibile

---

<sup>174</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., in particolare pag. 42 e segg. che mette in evidenza come la presenza dei fondi pensione determini un aumento del peso degli *assets* a medio e lungo termine, nonché una maggiore presenza di investitori istituzionali che favorisce un ampliamento della gamma degli strumenti finanziari e assicurativi. Ciò è riconducibile a due fattori in particolare: l'afflusso di nuovo risparmio e la caratteristica di lungo termine propria dell'investimento previdenziale. In particolare, la prima, che però non si ravvisa come un fattore certo, almeno nella fase transitoria, produce infatti un “ispessimento” del mercato finanziario; la seconda, che è invece un elemento più sicuro, porta nel breve termine ad una massimizzazione dei rendimenti, attraverso l'imposizione di vincoli di permanenza nel fondo.

<sup>175</sup> Sul punto cfr. **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 42, che sottolinea come al contrario nel breve-medio periodo sul bilancio pubblico l'effetto è negativo, in conseguenza delle agevolazioni fiscali concesse al risparmio previdenziale che determinano uno spostamento della tassazione al momento dell'erogazione delle prestazioni.

<sup>176</sup> **Bessone M.**, “Previdenza...”, op. ult. cit., pag. 29. Sul potenziale apporto dei fondi pensione, in relazione alle esperienze di altri paesi, ai mercati finanziari italiani cfr. **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 36 e segg.

<sup>177</sup> Così **Cesari R.**, “TFR e fondi pensione”, op. cit., pag. 89 e segg.

<sup>178</sup> **Casalino L.**, “Trasformazione in titoli del trattamento di fine rapporto e devoluzione ai fondi pensione”, in **Ferraro G.**, op. cit., pag. 123. Sul punto cfr. anche **Bessone M.**, op. ult. cit., pag. 29, secondo il quale la previdenza complementare si identifica come una delle fonti di approvvigionamento di capitali del mercato finanziario.

alle banche e favoriscono al contempo l'accumulazione di risparmio, andando così a sollecitare ed ampliare il circuito degli investimenti e dell'occupazione. Ciò conduce ad un aumento del capitale reale e quindi del PIL in grado di compensare la riduzione di formazione di risparmio, di accumulazione di capitale e quindi di PIL potenziale riconducibile alla crisi del sistema a ripartizione<sup>179</sup>.

Testimonia gli effetti positivi in termini finanziari dei fondi pensione in particolare l'esperienza degli Stati Uniti d'America. Negli U.S.A. infatti, gli investimenti posti in essere dai fondi, da un lato hanno rinvigorito la borsa di Wall Street, dall'altro hanno realizzato l'obiettivo di integrazione di cui erano stati investiti, andando a completare il sistema obbligatorio e contrastando al contempo i fenomeni di disoccupazione, grazie al loro utilizzo come strumenti di finanziamento delle piccole imprese<sup>180</sup>. In poco più di vent'anni sono quindi passati da una detenzione di azioni di poco inferiore al 9% del mercato a circa un terzo dello stesso, andando così a rivestire un ruolo particolarmente dinamico nel mercato finanziario di questo paese<sup>181</sup>.

A ben vedere però, anche quest'ulteriore vantaggio attribuito ai fondi pensione, identificabile con lo sviluppo dei mercati finanziari, almeno per quel che riguarda l'esperienza italiana, pare essere stato smentito dagli stessi dati forniti dalla COVIP in occasione dell'Assemblea annuale del 19/09/07. Da essi infatti emerge che le risorse finanziarie accumulate dai fondi vengono per lo più investite in titoli di debito e titoli di capitale estero. In particolare sembra che l'investimento in titoli di debito sia ripartito in un 20,3% in Italia, in un 43,8% in altri paesi dell'area euro, in un 4,5% in Usa ecc.; mentre l'investimento in titoli di capitale viene distribuito in solo un 2,5% in Italia, in un 12,1% in altri paesi dell'area euro, in un 2,8% paesi dell'Ue non appartenenti all'area euro, in un 7% in Usa, in un 1,6% in Giappone ecc.<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 39-40.

<sup>180</sup> **Olivelli P. e Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 17.

<sup>181</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 42.

<sup>182</sup> Cfr. in [www.covip.it](http://www.covip.it).

## 7. L'introduzione di elementi di concorrenzialità tra le forme pensionistiche complementari.

Un altro aspetto della disciplina normativa della previdenza complementare che si pone in forte contrasto con la concezione di una funzionalizzazione di questa alle finalità perseguite dalla previdenza pubblica di base è la progressiva parificazione tra forme chiuse, forme aperte e piani pensionistici individuali, attraverso l'introduzione di una sempre maggior accentuazione degli elementi di concorrenzialità tra i fondi. Tale allineamento, determinando il superamento del ruolo di centralità, originariamente attribuito dal legislatore alla previdenza collettiva di matrice sindacale, ha di fatto contribuito ad attenuare la funzione solidaristica dei fondi pensione, smascherando ancora una volta il carattere puramente politico della ricostruzione teorica fatta propria dalla Corte Costituzionale in materia di previdenza complementare e già analizzata nel precedente capitolo.

Tra i primi significativi interventi che progressivamente introdussero elementi di concorrenzialità tra le forme pensionistiche complementari, andando a scalfire l'originaria costruzione del sistema pensionistico complementare, va segnalato quello attuato ad opera dell'art. 2 del D. lgs. 47/2000 che, aggiungendo al D.lgs n. n. 124/1993 gli artt. 9 – *bis* e 9 – *ter*, introdusse nel sistema le c.d. forme pensionistiche individuali<sup>183</sup>, attuabili tramite la partecipazione individuale a fondi aperti ( art. 9 – *bis*) o tramite la stipula di contratti di assicurazione sulla vita ( art. 9 – *ter*)<sup>184</sup>.

L' istituzione di tali forme pensionistiche ha infatti definitivamente alterato l'equilibrio originariamente istituito tra fondi pensione collettivi e ai fondi aperti, rimodulandone i rispettivi ruoli all'interno del sistema.

Nella stessa direzione si mossero due ulteriori e radicali novità previste dal D. Lgs. 47/2000: da un lato, la rimozione del vincolo di obbligata connessione tra previdenza pensionistica e attività lavorativa<sup>185</sup>, attraverso

---

<sup>183</sup> Sulle forme pensionistiche individuali cfr. **Volpe – Potzolu G.**, “ Le forme pensionistiche individuali”, in **Bessone M. - Carinci F.**, op. cit., pag. 454 e segg.

<sup>184</sup> **Bessone M.**,” op. ult. cit., pag. 366; **Id.**, “Gestione finanziaria dei fondi pensione. La disciplina delle attività, le situazioni di conflitto di interesse.” contr. Impr. 2002 genn-aprile, pagg. 158-159; **Volpe – Potzolu G.**, op. ult. cit., pag. 454.

<sup>185</sup> Sul punto cfr. **Persiani M.**, “ La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario.”, op. cit., pag. 727. Diversamente, a favore di una

l'estensione della possibilità di adesione a forme pensionistiche individuali anche a soggetti tecnicamente non appartenenti al mondo del lavoro, ai quali in passato non era riconosciuta alcuna protezione pensionistica; dall'altro la parificazione sotto il profilo fiscale di fondi pensione negoziali, fondi aperti e regimi pensionistici individuali.

La prima delle citate innovazioni è stata attuata tramite la lettera *a)* del comma 1 dell'art. 17 del D. Lgs. 47/2000, che integrando la disposizione della norma del D. Lgs. 124/1993, attraverso l'introduzione della lettera *b) - ter* ha previsto la possibilità di sottoscrivere piani pensionistici individuali anche per quanti il D. Lgs. 565/1996 indica come "persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari". Con il comma 4 del nuovo art. 9 - *bis* del D. Lgs. 124/1993 è stato poi allargato l'ambito dei destinatari a quanti non sono titolari di redditi da lavoro e di impresa e che quindi percepiscono reddito da capitale o nessun reddito e comunque non appartengono al mondo del lavoro<sup>186</sup>.

La seconda novità introdotta dal D. Lgs. 47/2000 venne invece attuata attraverso l'elevazione della deducibilità fiscale dei contributi versati a tutte le forme pensionistiche complementari<sup>187</sup>; nonché riducendo l'aliquota sui rendimenti dei fondi pensione<sup>188</sup> e prevedendone l'applicazione anche alle

---

concezione della previdenza complementare come strumento di tutela del lavoro in quanto destinata a realizzare gli interessi dei lavoratori cfr. **Cinelli M.**, "Previdenza pubblica e previdenza complementare nel sistema costituzionale", in **Ferraro G.**, op. cit., pag. 99 e segg. e **Tursi A.**, op. ult. cit., pag. 99 e segg.

<sup>186</sup> **Bessone M.**, "Fondi pensione e previdenza complementare. La forma <a prestazione definita>.", in *Lav. Nella Giur.* 2002 fascI, pag. 206; **Id.**, "Fondi pensione aperti e garanzie di trasparenza", *Riv. Dir. Priv.* 2002 II, pag. 504; **Id.**, "Gestione finanziaria dei fondi pensione. La disciplina delle attività, le situazioni di conflitto di interesse." *contr. Impr.* 2002 genn-aprile, pagg. 159-160; **Id.**, "Fondi pensione e mercato finanziario. Le attività di investimento, le garanzie di tutela del risparmio con finalità previdenziale", in **Bessone M. – Carinci F.**, op. cit., pagg. 400; **Id.**, "Previdenza Complementare.", op. cit., pag. 366.; **Volpe – Potzolu G.**, op. ult. cit., pagg. 455-456.

<sup>187</sup> Dal 1° gennaio 2001 il D. lgs. n., 47/2000, riformando l'art. 10 del TUIR del 1997 (disciplina generale degli oneri deducibili dal reddito personale complessivo), ha elevato la deducibilità fiscale dei contributi versati a tutte le forme pensionistiche complementari dal precedente 6% al 12%, e, comunque entro un tetto massimo di 10 milioni annui, rispetto ai precedenti 5.

<sup>188</sup> Con un abbassamento da 12,5% , applicato alle altre rendite finanziarie, all' 11%, applicabile alle rendite tanto dei fondi pensione chiusi, quanto di quelli aperti e dei contratti di assicurazione sulla vita.

forme pensionistiche individuali di cui agli artt. 9 – *bis* e 9 – *ter* del D. lgs. n. 124/1993<sup>189</sup>.

### 8. In particolare: l'ampliamento della “portabilità” della posizione individuale.

L'aspetto che più degli altri però ha segnato un'inversione di tendenza verso una effettiva concorrenzialità tra previdenza complementare negoziale e commerciale<sup>190</sup> è quello relativo alla progressiva rimozione dei vincoli alla libera circolazione della posizione pensionistica individuale all'interno del sistema di previdenza complementare<sup>191</sup>. Ciò dapprima infatti realizzò la graduale estensione dell'ambito di operatività dei fondi pensione aperti<sup>192</sup> che, liberati dal loro ruolo residuale e di chiusura del sistema, vennero ad assumere una nuova funzione di forme pensionistiche tipiche ed esclusive; poi rese possibile parificare a questi e ai fondi pensione negoziali, le forme pensionistiche individuali di cui agli artt. 9 – *bis* e 9 – *ter* del D. lgs. n. 124/1993.

Il primo intervento in questa direzione fu quello realizzato ad opera della L. n. 335/1995, che, modificando l'art 9 del D.lgs n. n. 124/1993, ha previsto da un lato la possibilità di accesso ai fondi pensione aperti anche per i lavoratori già iscritti a un fondo chiuso, decorso un termine minimo di 5 anni,

---

<sup>189</sup> Il D.lgs n. n. n. 47/2000 ha sostituito la vecchia disposizione sul regime tributario dei fondi pensione ( art. 14, D.lgs n. n. n. 124/1993) con quattro nuovi articoli ( artt. 14, 14 – *bis*, 14 – *ter* e 14 – *quater* ), rispettivamente riguardanti il regime tributario dei fondi pensione in regime di contribuzione definita; quello dei fondi pensione in regime di prestazione definita, e dei contratti di assicurazione sulla vita di cui all'art. 9 – *ter* del D. lgs. n. 124/1993; quello infine dei fondi pensione detentori di immobili e il regime tributario dei fondi pensione che risultavano istituiti alla data di entrata in vigore della L. n. 421/1992. Sul punto cfr. **Cinelli M.**, “Sulle funzioni della previdenza complementare”, in Riv. Giur. Lav., 2000, I, pag. 533 - 536.

<sup>190</sup> **Persiani M.**, “La previdenza complementare”, op. cit., pag. 358 e segg.

<sup>191</sup> Sulla possibilità di trasferimento della posizione pensionistica individuale cfr. **Viscomi A.**, “La facoltà di trasferimento della posizione pensionistica individuale”, in Dir. Lav., 1997, I, pag. 55; **Bessone M.**, “Fondi pensione e diritti soggettivi. *Portability* della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa”, op. cit., pag.565 e segg.; **Pandolfo A.**, “Trasferimento e riscatto della posizione individuale”, in **Bessone M. e Carinci F.**, “op. cit., pag. 307 e segg.

<sup>192</sup> Sui fondi pensione aperti cfr. **Vianello R.**, “I fondi pensione...”, op. ult. cit., pagg. 489 e segg.; **Bessone M.**, “Fondi pensione aperti e piani pensionistici individuali. Le grandi linee di una svolta di sistema”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, pag. 17 e segg.

previsto al comma 3-*bis* dell'art. 10 del D. Lgs. 124/1993 <sup>193</sup>; dall'altro - al comma 2 dell'art. 9 dello stesso decreto -, la facoltà di aderire ai fondi aperti su base contrattuale collettiva.

Mostrò di voler proseguire il processo di evoluzione già segnato dalla citata Riforma Dini il D.lgs n. n. 47/2000, che estese la facoltà di trasferimento della posizione pensionistica individuale verso i regimi pensionistici integrativi contemplati dal nuovo art. 9 – *ter* <sup>194</sup>, riconoscendo per tali operazioni la totale esenzione da oneri fiscali <sup>195</sup>.

Con la successiva legge delega n. 243/2004, l'effetto del progressivo allineamento dei vari prodotti previdenziali fu poi elevato a criterio direttivo. Al n. 4 dell'art. 1, comma 2, lett. *e*) della stessa legge infatti, postulandosi l'eliminazione degli ostacoli frapposti alla “ libera adesione e circolazione dei lavoratori all'interno del sistema della previdenza complementare ”, veniva espressamente prevista la “rimozione dei vincoli posti dall'art. 9, comma 2 del D.lgs n. n. 124/1993, “ nell'obiettivo di una effettiva “ equiparazione tra forme pensionistiche ” <sup>196</sup>. Le previsioni della legge delega furono poi attuate dal successivo D.lgs n. n. 252/2005 ( art. 14, comma 6 <sup>197</sup>) che, riconoscendo a fianco della libertà di adesione al sistema l'ulteriore libertà di scelta della forma pensionistica alla quale aderire, ha definitivamente completato il disegno di una effettiva parificazione tra fondi chiusi, fondi aperti e forme pensionistiche individuali, attraverso la garanzia della più ampia libertà di scelta e di mobilità tra i diversi prodotti previdenziali.

---

<sup>193</sup> Il legislatore ha così introdotto un ipotesi di portabilità discrezionale della posizione individuale, riconoscendo un effettivo diritto di recesso – dal fondo pensione ma chiaramente non dal sistema della previdenza complementare - rimesso alla libera scelta dell'aderente. Sul punto cfr. **Zampini G.**, “La previdenza complementare. Fondamento...”, op. ult. cit., pag. 181.

<sup>194</sup> Ciò attraverso un'integrazione dell'art. 10, comma 3 – bis del D. lgs. n. 124/1993, operata dall'art. 3, comma 1, lett. *b*), D. lgs. n. 47/2000.

<sup>195</sup> Art. 3, comma 1, lett. *c*) , D. lgs. n. 47/2000 che ha riformato l'art. 13, comma tredicesimo, D. lgs. n. 124/1993.

<sup>196</sup> Sul punto cfr. **Vianello R.**, “Previdenza complementare e autonomia collettiva.”, op. cit., pag. 133 e segg.

<sup>197</sup> Sulla nuova disciplina della portabilità introdotta dal D.lgs n. n. 252/2005 ed entrata in vigore dal 1° gennaio 2008, cfr. **Persiani M.**, “ Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare”, in Arg. Dir. Lav., 2006, pag. 1479 e segg.

Tale intervento ha infatti attenuato fortemente i limiti alla portabilità della posizione pensionistica individuale precedentemente previsti dalla L. n. 335/1995<sup>198</sup>, attribuendo al lavoratore la facoltà, decorsi appena due anni dalla data di iscrizione ad una forma pensionistica sindacale, di trasferire l'intera posizione individuale maturata ad altra forma pensionistica commerciale, con diritto al versamento nella forma pensionistica prescelta, non solo del TFR maturando, ma anche delle contribuzioni che la contrattazione collettiva avesse posto a carico del datore di lavoro a favore di forme di previdenza sindacale<sup>199</sup>.

### **9. Segue: superamento del ruolo di assoluta centralità dei fondi chiusi.**

Con la serie di interventi di cui si è appena dato conto, il legislatore, valorizzando la libera volontà dei soggetti interessati nella scelta della forma pensionistica alla quale aderire, ha mostrato di voler superare il primato dallo stesso originariamente attribuito con il D.lgs n. n. 124/1993 al fondo pensione negoziale<sup>200</sup>. La disciplina contenuta nel D.lgs n. n. 124/1993 era infatti tutta incentrata sulla previdenza complementare istituita e gestita da accordi sindacali a favore di lavoratori subordinati dipendenti da privati. Tale opzione si basava su due ragioni: innanzitutto l'esperienza di una tutela previdenziale non pubblica fino ad allora si era sempre identificata come un fenomeno gestito in sede sindacale; inoltre, il D.lgs n. n. 124/1993 mirava a realizzare un disegno

---

<sup>198</sup> La L. n. 335/1995, aggiungendo il comma 3-*bis* all'art. 10 del D. Lgs. 124/1993, aveva consentito il trasferimento ai fondi pensione aperti della posizione previdenziale maturata presso le forme di previdenza sindacale dopo 5 anni di iscrizione.

<sup>199</sup> Sul dibattito sorto attorno alla questione della portabilità del contributo del datore di lavoro e sulla riserva alla contrattazione collettiva della competenza esclusiva in ordine alla determinazione della trasferibilità di detto contributo cfr. **Giubboni S.**, "Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare.", in *Lav. Giur.* 2006, 3, pag. 254 e segg. secondo il quale la disposizione contenuta nell'ultima parte dell'art. 14, comma 6, del D. lgs. n. 252/2005 contrasta con il principio direttivo della equiparazione delle forme pensionistiche contenuto nella legge delega; **Procopio M.**, "TFR tra finanziamento...", op. ult. cit., pag. 296 – 287, che, sottolineando la volontarietà e libertà dell'adesione ai fondi, auspica un intervento del legislatore volto a prevedere la portabilità del contributo del datore di lavoro, data la configurabilità di questo come "zainetto" previdenziale del dipendente, in aderenza alle previsioni di cui agli artt. 1, L. n. 243/2004 e 1, D.lgs n. n. 252/2005. Per la critica a tale teoria cfr. invece **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 1479 e segg.

<sup>200</sup> Sul punto cfr. **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 1479 - 1480.

politico di incentivazione della previdenza complementare, diretto a compensare la perdita di copertura pubblica subita per lo più dai lavoratori subordinati.

In tale contesto, i fondi aperti erano stati immaginati come una “stanza di compensazione” in cui potevano sostare sia i lavoratori che passano da una azienda dotata di un fondo chiuso ad una che invece ne era priva, sia i lavoratori in condizione di disoccupazione. Il loro ruolo di “ammortizzatori previdenziali”, li vedeva in tal senso investiti, rispetto ai fondi negoziali e chiusi, di una finalità cooperativa non concorrenziale <sup>201</sup>.

Il legislatore spostando il proprio favore verso la circolazione volontaria delle posizioni individuali ha mostrato di aderire ad una logica diversa da quella inizialmente accolta con il D.lgs n. n. 1245/1993, volta ad assegnare ai fondi pensione una funzione tendenzialmente più simile a quella assicurativa, fondata sulla ricerca del miglior rendimento individuale <sup>202</sup>. Prevale in tale logica una concezione delle prestazioni pensionistiche come servizi soggetti al gioco della domanda e dell’offerta, orientati alla soddisfazione di interessi di stampo individuale<sup>203</sup>, contrastanti con quella “comunione di scopo” <sup>204</sup> che caratterizza l’adesione ai fondi chiusi.

Il mutamento di prospettiva di cui si è detto sembra aver reso evanescenti i confini tra previdenza complementare individuale e previdenza

---

<sup>201</sup> Sul punto cfr. **Vianello R.**, “I fondi pensione aperti”, op. cit., pag. 489; **Bessone M.**, “Gestione finanziaria dei fondi pensione. La disciplina delle attività, le situazioni di conflitto di interesse.” contr. Impr. 2002 genn-aprile, pag. 142 ; **Tursi A.**,” Contrattazione collettiva e previdenza complementare.” , in Riv. It. Dir. Lav. 2000, fasc I, pag. 274; **Bessone M.**,” Previdenza Complementare.”, Giapichelli editore, Torino, 2000, pagg. 8, 365; **Zampini G.**, op. ult. cit. pagg. 146-147.

<sup>202</sup> Sul punto in particolare cfr. **Viscomi A.**, op. ult. cit., pag. 55.

<sup>203</sup> Sul punto cfr. Persiani M., “ La previdenza complementare” in **Persiani M.**, “ Diritto della previdenza sociale”, Padova, 2007, pag. 358, che precisa come la progressiva valorizzazione delle forme di previdenza complementare commerciale da parte del legislatore abbia contribuito all’emersione di una nuova concezione della previdenza complementare come elemento del mercato finanziario al quale sono destinati i capitali costituiti dagli investimenti individuali ai fondi pensione aperti e dalla massa delle contribuzioni versate da, o per, i lavoratori a favore dei fondi pensione sindacali. In questo contesto la competizione tra questi ultimi e forme di previdenza complementare commerciale è funzionale ad una maggiore redditività degli investimenti.

<sup>204</sup> Cfr. **Bessone M.**,” Previdenza Complementare.”, op. cit., pag. 154.

complementare sindacale <sup>205</sup>, determinando di conseguenza un contrasto “ con le ragioni mutualistiche e solidaristiche di ordine essenzialmente collettivo che animano, differenziandola dalle assicurazioni private, la previdenza complementare ” <sup>206</sup>.

In tal senso, quell'idea di previdenza complementare individuata dal legislatore del '93 e supportata dalla Corte Costituzionale non sembra più idonea a descrivere il complesso di tutte le forme di previdenza privata, stante l'impossibilità di riconoscere nelle forme pensionistiche complementari diverse da quelle negoziali – alle quali il legislatore ha ormai attribuito la stessa funzione originariamente riconosciuta a queste ultime –, il carattere non lucrativo che diversamente connota l'idea di previdenza pubblica accolta nella Carta Costituzionale <sup>207</sup>.

#### **10. La riforma federalista e il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di previdenza.**

Un'ulteriore profilo di incongruenza della concezione di previdenza complementare sostenuta dalla Corte Costituzionale rispetto a quella che è stata l'evoluzione normativa della materia, deve individuarsi nella disciplina sulla ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia di previdenza, così come modificata dalla legge costituzionale n. 3/2001 <sup>208</sup>.

La recente riforma, se da un lato non sembra aver alterato l'insieme dei diritti sociali già previsti nel vecchio art. 38 Cost., dall'altro, per quel che

---

<sup>205</sup> Sul punto cfr. **Persiani M.**, “ La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario.”, op. cit., pag. 725 e segg.

<sup>206</sup> Così cfr. **Viscomi A.**, op. ult. cit., pag. 62-63.

<sup>207</sup> Sul punto cfr. Corte Cost. n. 42 del 7 febbraio 2000, in Giust. civ. 2000, I, pag. 1615 e Corte Cost. n. 36 del 7 febbraio 2000, in Giust. civ. 2000, I, pag. 1623, che nel dichiarare l'inammissibilità della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione del c.d. monopolio INAIL e degli istituti di patronato e di assistenza sociale ha affermato il carattere non di lucro come connotato essenziale della previdenza pubblica prevista dalla Costituzione. Cfr. anche **Proia G.**, “Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare.”, in Arg. Dir. Lav., 2001, 2, pag. 629.

<sup>208</sup> Sull'evoluzione che ha condotto all'approvazione della legge costituzionale n. 3/2001 cfr. **Pallini M.**, “ La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?”, in Riv. Giur. Lav., 2002, 1, pag. 21 e segg.

riguarda le modalità di attuazione di detti diritti sociali e i soggetti istituzionali coinvolti nella loro realizzazione, ha portato significative novità <sup>209</sup>.

Con la modifica dell'art. 117 Cost., che conferma la riserva di competenza legislativa in materia di previdenza sociale dello Stato<sup>210</sup>, viene infatti prevista l'innovativa attribuzione alla competenza legislativa concorrente delle Regioni della materia della previdenza complementare e integrativa<sup>211</sup>.

In particolare, l'art. 117 Cost., al comma 2, lett. *m*) ha ritagliato come compito esclusivo dello Stato la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” e al comma 3, ultimo periodo ha riservato sempre allo Stato il potere di fissare i “principi fondamentali nelle materie oggetto di legislazione concorrente”. Ciò sulla base dell'impossibilità di frazionare e localizzare interessi particolarmente sensibili e significativi come i “diritti civili e sociali”, nella direzione di una uniformità di tutela, che realizzi il principio costituzionale di uguaglianza <sup>212</sup>.

Rovesciando poi il precedente principio di attribuzione, lo stesso art. 117 al comma 3 ha attribuito la materia della “previdenza complementare e integrativa” alla competenza concorrente di Stato e Regioni.

### 11. Segue: i rilievi critici avanzati dalla dottrina.

Tale ultima previsione, segnando una linea di discontinuità con il precedente assetto istituzionale e costituzionale <sup>213</sup>, ha sollevato rilevanti perplessità in dottrina.

Innanzitutto, poco chiara è risultata fin da subito la scelta di utilizzare l'ambigua espressione “previdenza complementare e integrativa”<sup>214</sup> per

---

<sup>209</sup> Così **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 43.

<sup>210</sup> Sulla conferma del monopolio legislativo statale in materia di previdenza sociale cfr. **Dondi G. e Zampini G.** “Previdenza pubblica e complementare privata nella riforma del titolo V della costituzione.”, in *Lav. nelle P.A.*, 2002, I, pag. 180 e segg.

<sup>211</sup> La nuova disposizione costituzionale non contiene invece alcun riferimento al diritto del lavoro e al diritto sindacale. Ciò porta a domandarsi se dette materie continuino ad essere riservate alla legislazione esclusiva dello Stato, o siano, oramai, materie affidate alla legislazione regionale e, a sua volta, se a quella concorrente o a quella esclusiva. Così **Persiani M.**, “*Devolution* e diritto del lavoro”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 32-33.

<sup>212</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 33.

<sup>213</sup> Così **Cinelli M.**, “Diritto della previdenza sociale.”, 2007, op. cit., pag. 68.

individuare l'ambito di esplicazione di tale concorrente competenza. Essa, per la sua tendenziale omnicomprensività, sollevò infatti la questione dell'individuazione della sua portata qualificatoria, dividendo quanti vi individuavano la sola previdenza pensionistica e sanitaria<sup>215</sup> e quanti invece la intesero in un senso più ampio, idoneo a contenere ogni forma di previdenza ulteriore rispetto a quella già garantita dallo Stato. Suggestive paiono in particolare le conseguenze direttamente riconducibili a tale seconda lettura, che vede le Regioni titolari di un potere di integrazione di ogni aspetto del sistema previdenziale statale, attraverso la possibile previsione di prestazioni più generose e istituti aggiuntivi<sup>216</sup>, nell'ottica di una differenziazione in *melius* della disciplina legislativa regionale, resa possibile dal legittimo innescarsi di una competizione in positivo tra Stato e Regioni nelle materie di competenza concorrente<sup>217</sup>.

Fortemente criticata dalla dottrina è stata, comunque, in generale la stessa scelta di spartire la materia previdenziale tra Stato e Regioni.

Essa oltre a determinare infatti la perdita del tradizionale ruolo dello Stato di elemento unificante dell'ordinamento giuridico<sup>218</sup>, soprattutto rimette in discussione gli esiti del dibattito sorto attorno ai referenti costituzionali della previdenza complementare<sup>219</sup>, contraddicendo l'impostazione dirigistica contenuta nella giurisprudenza della Corte Costituzionale - che collocava la previdenza complementare nella sfera dell'art. 38, comma 2 Cost.<sup>220</sup> - , e

---

<sup>214</sup> Sul punto cfr. **Dondi G. e Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 188-189.

<sup>215</sup> Tale interpretazione è stata corroborata dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, secondo cui le formule utilizzate nella Costituzione devono essere interpretate secondo il significato che hanno nel comune linguaggio legislativo e nell'ordinamento giuridico. Tra le altre cfr. Corte Cost. 22 dicembre 1961, n. 66, citata da **Paladin L.**, "Le fonti del diritto italiano", Bologna, 1996, 311-312.

<sup>216</sup> Così **Pallini M.**, op. ult. cit., pag. 21 e segg.

<sup>217</sup> Sul punto cfr. **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 43-46, che, ritenendo preferibile la prima delle impostazioni riportate, critica l'altra per la perdita dell'univoca connotazione privatistica del concetto di complementarietà che porta con sé e vi individua il rischio del venir meno di una nitida distinzione tra previdenza e assistenza; la competenza concorrente finisce infatti per realizzare una *contaminatio* tra i due settori.

<sup>218</sup> Cfr. Così **Zampini G.**, op. ult. cit., spec. pag. 43.

<sup>219</sup> Sul punto cfr. **Dondi G. e Zampini G.** op. ult. cit., pag. 189-190.

<sup>220</sup> Cfr. Corte Cost., 3 ottobre 1990, n. 427, in Orient. Giur. Lav., 1991, pag. 220, con nota di De Luca Tamajo R.

valorizzando al contrario i profili di libertà e autonomia della stessa nei confronti della previdenza pubblica di base <sup>221</sup>.

La scomposizione operata dall'art 117 Cost. della materia previdenziale tra previdenza complementare e integrativa e previdenza sociale inevitabilmente riflette l'appartenenza delle due componenti del sistema previdenziale a due piani diversi, non coincidenti. Essa esprime in particolare, una differente valutazione da parte del legislatore degli interessi realizzati dal secondo pilastro previdenziale, che, in quanto ulteriori e specifici rispetto a quelli garantiti dal sistema pubblico di base, non necessariamente postulerebbero un'uniformità di regolamentazione, ben potendo essere soddisfatti mediante la speciale disciplina eventualmente dettata dalla legge regionale, sia pure nell'ambito dei principi fondamentali determinati dalla legge dello Stato <sup>222</sup>. Ciò smentisce conseguentemente l'idea di una assimilabilità strutturale e funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare, che ha postulato l'attrazione di quest'ultima nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato.

L'innovazione operata dall'art 117 , comma 3 Cost., oltre a svelare un policentrismo del sistema potenzialmente lesivo del principio di unità nazionale, attribuendo una competenza legislativa in materia di previdenza complementare a soggetti formalmente estranei al circuito delineato dal D.lgs n. n. 124/1993 <sup>223</sup>, si pone quindi in forte contraddizione con l'impulso accentratore e unificatore delle riforme pensionistiche degli anni '90. Essa rivela infatti ancora una volta la precarietà, alla luce dell'attuale contesto normativo, della concezione di previdenza complementare contenuta in tali

---

<sup>221</sup> Così **Zampini G.**, "op. ult. cit., spec. pag. 47 – 48.

<sup>222</sup> Cfr. **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 33, che sottolinea come la rilevanza di quegli interessi da un lato consegue ad una valutazione soggettiva ed individuale riferibile esclusivamente ai soggetti che aderiscono alla previdenza complementare. Lo stesso a. peraltro ( pag. 40 ) segnala il problema dell'individuazione della disciplina regionale applicabile ai fondi pensione nazionali e il rischio connesso alla possibilità di istituire tali fondi per l'autonomia collettiva.

<sup>223</sup> In tal senso cfr. **Vianello R.**, "Previdenza complementare e autonomia collettiva.", op. cit., pag. 68 e segg.

riforme e strenuamente difesa dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale

224

## **12. I limiti della legislazione fiscale: mutevolezza e insufficienza dei benefici in rapporto ai costi di gestione dei fondi.**

Un altro possibile profilo di incoerenza rispetto non solo alla concezione del sistema di previdenza complementare fatta propria dalla Corte Costituzionale, ma anche all'obiettivo stesso di un effettivo decollo del secondo pilastro previdenziale deve ravvisarsi nella sua ancora scarsa appetibilità, riconducibile alla mutevolezza e alla limitata attrattività della legislazione fiscale, anche in relazione agli alti costi di gestione dei fondi.

In un sistema fondato sul principio di libera adesione ai fondi la leva fiscale riveste infatti un ruolo determinante per un effettivo sviluppo della previdenza complementare<sup>225</sup>. Configurandosi inoltre come necessario bilanciamento di tale libertà, giustifica la riconduzione della previdenza complementare entro il 2° comma dell'art. 38 Cost.

Essa risponde peraltro alla diversa considerazione che la nostra Costituzione dà al risparmio previdenziale rispetto al risparmio finanziario. Quest'ultimo si configura infatti come parte di reddito non consumato ma utilizzato per l'investimento, rientrando nella tutela costituzionale dell'art. 47 Cost., tutelato dall'ordinamento come aspettativa del risparmiatore a che sia preservato dall'erosione dell'inflazione. Il risparmio previdenziale invece si identifica in un reddito non consumato e destinato alla copertura dei rischi protetti dall'art. 38 Cost. (perdita della capacità di lavoro e di guadagno per causa di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione

---

<sup>224</sup> Cfr. **Cinelli M.**, op. ult. cit., pag. 68 – 70. Sulla contraddittorietà della scelta legislativa di ripartire su due diversi livelli la competenza legislativa in materia di previdenza sociale e previdenza complementare rispetto all'idea di una riconduzione di entrambe alla comune copertura costituzionale dell'art. 38 Cost.

<sup>225</sup> Una conferma di tale stretta relazione deve ravvisarsi nell'esperienza di paesi come l'Inghilterra e l'Olanda, dove un valido sistema di incentivazioni fiscali ha mostrato di poter contribuire in maniera determinante ad un diffuso sviluppo della previdenza complementare. Sul punto cfr. **Tafari S.**, "Aspetti comparativi nel regime giuridico e fiscale della previdenza complementare nell'Unione Europea.", in *Tributi* Luglio-dic. 2002, pag. 623; **Fornero E.**, "L'economia dei fondi...", op. ult. cit., pagg. 78-79.

involontaria) e, nell'ottica della concezione fatta propria dalla Corte Costituzionale, dovrebbe essere garantito non come mera aspettativa, ma come diritto a che l'ordinamento fornisca i mezzi necessari a mantenere un tenore di vita adeguato <sup>226</sup>.

In Italia negli ultimi 15 anni il legislatore è più volte intervenuto a regolare il regime fiscale della previdenza complementare. Prima dell'introduzione del D.lgs n. n. 124/1993 paradossalmente il sistema fiscale era più conveniente, dal momento che non c'erano limiti alla deduzione per i datori e per i lavoratori dei contributi versati ai fondi. Detti limiti sono stati introdotti proprio dalla disciplina del 1993, poi modificata con la L. n. 335/1995 e riformata con quello che va definito come il primo importante intervento legislativo in materia fiscale sui fondi pensione: il D.lgs n. n. 47/2000 <sup>227</sup>. Attraverso tale intervento, il legislatore ha coniugato il principio del rinvio della tassazione del reddito accantonato con finalità previdenziale - già previsto dal D.lgs n. n. 124/1993 -, con quello della tassazione sostitutiva dei redditi finanziari delle persone fisiche. Esso ha così raggiunto lo stesso risultato che avrebbe ottenuto applicando l'imposta sulla spesa, ma continuando ad operare all'interno di un sistema astratto di tassazione del risparmio previdenziale come reddito prodotto, avvalendosi dello strumento alternativo dell'esenzione.

Da ultimo la materia è stata di nuovo riformata dal D.lgs n. n. 252/2005 che ha semplificato il regime di tassazione dei contributi, modificato quello delle prestazioni, lasciando immutato quello relativo alla fase di accumulazione.

La disciplina fiscale della previdenza complementare attualmente in vigore delinea un sistema articolato nelle tre fasi di accumulazione, investimento ed erogazione; essa distingue tra tassazione dei contributi, tassazione dei rendimenti e tassazione delle prestazioni. Tale sistema è plasmato sulla falsariga del c.d. modello EET (*exemption, exemption, taxation*)<sup>228</sup>,

---

<sup>226</sup> Cfr. **Marchetti F.**, "Regime tributario della previdenza complementare", in Bessone M. – Carinci F., op. ult. cit., pagg. 494-497; **Gallo F.**, "Quali agevolazioni fiscali per il risparmio previdenziale?", in Giur. Comm. 2004 gennaio, pagg. 563-564.

<sup>227</sup> Sui contenuti e le novità introdotte dal D.lgs n. n. 47/2000, cfr. **Tafari S.**, op. ult. cit., pag. 620 e segg.

<sup>228</sup> Sui modelli di tassazione prevalenti nell'Unione Europea cfr. **Tafari S.**, op. ult. cit., pag. 619 e segg.

che si fonda sul principio del rinvio della tassazione del reddito accantonato per la previdenza<sup>229</sup>. Il modello EET non assoggetta ad imposizione il reddito investito in contributi previdenziali e, allo stesso modo, mantiene esenti gli incrementi di reddito maturati in fase di accumulazione del capitale, assoggettando ad imposta soltanto le prestazioni previdenziali erogate, configurate come ricchezza finanziaria disponibile per il consumo<sup>230</sup>.

Il legislatore italiano, nell'ispirarsi alla schema EET, ha delineato un regime fondato sull'esenzione entro un determinato tetto dei contributi destinati alla previdenza complementare, che non concorrono alla formazione della base imponibile IRPEF; sulla sottrazione per i rendimenti finanziari prodotti dal fondo pensione dall'imposta ordinaria e la sottoposizione ad una minore imposta sostitutiva; infine sulla tassazione separata delle prestazioni, solo per la parte corrispondente ai contributi dedotti nella fase di accantonamento. Tale regime viene identificato con lo schema E – Ts – Te (esenzione nella fase di accantonamento del risparmio previdenziale, esenzione nella fase di accumulazione del risparmio accantonato e tassazione sostitutiva.)<sup>231</sup>.

In particolare, secondo l'attuale disciplina<sup>232</sup>, in vigore dal 1° gennaio 2007, i contributi versati alle forme di previdenza complementare, sono interamente deducibili dal reddito complessivo IRPEF fino ad un massimo di euro 5.164,67. In tal modo è stata eliminata dalla nuova disciplina la previgente condizione congiunta del massimale del 12% del reddito complessivo di lavoro dipendente – con conseguente vantaggio per i redditi più bassi, tendenzialmente meno frequente la propensione al risparmio - ed è venuto

---

<sup>229</sup> **Marchetti F.**, “Elementi ricostruttivi della disciplina fiscale della previdenza complementare”, in *Rass. Trib.*, 1996, pag. 27 e segg.

<sup>230</sup> **Fornero E.**, op. ult. cit., pagg. 80-81; **Marchetti F.**, “Regime tributario della previdenza complementare”, in **Bessone M. – Carinci F.**, op. ult. cit.; **Bessone M.**, “Previdenza Complementare.”, op. cit., pag. 106

<sup>231</sup> **Procopio M.**, “Riformata la disciplina fiscale della previdenza complementare”, in *Corriere tributario* 2000, aprile-maggio, pag. 937; **Paola Coppola**, “Linee evolutive della disciplina fiscale della previdenza complementare”, in **Ferraro G.**, op. cit., pag. 246; **Gallo F.**, op. ult. cit., pag. 562.

<sup>232</sup> Sulle principali differenze tra la disciplina attualmente vigente e quella in vigore fino al 31/12/2006 cfr. **Mignarri E.**, “Come è cambiata la disciplina fiscale della previdenza complementare” in *Fisco e Tributi*, 2007, 2, pag. 25 e segg.

definitivamente meno il regime transitorio prima riservato ai vecchi iscritti. Attraverso l'attuale previsione si determina un risparmio (in termini di minori imposte pagate) pari all'aliquota fiscale più elevata applicata al reddito complessivo del lavoratore.

Per quanto riguarda i contributi versati dal datore del lavoro opera l'integrale deducibilità dal reddito d'impresa, come costo di lavoro dipendente.

La destinazione del TFR ai fondi avviene in un regime di neutralità fiscale.

I rendimenti, vale a dire gli incrementi positivi conseguiti a seguito della gestione finanziaria delle risorse sono invece assoggettati ad un'imposta sostitutiva dell'11% - aliquota che è sostanzialmente più bassa rispetto a quella applicata sui rendimenti realizzati da altre forme di investimento - , con conseguente esenzione da IRPEF, IRES ed IRAP. Sul punto il D. lgs. n. 252/2005 ha mantenuto sostanzialmente invariato il regime previgente.

Diversamente, per quel che riguarda il regime delle prestazioni pensionistiche, di rilievo appaiono le modifiche apportate dalla disciplina del 2005. Esse - sia che siano erogate in forma di capitale che di rendita - costituiscono reddito imponibile solo per la parte che non è già stata assoggettata a tassazione durante la fase di accumulo; con esclusione quindi dei contributi non dedotti e dei rendimenti già tassati. La parte imponibile delle prestazioni pensionistiche, in qualsiasi forma erogate, è tassata nella misura del 15%, che si riduce di 0,30% per ogni anno di partecipazione al fondo successivo al quindicesimo, fino ad arrivare ad un livello minimo di tassazione del 9%, raggiungibile solo da quei soggetti che maturano almeno 35 anni di iscrizione al fondo<sup>233</sup>.

Anche le somme percepite a titolo di anticipazione e riscatto sono tassate unicamente per la parte già dedotta dal reddito o non tassata. Più in particolare, le anticipazioni percepite per sostenere spese sanitarie e le somme percepite a titolo di riscatto in caso di inoccupazione, mobilità, cassa integrazione guadagni, invalidità e decesso, sono tassate nella misura del 15%, che si riduce

---

<sup>233</sup> La previgente disciplina distingueva invece tra prestazioni erogate in forma di capitale e prestazioni erogate in forma di rendita, prevedendo la sottoposizione per le prime a tassazione separata come il TFR e per le seconde a tassazione progressiva.

di 0,30% per ogni anno di partecipazione successivo al quindicesimo, fino ad arrivare ad un livello minimo di tassazione del 9%; esattamente come le prestazioni. Le anticipazioni percepite per altri motivi (acquisto e ristrutturazione della prima casa, per altre esigenze del lavoratore nonché i riscatti per cause diverse da quelle sopra descritte nei limiti in cui sono consentiti dagli statuti e dai regolamenti) sono invece tassate nella misura fissa del 23%<sup>234</sup>.

La scelta del legislatore italiano di non uniformarsi al modello EET puro, adottato dalla maggior parte dei paesi comunitari<sup>235</sup>, ma di ispirarvi semplicemente, per una questione di indisponibilità di risorse, appare criticabile<sup>236</sup>. Essa rappresenta infatti un difetto di armonizzazione del nostro sistema fiscale rispetto a quello degli altri paesi europei, che porta con sé il rischio di fenomeni di doppia imposizione o di doppia esenzione, con conseguenti possibili perdite di gettito fiscale per i paesi dell'Unione con regimi fiscali diversi; rappresenta inoltre un limite nella libera circolazione dei lavoratori all'interno dei paesi membri<sup>237</sup>. Il trasferimento della propria posizione pensionistica può infatti comportare vantaggi o svantaggi fiscali generati dalle diverse aliquote, dal tipo di tassazione adottato, dalle diverse modalità di deducibilità<sup>238</sup>.

In tal senso pare auspicabile che anche il legislatore italiano adegui il regime fiscale della previdenza complementare al modello EET puro. Ciò, oltretutto per le ragioni di necessaria armonizzazione appena descritte, per il vantaggio che ne deriverebbe in termini di maggiori adesioni ai fondi -

---

<sup>234</sup> Sulla disciplina fiscale in materia di previdenza complementare, così come riformata dal D.lgs n. n. 252/2005, cfr. **Cesari R.**, "TFR e fondi pensione", op. cit., pag. 80-82.

<sup>235</sup> Per gli aspetti comparativi sul regime fiscale della previdenza complementare nell'Unione Europea cfr. **Tafari S.**, op. cit., pag. 618 e segg.

<sup>236</sup> Essa rischia peraltro di far condannare l'Italia dalla Corte di Giustizia CE. Sul punto cfr. **De marco S.**, "Incentivi fiscali alla previdenza complementare ex D.lgs n. n. 252/2005", in Boll. Trib., 2006, 19, pag. 1531-1532.

<sup>237</sup> Sul punto cfr. **Marchesi M.**, "I regimi europei di tassazione dei fondi pensione: un esame comparato.", in Riv. Dir. Trib. Int., 2004, pag. 157.

<sup>238</sup> Ciò penalizza soprattutto i lavoratori dei paesi che hanno adottato il modello EET puro, dal momento che, mentre un lavoratore italiano trasferitosi in uno di questi paesi può fruire di notevoli vantaggi, nel caso contrario, il lavoratore straniero che viene in Italia si espone alla tassazione sia delle prestazioni che dei rendimenti prodotti in fase di accumulazione.

derivante dalla posticipazione della tassazione al momento del ricevimento della prestazione pensionistica, resa più appetibile dalle aliquote inferiori che caratterizza di regola il periodo del pensionamento rispetto a quello lavorativo<sup>239</sup> - ; per la compensazione della riduzione attuale di entrate fiscali con l' elevato gettito che sarà garantito in un secondo periodo, quando l'indice di dipendenza demografica sarà in tal senso più favorevole; per la maggior semplicità infine del modello puro rispetto a quello attualmente adottato, data l'assenza del meccanismo di scorporo della parte di rendita attribuibile al rendimento finanziario, che rischia di oscurare il vantaggio dell'esenzione finale del rendimento stesso<sup>240</sup>.

Ma il regime fiscale adottato dal nostro legislatore è criticabile anche sotto un altro profilo; esso sembra infatti ancora insufficiente in relazione agli alti costi di gestione dei fondi, che tendenzialmente rischiano di decurtare pesantemente - o in certi casi addirittura di annullare – gli stessi vantaggi fiscali accordati dalla normativa, determinando conseguenze deleterie sull'entità del risparmio previdenziale, con un aumento dei benefici per i soli intermediari finanziari<sup>241</sup>.

Un numero consistente di fondi pensione nel nostro paese applica infatti livelli commissionali di molto superiori alla media del settore, sia nel breve che nel medio e nel lungo periodo<sup>242</sup> e ciò, peraltro, non viene compensato da particolari capacità di gestione finanziaria attribuibili a detti fondi; alcuni di essi

---

<sup>239</sup> Così **Lupi R.**, “ Il nuovo regime di tassazione delle rendite pensionistiche complementari e le novità del D.lgs n. n. correttivo”, Atti del convegno Paradigma del 2000, in **Puri P.**, “ Destinazione previdenziale e prelievo tributario”, Milano, 2005, pag. 204.

<sup>240</sup> Sul punto cfr. **Tafari S.**, op. ult. cit., pagg. 621-622; **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 81.

<sup>241</sup> Sul punto cfr **Cesari R., Grande G. e Panetta F.**, “Il fondo pensione conviene ma attenzione ai costi”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 25/06/2007 ; COVIP, Indagine conoscitiva sulla crisi finanziaria internazionale e sui suoi effetti sull'economia italiana, 08/10/2008, pag. 7.

<sup>242</sup> Guardando alla tavola relativa all'indicatore sintetico dei costi dei fondi pensione (Isc), pubblicata sul sito della COVIP ([www.covip.it](http://www.covip.it)) , si nota infatti che un numero consistente di forme previdenziali integrative presenta livelli commissionali che, a parità di rischiosità delle linee di investimento offerte, superano, nel breve, nel medio e nel lungo periodo, anche del quadruplo la media del settore.

non garantiscono infatti rendimenti superiori a quelli delle altre forme pensionistiche <sup>243</sup>.

Gli oneri totali – vale a dire comprensivi degli oneri della gestione amministrativa, degli oneri della gestione finanziaria e delle commissioni alla banca depositaria - dei fondi negoziali italiani raggiungono in media lo 0,6% l'anno, con punte al di sopra dell'1,0%. Costi più elevati vengono raggiunti dai fondi aperti (1,4% in media) e soprattutto dai piani pensionistici individuali (PIP) offerti dalle compagnie di assicurazione, per i quali il valore medio delle commissioni è pari al 2,6% all'anno, in relazione a periodi di detenzione della polizza di 10 anni <sup>244</sup>.

Nel complesso, il sistema tributario dei fondi pensione non sembra quindi né incentivare il singolo ad iscriversi - visti i limiti alla deducibilità e l'insufficienza dei vantaggi riconosciuti rispetto ai costi di gestione imposti dal fondo - , né il datore di lavoro, che continua ad avere, comunque, molti oneri a suo carico; fa eccezione il caso dell'utilizzazione del TFR a finanziamento dei fondi pensione che, non essendo tassabile e non costituendo reddito, si configura, sotto il profilo impositivo, come una scelta conveniente per il datore di lavoro ( che però così si priva della liquidità da questo rappresentata). E' quindi plausibile ritenere che il sistema tributario della previdenza complementare, più che orientarsi all'incentivazione di quest'ultima, miri piuttosto a favorire lo smobilizzo del TFR, data la sua appetibilità di questo istituto, sia per i fondi pensione che, alla luce delle ultime novità circa la sua destinazione <sup>245</sup>, per le casse dell'INPS.

Tale situazione, aggravata dalle incertezze sul rendimento, causata dall'attuale situazione dei mercati finanziari, rischia di rendere davvero poco

---

<sup>243</sup> Sul punto cfr. **Mangiatordi B.**, “ Carissimi fondi”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 19/03/2008.

<sup>244</sup> Fr. **Cesari R., Grande G. e Panetta F.**, ult. cit., che sottolinea come considerando un periodo medio di permanenza nel fondo di 30 anni, una commissione pari all'1,5 per cento annuo riduce il valore finale dell'investimento, e quindi della pensione, del 36 per cento rispetto al risultato che si ottiene con commissioni nulle.

<sup>245</sup> Il riferimento è alle novità introdotte dalla Finanziaria 2007 in tema di destinazione del TFR “inoptato” al fondo Tesoreria gestito dall'INPS, per il quale si rinvia al successivo par. 14 di questo capitolo.

proficua e di conseguenza attraente la scelta di aderire al sistema della previdenza complementare, soprattutto per chi non opta per un fondo chiuso.

### **13. La scarsa fiducia del mondo del lavoro nei confronti del secondo pilastro: ragioni giustificative e prospettive possibili per un'inversione di tendenza.**

A 15 anni dal primo intervento organico in materia di previdenza complementare e nonostante i numerosi tentativi successivi del legislatore di favorire in vario modo il definitivo decollo dei fondi pensione anche nel nostro paese, non pare possa ancora constatarsi una effettiva crescita delle adesioni agli stessi.

Ciò è particolarmente evidente in relazione alle adesioni dei lavoratori più giovani ( vale a dire sotto i 35 anni di età ) , delle donne e dei lavoratori delle piccole imprese ( quelle sotto i 50 dipendenti ). Nel 2005 avevano aderito ai fondi pensione meno di 8 giovani su 100, contro 22 anziani su 100; solo 10 donne su 100, contro 20 uomini in relazione allo stesso campione e solo il 5% dei dipendenti delle piccole imprese contro il 34% delle grandi imprese <sup>246</sup>.

Alla base di tale deludente risultato devono indicarsi una molteplicità di fattori fra i quali – oltre a quello dell' innata incapacità verso la progettazione a lungo termine, riscontrabile principalmente rispetto ai più giovani - : una certa diffidenza nei confronti del fenomeno dei fondi pensione; la frammentarietà e contraddittorietà dell'informazione attorno alle tematiche della previdenza complementare e soprattutto il necessario collegamento dello sviluppo del secondo pilastro con l'istituto del TFR.

A quest'ultimo in particolare, deve ricondursi un peso decisivo. Rispetto ad esso sono state infatti sollevate varie perplessità sia dal mondo del lavoro che da quello delle imprese.

Le ragioni di esse sono da ricollegarsi alla natura "bifronte" di tale istituto, che si configura come strumento di finanziamento a tasso agevolato

---

<sup>246</sup> Cfr. **Cesari R.**, op. ult. cit., pag. 123 e segg. e **Mangiatordi B.**, " Ancora molto lavoro da fare sui fondi pensione", in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 25/06/2008.

per i datori di lavoro e, insieme, come forma di risparmio forzoso per i lavoratori <sup>247</sup>.

Per l'impresa esso è infatti un debito a lungo termine, posto tra le passività dello stato patrimoniale e remunerato secondo tassi prestabiliti legislativamente. Man mano che, durante il rapporto di lavoro, le somme sono figurativamente accantonate, vengono impiegate dall'impresa a finanziamento delle proprie potenzialità produttive, con un vantaggio per quest'ultima misurabile nella differenza tra il costo del denaro preso a prestito e il più basso tasso corrisposto ai lavoratori.

Il trasferimento *ex nunc* dei flussi di TFR non accantonato ai fondi pensione rappresenta quindi una grave perdita per l'impresa, dati i maggiori oneri finanziari e la possibile carenza di liquidità ai quali queste in tal caso si espongono. Devolvere il TFR ai fondi pensione significa, infatti, effettuare non più accantonamenti figurativi, ma esborsi reali a carico dell'azienda <sup>248</sup>. La perdita di risorse che ne deriva non si distribuirebbe peraltro equamente tra le diverse tipologie aziendali, ma andrebbe a gravare soprattutto sulle piccole realtà, accentuando così la tradizionale discriminazione tra imprese di diversa dimensione e di diverso grado di sindacalizzazione.

Le piccole imprese infatti, che rappresentano il tessuto centrale dell'imprenditoria nazionale, non sono sufficientemente sensibilizzabili ai vantaggi fiscali concessi dalla nuova normativa, mentre tendono a subire più che mai il costo aggiuntivo legato alla rinuncia del TFR come garanzia di autofinanziamento, data la loro tradizionale difficoltà ad accedere a fondi di capitale durevole, soprattutto di rischio. Per esse, che per dimensioni, capacità produttiva e cultura, non sono in grado di farsi finanziare dal mercato, il TFR ha da sempre rivestito la funzione di risorsa economico-finanziaria indispensabile per la loro sopravvivenza. L'evoluzione della funzione di tale

---

<sup>247</sup> **Gallo F.**, op. ult. cit., pagg. 564-567; **Vianello R.**, "Il finanziamento dei fondi pensione", cit., pag. 480.

<sup>248</sup> **Casalino L.**, op. ult. cit., pag. 127; **Zampini G.**, "Il finanziamento", op. cit., pag. 321; **Damiano C., Lapidula B.**, *L'altra pensione. Riforma del Tfr e fondi contrattuali*, Ediesse, Roma 2000, pag. 74; **Mastrangeli F.**, "La disciplina dei fondi pensione...", op. ult. cit., pag. 164; **Ciocca G.**, "La libertà...", op. ult. cit., pag. 174; **Fornero E.**, op. ult. cit., pag. 242; **Bonaldi F.**, "Trattamento di fine rapporto.", in *La settimana fiscale*, allegato al n. 23/2003 del Sole 24 Ore, pag. 32.

istituto rischia quindi di portare con sé un danno economico pari alla differenza tra i tassi di finanziamento bancari e il tasso di remunerazione del TFR. La perdita del TFR implica infatti il necessario ricorso a soluzioni di provviste alternative, con conseguente sopportazione di costi superiori a quelli sostenuti per procedere alla rivalutazione del TFR. Ciò produce il rischio di dover compensare il maggior onere finanziario derivante dalla rinuncia del TFR, con indebitamento a breve aggiuntivo, data l'impossibilità di assorbire tale perdita con variazioni nell'attivo<sup>249</sup>.

Più generalmente poi le piccole realtà imprenditoriali non sarebbero agevolate dallo sviluppo dei fondi pensione, data la tendenza di questi in assenza di specifiche previsioni, ad investire in titoli quotati, trascurando la vasta platea dei titoli azionari e di debito non quotati, tipici delle Pmi<sup>250</sup>.

Gravi remore allo smobilizzo del TFR giungono anche dal mondo dei lavoratori, che, in un sistema assicurativo imperfetto come il nostro, vedono nel TFR una fonte sicura di sostentamento economico non soggetta a rischi di investimento, particolarmente preziosa in assenza di adeguati ammortizzatori sociali al momento della perdita del posto di lavoro. Alla cessazione della attività lavorativa, infatti, il TFR funge da dispensatore di una somma rilevante erogata in un'unica soluzione, che si aggiunge alla pensione pubblica ed eventualmente alla pensione integrativa del fondo cui si aderiva. Tali perplessità sarebbero peraltro acuite dalla perdita, con l'adesione al sistema della previdenza complementare, della copertura del fondo di garanzia<sup>251</sup> ( L. n.

---

<sup>249</sup> **Linciano N. e Piatti L.**, “Regolamentazione e fiscalità della previdenza complementare: una simulazione dei calcoli di convenienza per il caso italiano.”, in Banca Impresa Società, 1999, pag. 248; **Busana Banterle C.**, “Profili economici: verso una previdenza meno sociale?” in **Cester C.**, op. cit., pagg. 50-51; **Casalino L.**, op. ult. cit., pagg. 127-129

<sup>250</sup> Sul punto cfr. **Cesari R.**, op. ult. cit., pag. 129.

<sup>251</sup> Sul Fondo di garanzia cfr. **Dondi G.**, Sub art 2117 c.c., in Grandi M. e Pera G. “Commentario breve alle leggi sul lavoro”, Padova, Cedam, 2001, pag. 526, che specifica come peraltro esso per la previdenza complementare operi unicamente con riguardo alle procedure concorsuali – con esclusione quindi dal proprio ambito di riferimento dei datori non assoggettabili a tali procedure – e solo mediante versamento dei contributi omessi per l'insolvenza dei datori di lavoro tenuti alla contribuzione e non mediante integrazione o sostituzione delle prestazioni perdute. Cfr. anche **Vallebona A.**, “La garanzia dei crediti di lavoro e delle posizioni previdenziali in caso di insolvenza del datore di lavoro”, in Riv. It. Dir. Lav., 1993, I, pag. 87, che sottolinea come tali previsioni, presupponendo l'autonoma soggettività

297/1982), rispetto ad eventuali situazioni di insolvenza del datore di lavoro, che rappresentava uno strumento di tutela dell'effettiva soddisfazione dei diritti di aderenti e pensionati.

Alle perplessità collegate alla perdita del TFR devono poi aggiungersi una diffusa diffidenza verso le istituzioni e l'investimento nel mercato borsistico, che, combinata ad una scarsa dinamica retributiva nel quadro della politica dei redditi, non rende attraente l'idea della costituzione volontaria di una rendita previdenziale complementare rispetto a quella pubblica, che assicuri livelli di importo adeguati <sup>252</sup>. Il mercato finanziario, soprattutto per i giovani lavoratori, appare infatti come una “ terra di favolose speculazioni “ <sup>253</sup>, poco trasparente e per niente rassicurante.

Tali timori non sono stati peraltro superati dall'informazione che ha accompagnato le tematiche della previdenza complementare. Essa si è infatti spesso rivelata insufficiente, contraddittoria e – perché no – tendenziosa <sup>254</sup>.

Partendo da questi dati, parrebbe utile domandarsi allora quali potrebbero essere alcune possibili strade percorribili per un'inversione di tendenza che renda possibile favorire un effettivo sviluppo della previdenza complementare nel nostro paese.

Sicuramente, un consistente aiuto in tal senso potrebbe essere realizzato attraverso lo stimolo della diffusione di una maggiore consapevolezza delle attuali capacità del primo pilastro di soddisfare le aspettative di copertura pensionistica dei lavoratori, che renda possibile una seria valutazione sull'effettivo bisogno previdenziale e quindi sulla opportunità di ricorrere alla previdenza complementare. Tale obiettivo potrebbe essere raggiunto attraverso una impegnata campagna di educazione previdenziale che implichi il coinvolgimento del sistema scolastico e di quello universitario, nonché delle

---

giuridica del fondo, mal si adatterebbero all'ipotesi di fondi interni privi di soggettività giuridica. Critico al riguardo anche **Tursi A.**, “ Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare”, in *Lav. Dir.*, 1994, pag. 92, che segnala come più generalmente il fondo di garanzia escluderebbe ogni tutela in caso di insolvenza del fondo.

<sup>252</sup> **Bonalda F.**, op. ult. cit., pagg. 32-33; **Gallo F.**, “ Quali agevolazioni...”, op. ult. cit., pagg. 564-565; **Ciocca G.**, op. ult. cit., pagg. 174-175; **Casalino L.**, op. ult. cit., pag. 131

<sup>253</sup> Così **Cesari R.**, op. ult. cit., pag. 128.

<sup>254</sup> **Cesari R.**, op. ult. cit., pag. 128-129.

amministrazioni pubbliche - anche di livello territoriale - , sulla scia di quanto già sperimentato in altri paesi.

Un altro ambito rispetto al quale è già stata segnalata l'opportunità di un intervento è quello relativo alla disciplina fiscale, che andrebbe armonizzata a quella vigente negli altri paesi comunitari e resa più appetibile e vantaggiosa, soprattutto per i lavoratori a basso reddito .

Altra possibile soluzione potrebbe essere individuata poi in una maggior razionalizzazione dell'offerta previdenziale che favorirebbe soprattutto l'adesione dei lavoratori della piccola impresa, i quali tendenzialmente non riescono ad essere raggiunti dalla realtà dei grandi fondi negoziali .

Estremamente utile sarebbe infine il varo di un codice di autodisciplina, che ostacoli la nascita e lo sviluppo nel sistema di forme di previdenza integrativa che prevedano costi così alti<sup>255</sup> da incidere sulla funzione previdenziale dagli stessi rivestita, ispirato alla diffusione di una maggiore e reale cognizione della funzione sociale della previdenza complementare<sup>256</sup> .

#### **14. Il Fondo di Tesoreria INPS per l'erogazione del TFR.**

L'ultimo aspetto della disciplina della previdenza complementare, che per la sua contraddittorietà rispetto alle finalità originariamente perseguite in materia dal legislatore con il D.lgs n. 124/1993 andrebbe menzionato è quello relativo alla istituzione, all'art. 1, comma 755 , L. 27/12/2006, n. 296 ( Finanziaria 2007) , su un apposito conto corrente aperto presso la Tesoreria dello Stato, di un Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'art. 2120 c.c., finanziato secondo il criterio della ripartizione e gestito per conto dello Stato dall'INPS<sup>257</sup> .

Principale funzione del Fondo è quella di garantire ai lavoratori dipendenti del settore privato l'erogazione dei trattamenti di fine rapporto, secondo le modalità previste dall'articolo 2120 del codice civile, in riferimento alla quota maturata a decorrere dal 1° gennaio 2007 , nel caso in cui il

---

<sup>255</sup> Sul punto cfr. par. 13.

<sup>256</sup> **Mangiatordi B.**, “ Ancora molto lavoro da fare sui fondi pensione”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 25/06/2008.

<sup>257</sup> Sul punto cfr. **Santoro Passarelli G.**, “La previdenza complementare tra rischio...”, op. ult. cit., pag. 980 e segg.

lavoratore abbia manifestato l'espressa volontà di non destinarlo alla previdenza complementare e di mantenerlo in azienda <sup>258</sup>.

Esso è finanziato dai datori di lavoro del settore privato – tra i quali non sono ricompresi i datori di lavoro domestico -, in relazione ai lavoratori per i quali trovi applicazione, ai fini del trattamento di fine rapporto, l'articolo 2120 c.c. <sup>259</sup>, che abbiano alle proprie dipendenze almeno 50 addetti<sup>260</sup>, attraverso il versamento di contributo pari al 6,91% della retribuzione non destinata alle forme pensionistiche complementari. Detto versamento deve essere effettuato mensilmente - salvo conguaglio a fine anno o alla cessazione del rapporto di lavoro - , secondo le modalità e i termini previsti per il versamento della contribuzione previdenziale obbligatoria <sup>261</sup>.

Esso non opera ovviamente rispetto ai lavoratori che aderiscono al sistema della previdenza complementare, manifestando espressamente o per operatività del meccanismo c.d. di silenzio – assenso, la volontà di destinarvi il proprio TFR <sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> Su finalità, modalità di finanziamento e funzionamento del fondo cfr. DM 30/01/2007 e Circ. INPS, 3 aprile 2007, n. 70.

<sup>259</sup> Secondo le previsioni del DM del 2007, l'obbligo contributivo non ricorrerebbe con riferimento ai lavoratori con rapporto di lavoro di durata inferiore a 3 mesi; ai lavoratori a domicilio; agli impiegati quadri e dirigenti del settore agricolo; nonché ai lavoratori per i quali i CCNL prevedono la corresponsione periodica delle quote maturate di TFR ovvero l'accantonamento delle stesse presso soggetti terzi.

<sup>260</sup> Critico rispetto alla scelta di individuare il numero dei dipendenti come criterio selettivo per la distribuzione del peso del trasferimento del TFR al fondo gestito dall'INPS **Santoro Passarelli G.**, op. ult. cit., pag. 981, che evidenzia come sarebbe stato maggiormente idoneo un criterio come quello del fatturato.

<sup>261</sup> Cfr. DM 30/01/2007.

<sup>262</sup> Al riguardo il DM del 2007, all'art. 3 precisa che “ per i lavoratori dipendenti dai datori di lavoro di cui all'articolo 1, comma 5: a) con rapporto di lavoro in essere al 31 dicembre 2006 che conferiscono a decorrere da una data compresa tra il 1° gennaio 2007 e il 30 giugno 2007, secondo modalità tacite o esplicite, l'intero TFR maturando a forme pensionistiche complementari, non è dovuto alcun contributo al Fondo istituito dall'articolo 1, comma 755, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Per i lavoratori che, nel medesimo periodo, manifestano la volontà di mantenere, in tutto o in parte, il proprio TFR, il datore di lavoro versa al predetto Fondo il contributo di cui all'articolo 1, comma 1, del presente decreto, a decorrere dal mese successivo alla consegna da parte del lavoratore del modello TFR1 allegato al decreto ministeriale di cui all'articolo 1, comma 765, della predetta legge n. 296 del 2006, per un importo corrispondente alla quota di TFR maturata per il medesimo lavoratore a decorrere dal 1° gennaio 2007, maggiorata delle rivalutazioni riferite alle mensilità antecedenti quella dell'effettivo versamento, ai sensi dell'articolo 2120 del codice civile, in ragione del tasso d'incremento del TFR applicato al 31 dicembre 2006, rapportato al periodo intercorrente tra il 1° gennaio 2007 e la data di versamento;

Le risorse conferite al Fondo sono da questo impiegate per finalità di carattere pubblico; tra queste emerge quella di sostenere investimenti di tipo infrastrutturale, in adempimento delle previsioni di cui all'art. 1, commi 758 e segg., delle L. 296/2006 <sup>263</sup>. Il saldo netto da finanziare secondo quanto emergerebbe dai dati indicati nell'elenco 1 annesso alla L. n. 296/2006, sarebbe pari, per l'anno 2007, a 7,04 miliardi di euro e si identificherebbe in gran parte nel rifinanziamento delle Ferrovie dello Stato ( 1,6 miliardi di euro) <sup>264</sup>.

Dal trasferimento dei flussi di TFR al Fondo di cui all'art. 1, comma 755 , L. 27/12/2006, n. 296, deriva quindi un tangibile vantaggio per lo Stato; l'ammontare della rivalutazione spettante al personale dipendente ( 1,50% incrementato di un importo pari al 75% dell'indice ISTAT di cui all'art. 2120 c.c.) risulta infatti inferiore alla misura degli interessi riconosciuti dallo Stato a fronte dell'emissione di BOT <sup>265</sup>. Per contro, alcuna misura compensativa è riconosciuta ai datori di lavoro che perdono la disponibilità del TFR in azienda

Risulta evidente come la costituzione del Fondo predetto finisca per porsi in contraddizione da un lato con il dichiarato scopo di rafforzare lo

---

b) il cui rapporto di lavoro è iniziato in data successiva al 31 dicembre 2006, che non abbiano già espresso la propria volontà in ordine al conferimento del TFR relativamente a precedenti rapporti di lavoro e conferiscono, secondo modalità tacite o esplicite, detto TFR a forme pensionistiche complementari entro sei mesi dall'assunzione, il contributo al Fondo è dovuto fino al momento del conferimento del TFR. Per i lavoratori che, nel medesimo periodo, manifestano la volontà di mantenere, in tutto o in parte, il proprio TFR, il datore di lavoro versa al predetto Fondo il contributo di cui all'articolo 1, comma 1, del presente decreto, a partire dal mese successivo alla consegna da parte del lavoratore del modello TFR2 allegato al decreto ministeriale di cui al predetto articolo 1, comma 765, per un importo corrispondente alla quota di TFR maturata per il medesimo lavoratore a decorrere dalla data di assunzione, maggiorata delle rivalutazioni riferite alle mensilità antecedenti quella dell'effettivo versamento, ai sensi dell'articolo 2120 del codice civile, con applicazione, comunque, per il periodo successivo al 31 dicembre dell'anno precedente, del tasso d'incremento del TFR applicato a tale data, rapportato alla durata del periodo medesimo.

<sup>263</sup> Sulla destinazione delle risorse del fondo a finanziamento di interventi infrastrutturali cfr. **Procopio M.**, “ TFR tra finanziamento di interventi strutturali e fondi pensione”, op. cit., pag. 283-284 e **Persiani M.**, “ La previdenza complementare”, op. cit., pag. 364, entrambi critici al riguardo.

<sup>264</sup> Entro il 30 settembre di ciascun anno il Ministero del lavoro di concerto con quello dell'economia e delle finanze dovrà sottoporre al Parlamento una relazione avente ad oggetto i dati sulla costituzione e sui rendimenti delle forme pensionistiche complementari. In tale relazione dovrà essere specificatamente dettagliata la consistenza finanziaria e le modalità di utilizzo del fondo in questione.

<sup>265</sup> Così **Procopio M.**, op. ult. cit., pag. 284.

sviluppo della previdenza complementare ( art. 1, comma 1, lett. c) , L. n. 243/2004); dall'altro con la finalità di compensare i maggiori oneri per le imprese che perdono la possibilità di autofinanziarsi tramite il TFR dei propri dipendenti. Essa piuttosto parrebbe trarre origine, così come la maggior parte delle ultime importanti innovazioni introdotte nella disciplina della previdenza complementare, unicamente dalla constatazione dell'importanza dell'entità del flusso annuale di TFR – pari mediamente ogni anno a circa 19 miliardi di euro - e più generalmente da esigenze di carattere contingente, mal celate dietro l'obiettivo di un definitivo decollo dei fondi e identificabili con la volontà di ristabilire l'equilibrio finanziario del sistema pubblico .

Definitiva conferma di tali considerazioni dovrebbe poi ravvisarsi nella scelta del legislatore di elevare, in sede di approvazione della legge Finanziaria per il 2007<sup>266</sup>, al 100% la misura della destinazione del TFR “inoportato” al Fondo in questione, che nell'originario disegno di legge era fissata al 50%.

#### **15. La qualificazione giuridica delle prestazioni di previdenza complementare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE.**

Oltre che per i vari profili di contraddizione, emergenti dal quadro degli interventi normativi in materia di previdenza complementare finora messi in luce, l'originaria configurazione della previdenza complementare delineata dal legislatore con il D. lgs. 124/1993 e sostenuta dalla Corte Costituzionale, mostrerebbe la propria incoerenza anche alla luce della qualificazione retributiva e non previdenziale dei contributi e delle prestazioni dei fondi complementari adottata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE .

Tale qualificazione discende da una serie di pronunce relative all'applicazione dell'art. 119 del Trattato di Roma che, pur essendo testualmente riferito alla parità retributiva<sup>267</sup>, è divenuto espressione del generale principio di non discriminazione tra lavoratori e lavoratrici <sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Sulle previsioni del testo originario della legge Finanziaria e sull'*iter* che ha preceduto l'approvazione del testo definitivo, cfr. **Santoro Passarelli G.**, op. ult. cit., pag. 980-981.

<sup>267</sup> Sul principio di parità retributiva cfr. **Roccella M. e Treu T.**, “Diritto del Lavoro della Comunità Europea” Padova, Cedam 1995, pag. 241 e segg.

<sup>268</sup> Corte Giust., 8 aprile 1976, Defrenne, C-43/75 in Racc., 1976, pag. 471.

Per quel che qui rileva, la norma citata accoglierebbe una nozione di retribuzione particolarmente ampia<sup>269</sup> (Confermata dall'attuale art. 141 TCE), identificabile con “ tutti i vantaggi pagati direttamente o indirettamente dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo”.

Sulla base di tale nozione e con l'intento di rendere più pervasivo possibile il principio di parità di trattamento dalla stessa tutelato, la Corte di Giustizia ha inteso ricomprendere entro tale principio anche le prestazioni e i contributi pagati dal datore di lavoro a fondi pensione sia sostitutivi che integrativi e complementari di quelli istituiti dalla previdenza pubblica<sup>270</sup>.

In particolare la Corte avrebbe fatto discendere la natura retributiva di tali ultime attribuzioni dal fondamento contrattuale e non legale che dovrebbe attribuirsi alle contribuzioni e alle prestazioni erogate dai fondi, nonché dalla considerazione per cui esse proverrebbero dal datore di lavoro, anche se attraverso il fondo. In tal senso esse finirebbero per incidere, sostanzialmente “ sull'ammontare della retribuzione (lorda) erogata al lavoratore”; ciò nonostante la legge permetta che tali pensioni sostituiscano quelle dovute in virtù del sistema legale e che quindi si integrino nel sistema di previdenza sociale<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> In particolare, il concetto di retribuzione accolto dall'art. 119 comprenderebbe non solo la retribuzione minima o normale ma anche qualsiasi altro compenso corrisposto direttamente o indirettamente, in denaro o in natura dal datore di lavoro in dipendenza del rapporto di lavoro. Sul punto cfr. **Roccella M. e Treu T.**, op. ult. cit., pag. 244.

<sup>270</sup> Corte Giust., 6 febbraio 1996, Lewark, C-457/93, in Racc., G. C., 1996, I, pag. 243; Corte Giust., 28 settembre 1994, Beune, C- 78/93, in Racc., G. C., 1994, I, pag. 4471; Corte Giust., 28 settembre 1994, Coloroll Pension Trustees Ltd. C. Russel e altro, C-200/91, in Notiz. Giur. Lav., 1995, pag. 338; Corte Giust., 6 ottobre 1993, Ten Oever, C-109/91, in Racc., 1993, pag. 1463; Corte Giust., 18 settembre 1984, Liefing, c-23/83, in Racc., 1984, pag. 3225; Corte Giust., 11 marzo 1981, Worringham, C. 69/80, in Racc. G. C., 1981, pag. 767. In particolare, in tale ultima pronuncia la Corte ha affermato che: “ il contributo ad un regime di pensione versato dal datore di lavoro per conto dei dipendenti mediante un importo complementare dello stipendio lordo e concorra pertanto a determinare l'importo di detto stipendio costituisce una “retribuzione” ai sensi dell'art. 119, comma 2, del Trattato CEE”.

Secondo la Corte di giustizia in particolare, ai fini del riconoscimento della natura retributiva della contribuzione versata ai fondi pensione, deve aversi riguardo al fatto che la contribuzione e la pensione hanno in questi casi fondamento contrattuale e non legale; essi provengono dal datore di lavoro, anche se per il tramite del fondo, venendo quindi ad incidere sull'ammontare della retribuzione lorda erogata al lavoratore anche se la legge permette che tali pensioni sostituiscano quelle dovute in virtù del sistema legale e che quindi si integrino nel sistema di previdenza sociale. Sul punto cfr. **Roccella M. e Treu T.**, op. ult. cit., pag. 252.

<sup>271</sup> Così **Roccella M. e Treu T.**, op. ult. cit., pag. 252.

Tale allargamento del concetto di retribuzione, pur finalizzato all'estensione del principio di parità retributiva a vantaggio di una non discriminazione tra uomini e donne nel mondo del lavoro, non può che avere dei riflessi sul tradizionale dibattito sorto in ordine alla qualificazione giuridica delle somme versate ai fondi pensione complementari, dal quale ha avuto origine la teorizzazione di un legame funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare ad opera della Corte Costituzionale<sup>272</sup>.

Infatti l'art. 119 nonostante si riferisca esplicitamente ai singoli Stati, darebbe origine, secondo quanto ritenuto dalla Corte, a situazioni giuridiche attive e giustiziabili davanti alla magistratura nazionale nei confronti delle varie possibili discriminazioni, indipendentemente dall'attivarsi del legislatore nazionale<sup>273</sup>. Esso, così come interpretato dalla Corte di Giustizia, sarebbe pertanto direttamente efficace nell'ordinamento interno.

L'obbligo per questi ultimi di conformarsi alla qualificazione retributiva e non previdenziale dei contributi e delle prestazioni dei fondi complementari adottata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE discenderebbe peraltro anche dalle previsioni dello stesso art. 117 Cost. nel testo vigente che vincola la potestà legislativa dello Stato sia nelle materie di competenza esclusiva statale, sia in quelle di competenza concorrente al rispetto all'ordinamento comunitario e agli obblighi internazionali.

Per tali ragioni, la norma nazionale o l'interpretazione di essa che sia incompatibile con la normativa comunitaria, violando gli "obblighi

---

<sup>272</sup> Al contrario **Pessi R.**, "La previdenza complementare.", op. cit., cap. I, *passim* sostiene che la giurisprudenza comunitaria in materia di parità retributiva non sarebbe utile a risolvere le problematiche sorte nel nostro ordinamento aventi ad oggetto la questione della natura dei versamenti effettuati alle forme pensionistiche complementari. Dello stesso avviso **Zampini G.**, "La previdenza complementare. Fondamento...", op. ult. cit., pag. 234 e segg.

<sup>273</sup> Fra le altre cfr. Corte Giust., 17 ottobre 1989, C. 109/88, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v. Danfoss*, in *Quad. Lav.*, 1990, 7, pag. 211 e segg. Cfr. Corte Giust. 11 marzo 1981, cit. In particolare, con tale ultima sentenza la Corte ha statuito: "L'art. 119 del Trattato può essere fatto valere dinanzi ai giudici nazionali e questi devono garantire la tutela dei diritti che detta disposizione attribuisce ai singoli, in particolare nel caso in cui, in ragione dell'obbligo incombente ai soli lavoratori di sesso maschile o ai soli lavoratori di sesso femminile di contribuire ad un regime di pensione, i contributi di cui trattasi vengano versati dal datore di lavoro per conto del dipendente e prelevati sullo stipendio lordo di cui determinano il livello".

Sul punto cfr. **Rocella M. e Treu T.**, op. ult. cit., pag. 245.

internazionali" di cui all'art. 117 comma 1, violerebbe per ciò stesso tale parametro costituzionale <sup>274</sup>.

#### **16. Osservazioni conclusive: è ancora attuale l'idea di una previdenza complementare come "funzionalizzata" a quella pubblica ?**

Dall'analisi critica svolta fin qui attorno all'evoluzione normativa della materia della previdenza complementare, nonché sulla base delle conferme provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, numerosi parrebbero gli elementi che testimoniano la (almeno) sopravvenuta inattualità della prospettazione di una previdenza complementare funzionalizzata a quella pubblica, riscontrabile nelle previsioni del D.lgs n. 124/1993 e fatta propria dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Quell'idea non sembrerebbe infatti più idonea ad interpretare il sistema che man mano si è venuto a delineare nello sviluppo della disciplina dei fondi pensione.

La progressiva attenuazione della funzione solidaristica originariamente attribuita dal legislatore a questi ultimi, attraverso l'ormai definitivo superamento del ruolo di centralità dei fondi chiusi e la parificazione tra le

---

<sup>274</sup> Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. Cost.* 2007, pag. 5.

A contrastare con la diversa qualificazione previdenziale della contribuzione e dei trattamenti erogati dai fondi pensione sostenuta dalla Corte Costituzionale sarebbe inoltre la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione (Tra le numerose decisioni rese sul tema della natura dei trattamenti pensionistici aziendali: Cass., Sez. Un. 12 ottobre 1993 n. 10057; Cass., Sez. Un., 15 marzo 1993 n. 3059, Cass., Sez. Un. 20 gennaio 1993 n. 643; tra quelle che, specificamente. Hanno dichiarato applicabile l'art. 429 c.p.c., e non l'art. 442 dello stesso codice, ai crediti dei dipendenti cessati dal servizio per trattamenti pensionistici dovuti dal datore di lavoro: Cass. 20 marzo 1985 n. 2052, in *Mass. Giur. Lav.* 1985, pag. 363.; Cass. 9 febbraio 1983 n. 1061, in *Foro it.* 1984, I, pag. 1358.; Cass. 21 dicembre 1982 n. 7089, in *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 12. Più recentemente cfr. Cass., 19 luglio 2002, n. 10615, in *Notiz. Giur. Lav.* 2002, pag. 847), che in una sua recente pronuncia (Cass., 19 luglio 2002, n. 10615, in *Notiz. Giur. Lav.* 2002, pag. 847) avrebbe riconosciuto l'applicazione per i crediti relativi a trattamenti pensionistici integrativi a carico del datore di lavoro, la norma di cui all'art. 429, 3 comma, c. p. c. in tema di rivalutazione monetaria, affermando che: "se da una parte la funzione previdenziale di una prestazione pecuniaria non è sufficiente per qualificare la natura previdenziale del relativo credito, occorrendo invece la sussistenza di un elemento strutturale costituito dalla sua inerenza ad un rapporto giuridico distinto da quello di lavoro, ancorché connesso; d'altra parte, in ragione proprio di tale inerenza, i trattamenti di pensione corrisposti dallo stesso datore di lavoro, e non da un centro autonomo di imputazione di un distinto rapporto previdenziale, hanno natura di retribuzione differita, costituendo l'oggetto di obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro".

varie forme pensionistiche complementari; l'incapacità del sistema di previdenza complementare di garantire costanti certezze di redditività, riconducibile all'operatività del sistema gestorio a capitalizzazione; la manifestazione da parte del legislatore costituente della volontà di porre su due piani diversi previdenza pubblica e previdenza complementare, nella disciplina del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di previdenza sociale ( art. 117 Cost. ); la conferma, anche nella più recente legislazione, della scelta di rimettere alle singole opzioni individuali la realizzazione dell'obiettivo della prestazione adeguata di cui all'art. 38, comma 2 , Cost.; nonché la nutrita trama di incoerenze riscontrabili nell'ultimo degli interventi normativi sulla materia (D.lgs n. n. 252/2005), renderebbero ormai evidente l'insostenibilità di quella ricostruzione.

Questa, alla luce dell'emanazione del D.lgs n. n. 124/1993, poteva infatti giustificarsi solo sulla base di quella "impronta dirigistica" allora impressa dal legislatore ai fondi pensione. Con il venir meno però di quello stesso presupposto giustificativo – già peraltro precario secondo alcuni sulla base di alcune evidenti incoerenze<sup>275</sup> -, per quella concezione di previdenza complementare, così rigidamente sostenuta dalla Corte Costituzionale, si imporrebbe un' improrogabile rivisitazione.

L'evoluzione della normativa avrebbe infatti reso sempre più evidenti le vere ragioni che si nascondevano - e che continuano a nascondersi – dietro a

---

<sup>275</sup> Per Zampini infatti già nel D.lgs n. n. 124/1993 doveva ravvisarsi "un'ispirazione contraddittoria irriducibile ad unità". Secondo lo stesso infatti, le proposte di inquadrare *tout-court* il fenomeno pensionistico complementare nell'alveo del comma 2 ovvero del comma 5 dell'art. 38 Cost. non apparivano del tutto convincenti, data l'ambigua convivenza all'interno del medesimo *corpus* normativo, di apprezzabili elementi di flessibilità, vanificati da altri di grande rigidità, ispirati ad ormai anacronistiche logiche dirigistiche, controproducenti per lo sviluppo e la sostenibilità stessa del sistema. Cfr. **Zampini G.**, "La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi", op. cit., pag. 321-322. Sul punto cfr. anche **Cinelli M.**, "Disciplina delle forme pensionistiche complementari", op. cit., pag. 175 – 177, per il quale peraltro, l'impossibilità di rinvenire un referente costituzionale specifico rispetto al modello di previdenza complementare designato dal legislatore, non varrebbe a determinare una sorta di "complessiva delegittimazione" della disciplina di quest'ultima, dato il riconoscimento in capo al legislatore di un potere discrezionale, sanzionabile solo sotto il profilo della ragionevolezza.

quell'impostazione e all'imposizione del corredo di limiti e vincoli alla previdenza complementare.

In particolare, le ultime innovazioni introdotte dalla più recente disciplina, renderebbero palese l'intento di garantire il risanamento del dissesto finanziario del sistema pubblico. Il riferimento è in particolare alla discutibile scelta di far confluire il c.d. TFR "inoptato" presso un conto istituito presso la Tesoreria dello Stato, gestito per conto dello Stato dall'INPS e di utilizzarlo per sostenere investimenti di tipo infrastrutturale, di cui si è detto appena sopra. Detta opzione, più delle altre, rivelerebbe infatti chiaramente le reali preoccupazioni del legislatore, nonché la loro distanza dall'obiettivo di un incentivo allo sviluppo dei fondi pensione attraverso un'incremento delle risorse destinate alla previdenza complementare.

La previsione dello smobilizzo di una così ingente quantità di risorse verso finalità assolutamente estranee rispetto a quelle considerate dal 2° comma dell'art. 38 Cost., in nessun modo parrebbe giustificarsi se non sulla base dell'improrogabile esigenza di fare cassa.

Pare quindi a questo punto utile richiamare quell'attenta dottrina<sup>276</sup> che, ormai quasi 10 anni fa, aveva pronosticato, con il cambiamento dell'originario contesto normativo attorno al quale era stata edificata la teoria di un'identità funzionale tra primo e secondo pilastro, il venir meno dell'esigenza di una disciplina legislativa che condizionasse a quest'ultima la prima in termini di finanziamento e prestazioni e, con essa, il superamento di quella stessa impostazione. In tal senso, secondo la stessa dottrina, venuto meno il fondamento sul quale l'impostazione della Corte Costituzionale si collocava, la previdenza complementare sarebbe dovuta tornare ad essere necessariamente libera, nonché assoluta prerogativa dell'autonomia collettiva.

La previsione pare dunque essersi realizzata e sarà interessante vedere quali posizioni prenderà in proposito la Corte Costituzionale se sarà investita di questioni riguardanti nuovamente l'inquadramento della previdenza complementare nel sistema previdenziale.

---

<sup>276</sup> Cfr. **Persiani M.**, "Previdenza pubblica e previdenza privata", op. cit., pag. 222-223.

## CAPITOLO III

### *Fondi preesistenti agli interventi di riforma e tutela dei diritti degli iscritti: alcune questioni aperte.*

7. SOMMARIO: 1. Fondi interni “preesistenti” ed effettività della tutela di cui all’art 2117 c.c. 2. - L’opinabile privilegio riservato dal legislatore del ’93 ai fondi interni degli enti creditizi e assicurativi. 3. - Lo IAS 19: un’occasione per il superamento dell’art 2117 c.c.? 4. - Il divieto di prestazioni complementari sostitutive e l’estensione del regime di perequazione automatica valevole per la pensione pubblica ed il superamento della funzione integrativa dei fondi “preesistenti” nella giurisprudenza di Cassazione. 5. - squilibrio finanziario, scioglimento del fondo e rideterminazione della disciplina delle prestazioni. 6. - La necessità di interventi legislativi a chiarimento.

#### **10. Fondi interni “preesistenti” ed effettività della tutela di cui all’art 2117 c.c.**

Rispetto ai fondi pensione “preesistenti”<sup>277</sup> vi sono alcune questioni aperte che pongono preoccupazioni circa la garanzia dei diritti e delle aspettative degli iscritti.

---

<sup>277</sup> Il fenomeno dei fondi pensione prima dell’introduzione della disciplina del D.lgs n. n. 124/1993, ha conosciuto uno sviluppo piuttosto modesto rispetto ad altri paesi europei e per lo più circoscritto ai settori del credito e delle assicurazioni tradizionalmente caratterizzati da una più consistente disponibilità finanziaria delle aziende. Ciò è dipeso innanzitutto dalla tendenza pervasiva ed onnivora del sistema pensionistico pubblico, rispetto ai bisogni sociali garantiti dall’ordinamento. A tale motivazione doveva poi aggiungersi la permanenza nell’ordinamento dell’istituto del TFR - che, costituendo un costo per l’impresa e nel contempo una sicura fonte di sostentamento economico per i lavoratori nel momento della perdita del posto di lavoro, parimenti, disincentivava lo sviluppo della previdenza privata, riducendo la possibile emersione di una sua necessari età - , nonché il generale sfavore dell’ordinamento verso le istituzioni privato - collettive di previdenza, motivato essenzialmente dalla pretesa di quest’ultima di sottrarsi - con finanziamenti autonomi e erogazioni sostitutive - alla logica assorbente della solidarietà generale. Sul punto cfr. **Grandi M.**, “Previdenza integrativa...”, op. ult. cit., pag. 220; **Grandi M.**, “Quiescenza (trattamento di) (diritto privato)”, Enciclopedia del diritto, XXXVIII, Giuffrè Editore, Milano, 1987 pagg. 147; **Ciocca G.**, “La libertà...”, op. ult. cit., pagg. 86 e segg.; **Pessi R.**, “La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale”, op. cit., pag. 54. Chiara espressione di tale clima di sfiducia doveva ravvisarsi nell’assenza nel nostro

Il riferimento è in particolare ai c.d. fondi “interni”, inclusi nel patrimonio che fa capo al datore di lavoro e privi di autonoma soggettività.

Rispetto a tali fondi sorge infatti il problema di come assicurare il rispetto del vincolo di destinazione previdenziale imposto dall’art. 2117 c.c.<sup>278</sup> contro l’eventuale aggressione dei creditori del datore di lavoro o del dipendente e le distrazioni ad altri fini del datore.

La questione è connessa con quella della natura giuridica dei fondi pensione “interni”<sup>279</sup>, sorta a causa dell’ estrema sinteticità della norma citata. Tale questione aveva diviso la dottrina. Vi è stato infatti chi qualificava il fenomeno come associazione non riconosciuta, chi vi identificava un’ipotesi di fondazione di fatto, chi vi individuava un patrimonio separato e chi infine, ammettendo la possibilità che i fondi “interni” non avessero una struttura data, non necessariamente li riconduceva alla garanzia di cui all’art. 2117 c.c.

La prevalente giurisprudenza<sup>280</sup> e una parte della dottrina<sup>281</sup> riconducevano la disposizione codicistica ad un modello associativo. Più specificatamente tale teoria qualificava i fondi pensione “preesistenti” come associazioni non riconosciute di mutua assicurazione, ritenendo che l’intero fenomeno trovasse il suo momento qualificante nell’esistenza di un gruppo di

---

sistema, a differenza di quelli degli altri paesi europei, di un regime di agevolazioni che sostenesse lo sviluppo dei fondi pensione.

<sup>278</sup> V. **Dondi G.**, “Sub art 2117...” , op. ult. cit., pag. 517.

<sup>279</sup> Sulle diverse teorie sorte attorno alla natura giuridica dei fondi pensione “preesistenti” e sulle differenti conseguenze collegate alle varie qualificazioni proposte cfr. **Volpe – Potzolu G. e Cavalieri E.**, “ Iscrizione in bilancio dei fondi di quiescenza del personale”, in *Giur. Comm.*, 1986, I, pag. 425 e segg. Sul punto cfr. anche **Grandi M.**, op. ult. cit., pag. 150; **Santoni F.**, “Fondi speciali di previdenza”, in *Enc. Giur. Trecc.*, XIV, Roma, 1989, pag. 4 -5 e **Ciocca G.**, op. ult. cit., pag. 87.

<sup>280</sup> Cfr. Cass., 12 ottobre 1962, n. 2933, in *Giust.Civ.*, 1963, I, pag. 563; Cass., 3 novembre 1981, n. 5791, in *Dir. Fall.*, 1982, II, pag. 356; Cass., 22 aprile 1982, n. 2492, in *Giust.Civ.*, 1982, I, pag. 2065; *Pret. Fasano*, 28 febbraio 1981, in *Giur. It.*, 1982, I, pag. 2, c. 194, con nota di *Basile M.*; *Trib. Roma*, 26 giugno 1981, in *Riv. Dir. Comm.*, 1982, II, pag. 265, con nota di *Chiomenti F.*; *App. Genova*, 12 giugno 1982, in *Vita Not.*, 1983, pag. 1112; *App. Torino*, 10 febbraio 1983, in *Foro It.*, 1983, I, pag. c. 1095; *Trib. Torino*, 31 marzo 1983, in *Dir. Fall.*, 1983, II, pag. 784.

<sup>281</sup> Cfr. **Romagnoli U.**, “Natura giuridica dei fondi ...”, op. ult. cit., pag. 858 e segg.; **Costi R.**, “ Fondazione e impresa”, In *Riv. Dir. Civ.*, 1968, I, pag. 41; **Galgano F.**, “ Delle associazioni non riconosciute”, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Libro I- delle persone e della famiglia, artt. 36 - 42, Bologna - Roma, 1976, pag. 36 e segg. e 161 e segg.*

soggetti, legati da un interesse collettivo aziendale a struttura comunitaria, organizzato a scopo mutualistico.

Critico al riguardo si era mostrato chi, pur ammettendo in linea di principio l'esistenza di fondi a carattere mutualistico, comunque sottolineava il carattere limitato di tale ipotesi<sup>282</sup> e di conseguenza l'impossibilità di estrarre da dalla stessa una ricostruzione generale dei fondi previdenziali privati che fosse idonea a realizzare il vincolo di destinazione contenuto all'art. 2117 c.c.<sup>283</sup>. Altri sottolineavano poi la difficoltà di giustificare attraverso questa la partecipazione ad una organizzazione mutualistica del datore di lavoro privo del diritto a beneficiare delle prestazioni erogate<sup>284</sup>.

Un'altra impostazione tendeva ad accostare la fattispecie di cui all'art. 2117 c.c. alle fondazioni di fatto<sup>285</sup>. La diversità degli istituti destava però anche in questo caso alcune perplessità. La fondazione si configura infatti come un patrimonio altrui volto a realizzare uno scopo che non appartiene interamente ai soggetti che in essa si organizzano; mentre i fondi speciali di previdenza – nella configurazione che implicitamente si desume dall'art. 2117 c.c. - rappresentano una diversa ipotesi di destinazione priva di personalità che si presenta come possibile alternativa alla costituzione di una fondazione<sup>286</sup>.

La maggior parte della dottrina propendeva invece verso l'inquadramento dei fondi speciali di cui all'art. 2117 c.c. in patrimoni separati<sup>287</sup> e individuava

---

<sup>282</sup> **Santoni F.**, op. ult. cit., pag. 4.

<sup>283</sup> Cfr. **De Valles A.**, “ Natura giuridica dei fondi per la previdenza e l'assistenza di cui all'art. 2117 c.c.” in *Dir. Econ.*, 1961, pag. 1184 e segg.

<sup>284</sup> La critica è di **Santoni F.**, op. ult. cit., pag. 4.

<sup>285</sup> **Galgano F.**, “ Delle associazioni non riconosciute”, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Libro I- delle persone e della famiglia*, artt. 36 - 42, Bologna - Roma, 1976, pag. 36 e segg. e 161 e segg. *Contra Volpe – Potzolu G. e Cavalieri E.*, op. ult. cit., pag. 432, nota n. 20, che esclude la qualificabilità del fondo come fondazione non riconosciuta, dal momento che tale inquadramento presuppone il trasferimento della proprietà dei beni che si intendono destinare allo scopo perseguito dalla stessa a terzi. Sul punto cfr. anche **Galgano F.**, “ Delle persone giuridiche”, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Libro I- delle persone e della famiglia*, artt. 11-35, Bologna - Roma, 1969, pag. 299, nota 25.

<sup>286</sup> Critico anche rispetto a tale ricostruzione **Santoni F.**, op. ult. cit., pag. 4.

<sup>287</sup> Il 2° comma dell'art. 4 del D.lgs n. n. 124/1993 prevede che “i fondi pensione possono essere costituiti altresì nell'ambito del patrimonio di una singola società o di un singolo ente pubblico anche economico attraverso la formazione con apposita deliberazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo,

nelle previsioni del 2° comma dell'art. 4 del D.lgs n. n. 124/1993<sup>288</sup> una, seppur indiretta, conferma di tale teoria. La norma ricordata infatti - che prevede la costituzione nella forma di patrimonio separato come alternativa alla costituzione come compagine disciplinata all'art. 12 o all'art. 36 c.c. - secondo l'impostazione prevalente chiariva definitivamente - superando le incertezze interpretative che si erano poste in passato - , che ogni fondo interno andava ricondotto alla norma citata<sup>289</sup>.

I concetti di separatezza e autonomia presuppongono la distinzione di una massa di valori patrimoniali entro un più ampio insieme di valori, ai fini della sua destinazione ad una particolare finalità, e insieme un regime di autonomia in misura variabile a seconda della normativa di volta in volta applicabile<sup>290</sup>.

---

nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente, con gli effetti di cui all'art. 2117 del codice civile”.

<sup>288</sup> Cfr. **Volpe – Potzolu G. e Cavalieri E.**, op. ult. cit., pag. 425 e segg.; **Volpe-Putzolu G.**, op. ult. cit., pag. 327, in partic. nota 15; **Grandi M.**, op. ult. cit., pag. 151; **Grandi M.**, “Previdenza integrativa op. cit., pag. 220 e in Dir. Lav., 1990, I, pag. 104; **Ghera E.**, “ Forme speciali e integrative di previdenza sociale”, in Dir. Lav., 1988, 2 pag. 115 e segg.; **Zangari G.**, Fondi speciali per la previdenza e l'assistenza” (sub art. 2117 c.c.), in **Zangari G.**, “Del lavoro. Commentario al codice civile”, Utet, Torino, 1993, pag. 732.

In giurisprudenza cfr. Cass., 17 novembre 1975, n. 3859, in Giust. Civ., 1976, I, pag. 231; Cass., 3 luglio 1971, n. 2079, in Giust. Civ., 1972, I, pag. 397.

Di diverso avviso altra dottrina (**Persiani M.**, “ Fondi interni e libertà di iniziativa economica privata”, op. cit., pag. 128-129) , secondo la quale non necessariamente i fondi pensione preesistenti dovevano configurarsi come patrimoni separati e autonomi ex art. 2117 c.c., potendo gli stessi validamente assumere la forma di gestioni puramente contabili, configurabili come un “fascio di obbligazioni” cui corrispondono le aspettative e i diritti di lavoratori e pensionati iscritti al fondo, alle quali deve far fronte il datore di lavoro con tutto il suo patrimonio ex art. 2740 c.c. Anche per tale ricostruzione si è ricercato conforto nella disciplina del D.lgs n. n. 124/1993 (che però l'altra dottrina prima ricordata mostrava di interpretare diversamente. In particolare si richiamavano gli artt. art. 4, comma 2 e 18 del D.lgs n. n. 124/1993 che prevedendo rispettivamente la necessità di un'apposita deliberazione per la costituzione di nuovi fondi e il loro necessario adeguamento alle previsioni dell'art. 2117 c.c. secondo la stessa mostravano di prendere atto dell'esistenza di regimi previdenziali formati senza un patrimonio di destinazione ex art. 2117 c.c.

<sup>289</sup> Così **Volpe-Putzolu G.**, “ I fondi pensione aperti, in Banca Borsa e titoli di credito, 1996, pag. 325 – 326.

<sup>290</sup> Sulla nozione di patrimonio separato ed autonomo cfr. **Bessone M.**, “Fondi pensione e documenti di bilancio. Il Diritto contabile della nuova previdenza complementare”, in Giur. Merito, 2002, 3, pag. 869.

Nelle ipotesi in cui il fondo non si configurasse come entità distinta sotto il profilo della soggettività giuridica ma come semplice posta debitoria con rilevanza soltanto contabile accantonata in bilancio, sarebbe realizzata una confusione tra patrimonio del fondo pensione e patrimonio aziendale <sup>291</sup> conseguendo una stretta dipendenza fra le vicende di quest'ultimo e l'adempimento delle obbligazioni assunte dal fondo <sup>292</sup>.

Per ovviare a ciò si suggerivano soluzioni attraverso il richiamo alle regole offerte dal sistema in ipotesi analoghe<sup>293</sup> e - nel caso di fondi a carattere mutualistico - , al sistema dei controlli previsti dalle leggi speciali sull'esercizio delle assicurazioni<sup>294</sup>.

Ma si è rimarcato soprattutto che il rispetto del vincolo di destinazione di cui all'art. 2117 c.c. può essere realizzato con un' autonoma rappresentazione delle operazioni gestorie del fondo e una configurazione dei rapporti tra la gestione separata e la restante gestione del patrimonio aziendale come rapporti intergestori <sup>295</sup>. A tal fine si è sottolineata la non necessità di una separazione organizzativa - intesa come distinta predisposizione di organi che abbiano come compito specifico quello della realizzazione delle operazioni relative alla gestione separata <sup>296</sup> -, ma l'essenzialità di una distinta redazione di conto economico e patrimoniale del fondo, nonché di un'ulteriore rappresentazione dei rapporti interpatrimoniali attraverso conti d'ordine <sup>297</sup>.

---

<sup>291</sup> In materia di fondi pensione preesistenti costituiti come mera forma di evidenziazione contabile in particolare cfr. **Volpe – Potzolu G. e Cavalieri E.**, op. ult. cit., pag. 425 e **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 357.

<sup>292</sup> Cfr. **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 356 – 357.

<sup>293</sup> L'ordinamento prende in considerazione, con riguardo a persone giuridiche, il vincolo di destinazione creato da un unico individuo ( art. 32 c.c.) e, con riguardo a persone fisiche, l'ipotesi di uno o più soggetti che siano stati fiduciariamente investiti della proprietà di beni con destinazione particolare ( art. 40 – 42 c.c.). In assenza di riconoscimento, questi beni possono formare oggetto di proprietà fiduciaria dei gestori, il cui contenuto si esaurisce nelle facoltà inerenti alla devoluzione dei fondi secondo lo scopo, con esclusione della possibilità di destinarli ad uno scopo diverso. In tal senso cfr. **Galgano F.**, “ Delle associazioni non riconosciute”, op. cit., pag. 294 e segg.

<sup>294</sup> Così **Santoni F.**, op. ult. cit., pag. 5.

<sup>295</sup> Cfr. **Oppo G.**, “ Sull'<autonomia> delle sezioni di credito speciale, in Banca e Borsa, 1979, I, pag. 20, 29.

<sup>296</sup> **Oppo G.**, op. ult. cit., pag. 21.

<sup>297</sup> In particolare, nel conto patrimoniale separato devono figurare, all'attivo tutte le attività proprie del fondo, compresi i crediti verso l'impresa costituente, per le

Inoltre si è posto l'accento sulla necessità non solo della destinazione preferenziale dell'attivo alla soddisfazione delle passività comprese nel patrimonio del fondo (diritti dei lavoratori, crediti sorti in occasione della gestione dello stesso ecc.), ma anche della destinazione esclusiva del patrimonio separato alle finalità previdenziali per le quali esso è stato istituito.

Per tali ragioni nell'ipotesi di liquidazione dell'azienda con successiva liquidazione del fondo, si è detto che il residuo della liquidazione di questo – pagati i debiti inerenti alla sua gestione – non può tornare nella piena disponibilità dell'imprenditore, andando diviso *pro quota* tra i lavoratori (salva devoluzione, secondo le previsioni del regolamento, ad altri fini di carattere previdenziale). Allo stesso modo deve escludersi che gli utili ricavati dalla gestione degli immobili o degli altri beni nei quali il fondo è stato investito, non siano accreditati a questo ma vengano utilizzati gratuitamente dall'imprenditore

298

---

somme rimaste disponibili presso la medesima, non investite in beni specifici del fondo e al passivo le riserve tecniche e gli altri eventuali debiti contratti nella gestione del fondo. Le eventuali insufficienze del patrimonio del fondo vanno considerate come vere e proprie componenti negative del reddito d'impresa; dal momento che il datore di lavoro risponde dei debiti del fondo con tutto il suo patrimonio. Di conseguenza, nel conto patrimoniale del bilancio dell'impresa vanno messe in evidenza, all'attivo, le componenti attive del patrimonio separato (investimenti specifici in immobili, valori mobiliari ecc.); al passivo invece, la riserva matematica.

Nel conto economico devono essere ricomprese, tra le componenti negative: le prestazioni a favore degli assistiti, nonché tutti i costi sostenuti nel periodo per la gestione del patrimonio separato; tra i componenti positivi: gli interessi, i canoni e gli altri eventuali proventi derivanti dalla gestione o dall'alienazione dei beni del fondo, i contributi corrisposti dai lavoratori ad incremento del fondo, se previsti dal regolamento, il contributo ordinario a carico dell'impresa; infine, l'eventuale contributo integrativo, sempre a carico dell'impresa, previsto per l'ipotesi in cui la consistenza del fondo non dovesse raggiungere l'ammontare definito congruo dalle valutazioni dell'attuario.

I rapporti intergestori – configurabili ad esempio nelle liquidità del fondo rimaste disponibili presso l'impresa costituente come crediti del fondo verso questa, nonché i debiti e i crediti sorti per la gestione o l'acquisizione o l'alienazione del patrimonio del fondo – infine, devono essere rappresentati da conti d'ordine. Qualora il valore dell'attivo del fondo superi l'ammontare della riserva matematica e degli altri eventuali debiti, va indicata la relativa riserva del fondo all'interno del capitale netto dell'impresa. Sull'argomento cfr. **Volpe – Potzolu G. e Cavalieri E.**, op. ult. cit., pag. 434 – 435 e segg.; più di recente **Volpe-Putzolu G.**, op. ult. cit., pag. 327.

298

Cfr. **Volpe – Potzolu G. e Cavalieri E.**, op. ult. cit., pag. 432 e segg.

## 2. L'opinabile privilegio riservato dal legislatore del '93 ai fondi “interni” degli enti creditizi e assicurativi.

Come già ricordato al § precedente, la necessità del rispetto del vincolo di destinazione patrimoniale ai fini della effettiva soddisfazione dei diritti e delle aspettative di pensionati e lavoratori aderenti al fondo pare essere stata tenuta in conto dallo stesso legislatore che, all'art. 4, comma 2 del D.lgs n. n. 124/1993 ha previsto per i fondi pensione costituiti nell'ambito del patrimonio di una singola società o di un singolo ente pubblico, la necessità di “un' apposita deliberazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente, con gli effetti di cui all'art. 2117 del codice civile”<sup>299</sup>. Tuttavia, la permanenza nel sistema di assetti preesistenti all'intervento riformatore del '93 non pienamente conformi ai principi di autonomia e separatezza contabile e patrimoniale è stata dallo stesso parzialmente salvaguardata, attraverso la scelta di riservare un differente trattamento, alla realtà dei fondi “interni” degli enti creditizi e assicurativi.

L' art 18, comma 3 del D.lgs n. n. 124/1993 esonera infatti tali fondi dagli obblighi di cui all'art. 6 dello stesso decreto, che impone l'adozione entro un quadriennio di strutture gestionali amministrative e contabili separate e per i soggetti titolari e l'autorizzazione ministeriale di cui all'art. 4, comma 3, nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 4, comma 5. La stessa norma sottrae inoltre tali forme pensionistiche dagli ulteriori obblighi di adeguamento alla nuova normativa previsti dai successivi artt. 16 e 17, riguardanti la sottoposizione ai necessari controlli in materia di risparmio da parte della COVIP.

La deroga espressamente riconosciuta a favore di dette realtà, secondo alcuni si giustifica sulla base della valutazione per cui il tipo di controllo cui sono sottoposte le imprese bancarie e assicurative, sarebbe di per sé sufficiente ad assicurare l'adempimento da parte di queste delle obbligazioni assunte nei confronti degli aderenti ai fondi pensione costituiti in seno alle stesse<sup>300</sup>. Per altri invece tale eccezione si configura unicamente come un ingiustificato

---

<sup>299</sup> Così **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 357 – 358, nota n. 128.

<sup>300</sup> Così **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 157 -158.

privilegio; peraltro di dubbia legittimità costituzionale<sup>301</sup>. Esso si pone infatti in contrasto con l'art. 76 Cost., data l'assenza nelle previsioni della legge delega della possibilità di accordare una parziale salvaguardia a sistemi non del tutto in linea con i principi di cui all'art. 3, lett. *v*) , L. n. 421/1992; rivela inoltre, in difformità alle previsioni dell'art. 3 Cost., l'intento del legislatore di accordare una tutela rafforzata ad alcune specifiche realtà: quelle relative alle forme pensionistiche complementari costituite nell'ambito di imprese assicurative e bancarie appunto; già particolarmente avvantaggiate dalla disciplina complessiva della previdenza complementare, introdotta con il D.lgs n. n. 124/1993<sup>302</sup>.

### 3. Lo IAS 19: un'occasione per il superamento dell'art 2117 c.c.?

La questione della necessità del riconoscimento delle garanzie di cui all'art 2117 c.c. si ripropone in rapporto alla c.d. normativa IAS 19. Si è notata infatti la poco rassicurante tendenza di alcuni fondi "preesistenti"<sup>303</sup> a interpretare tale disciplina come un'occasione per una riduzione di passivo , attraverso l'assegnazione a proprio patrimonio delle eccedenze dei fondi stessi.

Detta normativa è stata introdotta nel nostro paese dal D.lgs n. 28 febbraio 2005, n. 38, attuativo della delega contenuta nell'art 25, L. 31 ottobre 2003, n. 306 (a sua volta emanata in esecuzione del regolamento CE 19 luglio 2002, n. 1606). Essa impone una modifica dei criteri di redazione del bilancio di esercizio per le banche e le società quotate. In particolare, tra i vari criteri contabili introdotti con il recepimento della normativa europea, il principio IAS 19 si riferisce alla rappresentazione contabile dei benefici ai dipendenti, tra i quali, alla categoria dei "benefici successivi al rapporto di lavoro" - a sua volta suddivisa in "piani a contribuzione definita" e "piani a benefici definiti" - possono essere ricondotte le forme pensionistiche complementari costituite

---

<sup>301</sup> Cfr. **Dondi G.**, "Sub art 2117 c.c.", op. cit., pag. 376. Secondo **Cinelli M.**, "Disciplina delle forme pensionistiche complementari", op. cit., pag. 169 – 170, la questione dell'illegittimità per eccesso di delega sarebbe sollevabile, più generalmente, in relazione all'intera disciplina transitoria, riferendosi l'art. 3, lett. *v*) , L. n. 421/1992 alle forme pensionistiche complementari costituite e non a quelle costituende.

<sup>302</sup> Cfr. **Ciocca G.**, "La libertà...op. ult. cit., pag. 149 - 150.

<sup>303</sup> Cfr. ad es. quelli che fanno capo a Unicredito a seguito dell'incorporazione di vari altri istituti di credito ( come: Cariverona, Rolo Banca, ecc.).

all'interno del patrimonio dell'azienda. Dell'obbligo assunto con la costituzione di dette forme pensionistiche, la regola contabile in questione, in sede di redazione del bilancio, impone di dare conto; ciò però attraverso una sua diversa rappresentazione e valorizzazione dello stesso rispetto a quanto richiesto dalla normativa codicistica.

Essa infatti si limita ad esigere la sola evidenziazione della stima attuariale del capitale di copertura necessario a far fronte alle prestazioni pensionistiche promesse, prevedendo dunque l'iscrizione di un valore di diversa entità rispetto a quello che sarebbe previsto dal codice civile ( art. 2117 c.c.) con conseguente rischio di abusi o errori ( ad es. per stime attuariali carenti, basate su indici di mortalità inattendibili. Si può ricordare il caso della vita media dei bancari risultata a fine secolo più lunga di quella degli altri lavoratori, sulla quale le stime attuariali erano avvertite anche per i fondi bancari ) che possano mettere in pericolo l'integrità del privilegio riconosciuto agli aderenti al fondo.

La differente modalità di rappresentazione del fondo prevista dalla normativa IAS si giustifica sulla base di una diversa concezione della funzione del bilancio di esercizio, che viene concepito come uno strumento volto a soddisfare l'interesse degli investitori a conoscere le prospettive di variazione dei futuri flussi di cassa dell'impresa. In tale ottica infatti i principi contabili comunitari perseguono gli obiettivi della comparabilità dei bilanci, della libertà di concorrenza e del corretto funzionamento del mercato dei capitali .

Diversamente, l'art. 2117 c.c. postula una concezione del bilancio come un mezzo teso alla realizzazione dell'interesse dei creditori sociali ( in particolare dei pensionati, rendendo nota agli altri la quota di patrimonio da loro non aggredibile) e, con la previsione della garanzia del vincolo di destinazione previdenziale, mira a tutelare l'aspettativa di soddisfazione degli iscritti al fondo.

Il rispetto dell'obbligo del vincolo di destinazione richiede infatti non solo l'obbligo per l'azienda di accreditare al fondo gli utili ricavati dalla gestione degli immobili e degli altri beni oggetto di investimento del patrimonio di questo, ma anche il divieto per la stessa di disporre dei beni del fondo ( sia che si tratti di immobili, che di denaro liquido o altre utilità economiche), utilizzandoli gratuitamente per autofinanziarsi come se fossero parte del suo

patrimonio <sup>304</sup>. Inoltre, sulla base dello stesso principio di indistricabilità dal fine istituzionale di cui all'art 2117 c.c., anche nell'ipotesi in cui la gestione separata del fondo producesse utili, questi non potrebbero concorrere a formare l'utile dell'impresa, dovendo piuttosto essere accantonati in aumento al fondo. Alla stessa conclusione deve peraltro pervenirsi anche nel caso in cui, dopo tale destinazione, il fondo risulti esuberante rispetto alle necessità per le quali era stato formato; si tratta in ogni caso infatti di utili della gestione di un patrimonio separato, destinato a realizzare finalità di carattere previdenziale, non lucrativo.

La possibilità derivante dall'applicazione della normativa comunitaria, che l'impresa possa iscrivere nel passivo dello stato patrimoniale un importo inferiore rispetto a quello coincidente con il valore nominale dell'impegno assunto, solleva la questione dell'insorgere di un possibile conflitto tra la normativa IAS e la disciplina di cui all'art. 2117 c.c., che impone una chiara rappresentazione in sede di bilancio del vincolo esistente sul valore nominale del fondo a garanzia dell'indisponibilità di questo, in una logica di separazione tra il patrimonio costitutivo del fondo e quello dell'azienda che l'ha costituito, volta a garantire la conservazione dell'integrità funzionale e patrimoniale del fondo stesso <sup>305</sup>.

Diversamente infatti, con l'applicazione dei principi contabili comunitari la reale entità di tale vincolo non sarebbe correttamente rappresentata, venendosi conseguentemente a determinare una fuorviante rappresentazione in

---

<sup>304</sup> **Volpe – Potzolu G. e Cavalieri E.**, op. ult. cit., pag. 433, che al riguardo precisa come tale concezione di separatezza patrimoniale è stata sostenuta con riguardo alle Sezioni di credito speciale, considerate semplici gestioni separate della gestione del restante patrimonio dell'azienda di credito. Sul punto cfr. anche **Oppo G.**, op. ult. cit., pag. 20, 29.

<sup>305</sup> Cfr. Cass., 12 marzo 2002, n. 3630, in Giust. civ. Mass., 2002, pag. 453, che nell'identificare la finalità perseguita dalla disciplina imposta dal legislatore per i fondi speciali, nell'esigenza di assicurare la non sottraibilità dei beni conferiti dallo scopo cui sono destinati e la non aggredibilità degli stessi da parte dei creditori di lavoratore e datore di lavoro, in particolare specifica come “con riferimento ai fondi speciali di previdenza costituiti ai sensi dell'art. 2117 c.c., il vincolo di destinazione previsto da tale norma spiega effetti anche nei confronti del datore di lavoro, al quale - senza necessità di una specifica previsione negoziale - è fatto divieto di distrarre i fondi dalla finalità alla quale sono destinati; né assume rilievo che il perseguimento di tale finalità sia comunque garantita dalla responsabilità patrimoniale dello stesso datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2740 c.c., considerato che la garanzia generale potrebbe essere frustrata in caso di insolvenza del medesimo datore”.

bilancio dell'effettiva realtà giuridica ed economica della situazione del patrimonio dell'impresa. In tal modo, sarebbe possibile per l'impresa la distrazione dei beni eccedenti la riserva per garantire l'equilibrio del fondo che, in applicazione dell'art 2117 c.c. sarebbero invece vincolati all'adempimento delle obbligazioni assunte dal fondo nei confronti dei suoi beneficiari (con il rischio che terzi creditori del datore di lavoro aggrediscano quei beni o che gli stessi siano comunque consumati , cosicché non si potrebbe rimediare all'eventuale in capienza del fondo, nel caso in cui la stima della riserva attuariale risultasse in futuro errata). Sarebbero altresì ipotizzabili, nel caso improprie compensazioni tra passività ed attività dei vari fondi, volte ad ovviare a possibili squilibri di un fondo, attraverso il ricorso al patrimonio eccedente di un altro .

L'assenza di veridicità e correttezza che discenderebbe in tal senso con l'applicazione dei principi IAS, peraltro pare contrastare anche con le direttive espresse della COVIP in materia di contabilità dei fondi pensione, che richiamano l'esigenza di una ordinata e separata registrazione delle operazioni di "accumulo" e di "erogazione" , nonché una distinta documentazione delle operazioni di gestione finanziaria del fondo, in adempimento di principi di separatezza contabile e nell'ottica di privilegiare "la rappresentazione della sostanza sulla forma"<sup>306</sup> .

Alla luce di tali considerazioni si pone allora il problema dell'eventuale rilievo ( o del superamento) dell' art. 2117 c.c. nella redazione di un bilancio conforme ai principi IAS.

---

<sup>306</sup> Cfr. Deliberazione COVIP, 10 giugno 1998, che ha provveduto ad attuare quanto previsto dal legislatore all'art. 17, comma 2, lett. g), del D.lgs n. n. 124/1993, che individua tra i compiti della Commissione l' indicazione di criteri omogenei per la determinazione del valore del patrimonio dei fondi e della loro redditività; l'individuazione di disposizioni per la tenuta delle scritture contabili, che prevedano: il modello di libro giornale, nel quale annotare cronologicamente le operazioni di incasso dei contributi e di pagamento delle prestazioni, nonché ogni altra operazione, gli eventuali altri libri contabili, il prospetto della composizione e del valore del patrimonio del fondo pensione, attraverso la contabilizzazione secondo i criteri previsti dalla legge 23 marzo 1983, n. 77, evidenziando le posizioni individuali degli iscritti e il rendiconto annuale del fondo pensione.

Data la prevalenza della disciplina comunitaria su quella nazionale <sup>307</sup>, deve escludersi la possibilità per la normativa interna in materia di redazione del bilancio di derogare alla normativa comunitaria IAS in caso di contrasto; dovendosi quest'ultima al contrario applicare in modo completo e non selettivo <sup>308</sup>. Peraltro, la previsione di cui all'art. 5 del D.lgs n. n. 38/2005 - secondo cui “ se, in casi eccezionali l'applicazione di una disposizione prevista dai principi contabili internazionali è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta (...) la disposizione non è applicata” – pare possa essere utilizzata per derogare alla normativa IAS esclusivamente “in casi eccezionali” e non anche in un'ipotesi generale come quella della costituzione all'interno del patrimonio di un'impresa di un fondo pensione destinato alla realizzazione di finalità previdenziali<sup>309</sup>. Tuttavia il problema interpretativo è aperto: infatti la divergenza fra IAS 19 e art. 2117 c.c. si pone solo se il fondo mostra eccedenze rispetto ai capitoli di copertura necessaria a far fronte agli obblighi di prestazioni.

Peraltro, la normativa IAS, pur costituendo la disciplina di riferimento in materia di redazione del bilancio, non determina di per sé il superamento della normativa nazionale volta a disciplinare profili non regolati dallo IAS, la quale, pertanto, continua ad applicarsi. In tal senso si è infatti pronunciata la Commissione europea in un documento del 2003<sup>310</sup>, che in particolare ha

---

<sup>307</sup> Cfr. Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.* 1984, I, pag. 1098. che ha statuito: “il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno è ordinato sul principio secondo il quale il regolamento CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno” e Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Rass. Adv. Stato* 1989, I, pag. 27, che sul punto precisa: “l'eventuale conflitto tra una norma di diritto comunitario direttamente applicabile e l'ordinamento interno non dà luogo ad ipotesi di abrogazione o di deroga della norma incompatibile, nè a forme di caducazione o di annullamento della stessa per invalidità, ma produce un obbligo di disapplicazione di quest'ultima al quale sono giuridicamente tenuti tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi, tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi”. V. ora anche l'art. 117 Cost. come interpretato dalla Corte Costituzionale n. 348 del 2007.

<sup>308</sup> Così **Caratozzolo M.**, voce “Principi contabili internazionali”, in *Enc. Del Dir.*, Annali I, Milano 2008, pag. 940 e segg.

<sup>309</sup> Cfr. **Scognamiglio G.**, “ La ricezione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS ed il sistema delle fonti del diritto contabile in AA.VV., “ IAS/IFRS: la modernizzazione del diritto contabile in Italia ”, Milano, 2008, pag. 65.

<sup>310</sup> Cfr. “ Osservazioni riguardanti taluni articoli del regolamento CE n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 luglio 2002, relativo

previsto la possibilità di continuare ad applicare l'informativa addizionale richiesta dalla normativa nazionale, nel caso in cui questa sia significativa ai fini della redazione del bilancio e sia fuori dal campo di applicazione degli IAS omologati. Proprio sulla base di tali previsioni, la CONSOB, con Comunicazione 6064293, del 28 luglio 2006, ha chiesto un'informazione aggiuntiva nelle note di bilancio in relazione ad aspetti non specificatamente disciplinati dagli IAS.

Anche la prevalente dottrina è peraltro orientata a ritenere ancora applicabile la normativa interna che richieda un'informazione aggiuntiva, giustificata sulla base di esigenze di carattere nazionale di natura diversa, comunque identificabili nella necessità di regolare aspetti particolari ( come gli aspetti procedurali dello stesso dalla redazione del bilancio o il regime delle riserve)<sup>311</sup>.

Sulla base di tali considerazioni pare possibile ritenere che, in sede di nota integrativa<sup>312</sup> si dia adeguata rappresentazione del vincolo di destinazione esistente sul valore nominale del fondo, a garanzia dell'interesse tutelato dall'art. 2117 c.c. Ciò peraltro sembra conforme alle previsioni dell'art. 8 del D.lgs n., il quale prevede che nel caso di patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex* art. 2447 – *bis*, degli stessi sia data specifica informazione in sede di bilancio. La necessità di un'informazione aggiuntiva completerebbe inoltre quella prevista dalla Banca d'Italia, in attuazione dell'art. 9 dello stesso D.lgs n. n. 38<sup>313</sup>.

---

all'applicazione dei principi contabili internazionali, della quarta direttiva del Consiglio del 25 luglio 1978 relativa ai conti annuali di taluni tipi di società e della settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 relativa ai conti consolidati" Bruxelles, novembre 2003.

<sup>311</sup> Cfr. **Caratozzolo M.**, op. ult. cit., pag. 942 e segg.; **Strampelli G.**, " L'introduzione dei principi IAS-IFRS e gli effetti sulla disciplina giuridica del bilancio di esercizio", in Comm. **Marchetti P.- Bianchi L.A.- Ghezzi F.- Notari M.**, *Obbligazioni Bilancio*, Milano, 2005, pag. 373 e segg.

<sup>312</sup> Nella deliberazione del 17 giugno 1998, la COVIP, ha precisato che la nota integrativa " fornisce informazioni ulteriori" di carattere quantitativo e qualitativo "sulle poste contenute negli schemi" anche mediante l'utilizzo di apposite tabelle". Sul punto e generalmente in materia di diritto contabile dei fondi pensione cfr. **Bessone M.**, op. ult. cit., pag.864 e segg.

<sup>313</sup> Il riferimento è al provvedimento 22 dicembre 2005, con il quale la Banca d'Italia ha previsto che al bilancio della banca sia allegato il rendiconto dei fondi interni.

Più difficile sembra invece prospettare la possibilità di garantire l'attuazione delle garanzie di cui all'art. 2117 c.c. in sede di redazione di un bilancio IAS, facendo risultare il vincolo di disposizione imposto dalla norma codicistica dagli schemi di bilancio, dal momento che la misura del valore del fondo che dovrebbe essere iscritta nel passivo dello stato patrimoniale non può essere diversa da quella stabilita dalla normativa comunitaria. Tuttavia, al fine di evitare la possibile sottrazione di importi che ai sensi dell'art. 2117 c.c. dovrebbero essere ascritti a patrimonio indisponibile del fondo, potrebbe ipotizzarsi l'evidenziazione di un vincolo di destinazione su una parte delle riserve disponibili - indipendentemente dalla misura degli utili attuariali iscritti al patrimonio netto - , pari alla differenza tra la misura del valore del fondo risultante dal bilancio redatto in conformità dei principi IAS e la sua effettiva entità ex artt. 2117 c.c. Del vincolo di destinazione così realizzato, andrebbe poi data notizia nelle note al bilancio.

In tal modo, dalla somma tra la misura del fondo IAS 19 e la riserva vincolata, risulterebbe l'ammontare del fondo speciale. Tale previsione - che peraltro pare coerente con le previsioni dell'art.2427, comma 7 – *bis*, che regola l'informativa sul regime delle riserve - permetterebbe di garantire la soddisfazione degli interessi dei beneficiari del fondo, sottesi al rispetto della normativa civilistica, determinando una rappresentazione veritiera verso i terzi dell'esposizione dell'impresa nei confronti dei pensionati, senza tuttavia porsi in contrasto con le regole contabili IAS.

#### **4. Il divieto di prestazioni complementari sostitutive e l'estensione del regime di perequazione automatica valevole per la pensione pubblica ed il superamento della funzione integrativa dei fondi “preesistenti” nella giurisprudenza di Cassazione.**

Perplessità in relazione all'esigenza di preservare i diritti e le aspettative degli iscritti emergono dall'analisi di alcuni interventi legislativi<sup>314</sup> e

---

<sup>314</sup> Cfr. art 18, comma *quinquies*, D. lgs n. 124/1993 sulla subordinazione del diritto di accesso delle prestazioni pensionistiche erogate dai fondi c.d. “preesistenti” alla maturazione del diritto a pensione nel sistema previdenziale pubblico; art 59, comma 4,ultima parte, L. n. 449/1997 sul divieto di cumulo tra pensione e retribuzione; art 59, commi 4 prima parte ,L. n. 449/1997, sull'estensione alle forme di

giurisprudenziali <sup>315</sup>, connessi alla struttura e alle modalità di funzionamento dei fondi pensione “preesistenti”. Tali interventi manifestano infatti la preoccupazione del legislatore di preservare la stabilità di tali gestioni pensionistiche dagli effetti derivanti dai mutamenti demografici, dalle restrizioni dei trattamenti previdenziali assicurati dal sistema previdenziale e dal progressivo inasprimento dei requisiti di accesso agli stessi, che rischiavano di causare per tali fondi una oggettiva situazione di squilibrio; ciò a discapito delle libere determinazioni dell'autonomia contrattuale e statutaria di dette gestioni e, conseguentemente, degli interessi degli aderenti da esse tutelati <sup>316</sup>.

Tra gli altri, si riconduce sicuramente a tale ipotesi l'art. 18, comma 8, *quinquies*, D.lgs n. n. 124/1993<sup>317</sup> che ha disposto che per gli iscritti ai fondi pensione già istituiti al 15 novembre 1992 ( data di entrata in vigore della legge delega n. 421/1992 ) che garantiscano prestazioni definite ad integrazione del trattamento previdenziale obbligatorio, il diritto alla prestazione complementare, sia per anzianità che per vecchiaia, sia subordinato all'erogazione del trattamento obbligatorio

Le limitazioni introdotte dalla disposizione citata, se possono comprendersi in relazione a forme di previdenza complementare di nuova costituzione, rispetto ad accordi istitutivi di fondi “preesistenti” sollevano rilevanti dubbi.

Infatti, nel caso di gestioni non ancora istituite al momento dell'entrata in vigore della legge, legittima può dirsi, in linea di massima, la scelta del legislatore di imporre un limite alla futura contrattazione collettiva, nell'ottica di rafforzare la funzione previdenziale dei trattamenti erogati, consentendone il

---

previdenza complementare “preesistenti” del regime di perequazione automatica vigente per il regime generale obbligatorio, con conseguente soppressione dei più vantaggiosi meccanismi di perequazione riferiti alla dinamica retributiva dei dipendenti in servizio, previsti dagli accordi costitutivi di quei fondi.

<sup>315</sup> Cfr. Cass. 22 novembre 2006, n. 24777, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, 6, pag. 504 e segg. e Cass. 16 luglio 2007, n. 15769, in *Giur. Civ. Mass.*, 2007, pag. 7-8, sull'estensione anche ai fondi integrativi del meccanismo di perequazione automatica operante nel sistema pubblico e sulla connessa affermazione circa il superamento della dinamica integrativa dei fondi stessi, spesso giustificata attraverso il ricorso a quella stessa idea – prima criticata e, forse, ora non più sostenibile – di previdenza complementare, riscontrabile nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

<sup>316</sup> Cfr. G. **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 284.

<sup>317</sup> Introdotto dall'art. 15, L. n. 335/1995.

godimento soltanto al raggiungimento o all'approssimarsi dell'età rispetto alla quale, nel sistema pubblico, si presume il venir meno dell'idoneità al lavoro <sup>318</sup>.

Non così, per quel che riguarda invece la modificazione di accordi sindacali già conclusi. In queste ipotesi infatti, viene a determinarsi uno sconvolgimento dell'assetto di interessi da quegli accordi realizzato, tale da determinare la modificazione degli equilibri inerenti a programmi di vita personali e familiari degli iscritti al fondo, sui quali questi ultimi debbono poter confidare con certezza <sup>319</sup>.

Le previsioni dell'art.18, comma 8, *quinquies*, D.lgs n. n. 124/1993 hanno determinato un cospicuo contenzioso. Rispetto ad esse sono stati sollevati sospetti di legittimità costituzionale di notevole consistenza, in relazione alla libertà di iniziativa economica ( art. 41 Cost.), di organizzazione sindacale ( art. 39 Cost.) e di previdenza privata ( art. 38, comma 5, Cost.) <sup>320</sup>, non superabili nemmeno in riferimento all'esigenza di preservare un'equilibrata gestione di quelle forme pensionistiche *ex art. 47 Cost.* Tale ragione da sola non vale infatti a giustificare le restrizioni introdotte, dal momento che l'imposizione di queste ultime non sembra essere stata subordinata dal legislatore al necessario

---

<sup>318</sup> Il riferimento è al caso della subordinazione del diritto alla percezione del diritto alla pensione di vecchiaia al compimento dell'età pensionabile stabilita nel regime obbligatorio di appartenenza previsto dall'art. 7, comma 2, D.lgs n. n. 124/1993 e a quello della riconduzione del diritto alla pensione di anzianità al compimento di un'età non più di dieci anni inferiore a quella prevista per il pensionamento di vecchiaia nel sistema pubblico, introdotto con il comma 3 della stessa disposizione.

<sup>319</sup> **Vallebona A.**, Limiti legali all'autonomia..." op. ult. cit., pag. 343 -349; **Boer P.**, "Perequazione automatica delle pensioni. Commento all'art. 11, D.lgs n. n. 503 del 1992", in Cinelli M. - Persiani M., "Commentario della riforma previdenziale", Milano, 1995, pag. 292, in partic. nota 4; **Nicolini C. A.**, "La Perequazione automatica delle pensioni prima e dopo la manovra finanziaria per il 1998", in Mass. Giur. Lav., 1998, II, pag. 790; **Zampini G.**, op. ult. cit., 294; Corte Cost. 17 dicembre 1985, n. 349, in Riv. Giur. Lav., 1986, III, 128. Sul punto cfr. anche **Persiani M.**, "Previdenza pubblica e previdenza privata", op. cit., pag. 217 - 219.

<sup>320</sup> La giurisprudenza al riguardo più incline ad una impostazione privatistica e volontaristica aveva rilevato una illegittima e irragionevole compromissione, da parte dell' art.18, comma 8, *quinquies*, del principio costituzionale di libertà sindacale e di previdenza privata. Sul punto cfr. Pret. Bologna, 27 marzo 1997, in L. G., 1998, pag. 48 e segg.; Trib. Trviso, 11 novembre 1997, in Gazz. Uff., 1° serie speciale, 4 marzo, 1998, , n, 9, pag. 127. Altra giurisprudenza aveva invece interpretato tale disposizione in modo strettamente letterale, escludendone dunque l'applicazione alle forme pensionistiche complementari che garantivano trattamenti sostitutivi o anticipati del trattamento obbligatorio. In tal senso cfr. Pret. Treviso, 21 febbraio 1997, in Lav. Giur., 1998, pag. 48 e segg. Sul punto cfr. **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 286 e segg.

accertamento circostanziale della situazione finanziaria di ogni singola gestione. In tal senso, esse si spiegano solo alla luce dell'esigenza di omogeneizzare la disciplina delle prestazioni erogabili dalle gestioni "preesistenti" a quella dei sistemi di previdenza complementare di nuova costituzione e, più in generale, con l'obiettivo di conformare la disciplina dei trattamenti pensionistici garantiti dai sistemi privati a quella propria del sistema pubblico <sup>321</sup>.

A ben vedere però, l'esigenza di realizzare una omogeneizzazione delle discipline non pare essere l'unico scopo perseguito dal legislatore, attraverso l'introduzione dell' art.18, comma 8, *quinquies*. Tale disposizione ubbidisce infatti ad una *ratio* ulteriore, identificabile con l'intento di evitare il venir meno dei flussi contributivi alla previdenza pubblica e al tempo stesso di ritardare la decorrenza dell'erogazione delle prestazioni pensionistiche. Ciò risponde in definitiva a quel disegno di funzionalizzazione <sup>322</sup> della previdenza privata alla previdenza pubblica, delineato dal legislatore con le riforme degli anni '90 e supportato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (che ha dato avallo alle disposizioni che stiamo esaminando), che si riflette in un asservimento della prima alla seconda; realizzato sia attraverso la previsione del concorso da parte dei regimi di previdenza privata al finanziamento del sistema pubblico di base <sup>323</sup>, sia mediante il condizionamento alle esigenze di quest'ultima, anche sul piano delle prestazioni<sup>324</sup>.

Nella stessa prospettiva rispetto alla quale è stato letto l'art. 18, comma 8, *quinquies*, deve essere considerata altresì l'estensione (a decorrere dal

---

<sup>321</sup> Sulla "ragionevolezza" di tale normativa vincolistica e sulla sua rispondenza a finalità perequative e di risanamento finanziario, cfr. Pret. Perugia, 12 marzo 1997, est. Angeleri, Conti c. Cassa di Risparmio di Perugia s.p.a., inedita; Trib. Roma, 26 agosto, 1996, cit.; Cass., 15 giugno 1995, n. 6771, in Notiz. Giur. Lav., 1996, pag. 602 e segg. e in Giust. Civ., 1996, pag., I, pag. 2375 e segg.; con nota di Dondi G. e Rondo A. In dottrina cfr. **Persiani M.**, "Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata", op. cit., pag. 367 – 368; **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 443-448; **Ciocca G.**, "Profili di legittimità costituzionale nel rapporto fra previdenza pubblica e previdenza complementare", op. cit., pag. 118 e segg.

<sup>322</sup> Così **Persiani M.**, "Previdenza pubblica...op. cit., pag. 221 – 222.

<sup>323</sup> in particolare: Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, cit.; Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421, in Foro It, cit.; Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, cit.

<sup>324</sup> Corte Cost.9 luglio 1999, n. 289, cit.; Corte Cost.28 luglio 2000, n. 393, cit.; Corte Cost.27 luglio 2001, n. 319, cit., sulla subordinazione del diritto di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari alla maturazione dei requisiti previsti del sistema di base.

1° gennaio 1998) ai trattamenti previdenziali erogati dai sistemi privati del divieto di cumulo tra pensione e retribuzione, ad opera del comma 4 ultima parte, dell'art. 59, L. n. 449/1997, che costituendo un ulteriore deterrente al pensionamento privato anticipato, risponde ad esigenze di contenimento della spesa pubblica <sup>325</sup>.

Un'ulteriore espressione della tendenza desunta dal paragrafo che precede - che ha caratterizzato tutta la legislazione emanata dopo il 1992 - deve ravvisarsi nella disposizione del comma 4 prima parte, dell'art. 59, L. n. 449/1997 <sup>326</sup>. Con essa è stata estesa alle forme di previdenza complementare "preesistenti", gestite con il sistema a prestazioni definite il regime di perequazione automatica vigente nel sistema obbligatorio, di cui all'art. 11, D.lgs n. n. 503/1992 - che calcola la perequazione adeguando costantemente la pensione all'aumento del costo della vita, sulla base del valore medio dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo <sup>327</sup> -, con conseguente soppressione dei diversi meccanismi di indicizzazione privilegiati che fanno riferimento alla dinamica retributiva dei dipendenti in servizio <sup>328</sup>.

Con tale norma è stata così definitivamente superata dal legislatore l'efficacia di tali disposizione negoziali, c.d. <<clausole oro>> <sup>329</sup>, che avevano finito per comportare costi eccessivi per quei fondi pensione integrativi che già versavano in situazione di crisi, a causa della riduzione delle pensioni a carico

---

<sup>325</sup> Cfr. **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 220 – 222.

<sup>326</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 220; **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 287.

<sup>327</sup> Sul punto **Boer P.**, op. ult. cit., pag. 288 segg.; **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 220-222; **Cinelli M.**, op. ult. cit., pag. 130 segg. Sull'evoluzione della disciplina dell'istituto **Boer P.**, "La perequazione automatica delle pensioni ed il relativo contenzioso", in *Informaz. Prev.*, 1985, 1013; **Carbone L.**, "Il blocco della perequazione automatica", in *Cinelli M. - Persiani M.*, "Commentario della riforma previdenziale", Milano, 1995, pag. 46 e segg.

<sup>328</sup> Sull'applicazione dell'art. 11 alle forme di previdenza complementare v. **Nicolini C. A.**, op. ult. cit., pag. 789 e segg.; **Scorcelli R.**, "L'adeguamento delle prestazioni pensionistiche erogate dalle forme di previdenza complementare", nota a Cass. 21 febbraio 2001, n. 2570, in *D.L., Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, II, 1117, in partic. nota 2; Cass. Sez. lav. 21 febbraio 2001, n. 2570, in *D.L., Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 1116 segg.

<sup>329</sup> Sul punto **Nicolini C.A.**, op. ult. cit., pag. 789; **Pessi R.**, "Una lezione di etica politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare", pag. 971.

del sistema pubblico e per la progressiva riduzione dei finanziamenti dovuti al calo degli iscritti in servizio <sup>330</sup>.

Quell' intervento , nonostante comportasse un'indubbia penalizzazione degli interessi dei pensionati, è apparso razionale e legittimo; esso veniva infatti ricondotto dalla giurisprudenza al generale potere del legislatore di modificare sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, intervenendo anche in senso riduttivo - nei limiti della compatibilità finanziaria - , sul bilanciamento di interessi <sup>331</sup>.

La stessa Corte Costituzionale, peraltro, l' aveva annoverato nell'ambito delle disposizioni volte ad armonizzare la disciplina di tutte le forme pensionistiche, nella volontà di escludere distonie tra previdenza pubblica e previdenza privata, sulla base del collegamento funzionale intercorrente tra le due forme di previdenza <sup>332</sup>.

In dottrina si era però prospettato un diverso avviso, avanzandosi alcune perplessità rispetto alla rispondenza dell'art. 59 comma 4 al dettato costituzionale <sup>333</sup>, non superabili sulla base di esigenze di contenimento della spesa pubblica. Lo sconvolgimento di equilibri e programmazioni provocato dalle restrizioni alle scelte operate dall'autonomia collettiva e individuale ad opera di tale disposizione, si sarebbe potuta giustificare infatti solo in presenza di un preminente interesse pubblico, non altrimenti conseguibile <sup>334</sup>, che, nel caso, non poteva ravvisarsi: i fondi di previdenza complementare di cui trattasi non coinvolgono infatti la finanza pubblica <sup>335</sup>.

---

<sup>330</sup> **Scorcelli R.**, op. ult. cit., pag. 1117, nota 2; più in generale sul tema v. **Ciocca G.**, "La libertà della previdenza privata", op. cit.

<sup>331</sup> Sul punto **Boer P.**, "Perequazione automatica delle pensioni, Commento all'art. 11, D.lgs n. n. 503 del 1992", op. cit., pag. 292, in partic. nota n. 4; Corte Cost. 27 dicembre 1996, n. 417, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 6; Corte Cost. 26 luglio 1995, n. 390, in *Orient. Giur. Lav.*, 1995, I, 1084; Corte Cost. 10 giugno 1994, n. 240, in *Riv. Giur. Lav.*, 4, II, pag. 832, con nota di D'Onghia M.; Corte Cost. 17 dicembre 1985, n. 349, cit.; Cass. Sez. lav. 21 febbraio 2001, n. 2570, cit., 1121.

<sup>332</sup> Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.

<sup>333</sup> In particolare, era stata prospettata l'ipotesi di una possibile violazione da parte della disposizione in questione, del principio di libertà della previdenza privata, garantito all'art. 38 comma 5, Cost., del principio di libertà sindacale, di cui all'art. 39 comma 1, Cost., nonché del principio di libera iniziativa economica, di cui all'art. 41, comma 1, Cost. Così **Nicolini C.A.**, op. ult. cit., 790.

<sup>334</sup> Così **Vallebona A.**, "Limiti legali...", op. ult. cit., pag. 339.

<sup>335</sup> **Nicolini C.A.**, op. ult. cit., 790.

La definitiva “blindatura”<sup>336</sup> del sistema di previdenza complementare ad opera del legislatore, paventata dalla dottrina più sensibile ad una impostazione privatistica e volontaristica della previdenza privata, maggiormente garantista rispetto all’esigenza di preservare l’autonomia e la libertà della stessa, sembra poi essere stata realizzata da alcune recenti decisioni della giurisprudenza di legittimità, relative alla portata e agli effetti dell’ art. 59 commi 4 e 13, L. n. 449 del 1997; nonché alle conseguenze applicative di tali norme su natura e funzioni delle prestazioni pensionistiche integrative e , più generalmente, sulle libere determinazioni dell’autonomia privata.

Il riferimento è a Cass., 22 novembre 2006, n. 24777<sup>337</sup> e a Cass., 16 luglio 2007, n. 15769<sup>338</sup>, con le quali la Corte si è pronunciata in ordine ai ricorsi presentati rispettivamente da Unicredit Italiano s.p.a. e Cassa di risparmio di Venezia s.p.a., avverso le sentenze di appello<sup>339</sup> che avevano confermato l’accoglimento della domanda proposta da due pensionati iscritti ai fondi aziendali delle banche, per il pagamento della perequazione automatica negata per l’anno 1998 dal regime generale obbligatorio – secondo le previsioni del comma 13 dell’art. 59, L. n. 449/1997<sup>340</sup> - , da parte del fondo integrativo.

---

ha escluso per l’anno 1998 l’operatività del meccanismo di perequazione automatica per i trattamenti pensionistici superiori a cinque volte il trattamento minimo INPS dovuti dall’assicurazione generale obbligatoria per l’invalidità, la vecchiaia e i superstiti e per le forme di essa sostitutive od esclusive.

<sup>336</sup> Il riferimento è alla serie di interventi normativi realizzati dal legislatore a partire dal 1992 - ad es. l’introduzione di limiti in materia di accesso alle prestazioni pensionistiche garantite dai fondi pensione con il D.lgs n. n. 124/1993 e il progressivo “blocco” delle pensioni di anzianità ( art. 13, comma 1, L. n. 724/1994 e art. 18, comma 8 – *quinquies*, D.lgs n. n. 124/1993) - , ispirati a “logiche indiscriminatamente dirigistiche ed uniformizzanti”, fortemente limitativi nei confronti dell’autonomia privata. Così **Zampini G.**, “La previdenza complementare...”, pag. 295.

<sup>337</sup> In Mass. Giur. Lav., 2007, 6, pag. 504.

<sup>338</sup> In Giust. Civ. Mass., 2007, pag. 7.

<sup>339</sup> Cfr. App. Venezia, 11 febbraio/21 marzo 2003, n. 112, inedita e App. Venezia, n. 111, del 21 marzo 2003, inedita, che in secondo grado avevano confermato quanto deciso rispettivamente da Trib. Verona, 16 febbraio 2001, n. 601, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, IV, pag. 45 e segg., con nota di Vianello R. e da Trib. Venezia, 10 aprile 2001, est. Santoro, Magrini c. Cassa di Risparmio di Venezia s.p.a., inedita, per la quale si rinvia a **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 295.

<sup>340</sup> L’art. 59, comma 13, D.lgs n. n. 449/1997 ha escluso per l’anno 1998 l’operatività del meccanismo di perequazione automatica per i trattamenti pensionistici superiori a cinque volte il trattamento minimo INPS dovuti dall’assicurazione generale

Con le sentenze citate infatti, la Corte di Cassazione, ha affermato l'operatività dicotomica della perequazione, di cui all'art. 11 del D.lgs n. n. 503/1992, sostenendo il superamento della dinamica propria dei fondi integrativi e richiamando peraltro, a sostegno delle proprie argomentazioni, quella stessa idea di previdenza complementare, riscontrabile nella giurisprudenza della Corte Costituzionale <sup>341</sup>.

Secondo l'interpretazione data dalla Corte al comma 4 dell'art 59, tale norma avrebbe "congelato" l'importo delle pensioni integrative alla data del 1° gennaio 1998, prevedendo, come unica possibilità di incremento delle stesse l'adeguamento operante secondo i criteri previsti all'art. 11, D.lgs n. 503 del 1992. Ciò benché l'art. 1, D.lgs n. 124/1993, indicando l'obiettivo di più elevati livelli di copertura previdenziale, sembri considerare fisiologico che la pensione complementare integrativa, in caso di eventuali riduzioni delle prestazioni pubbliche imposte dalla legge, subisca un corrispondente incremento gravante sul relativo fondo <sup>342</sup>.

In tal senso essa, pur respingendo entrambe le sentenze citate, ha mostrato di accogliere la tesi secondo la quale, il blocco della perequazione disposto dall'art. 59, comma 13, opera non solo in relazione alla pensione pubblica di importo superiore al quintuplo del minimo INPS – alla quale esso espressamente si riferirebbe –, ma anche rispetto a quella complementare - in forza di quelle esigenze di omogeneizzazione enunciate dalla stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 393/2000 -, ha interpretato il comma 4 dell' art. 59, come norma volta a sopprimere, per il futuro, il carattere tipicamente dinamico della prestazione privata integrativa, così determinando una dicotomia tra pensione pubblica e pensione privata dopo la prima sua liquidazione.

In particolare, nella sentenza n. 15769, del 16/07/2007, la Corte, ha accolto il secondo motivo di ricorso con il quale la banca si opponeva all'interpretazione dell'art. 59, comma 13, L. n. 449/1997 fatta propria dal giudice

---

obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti e per le forme di essa sostitutive od esclusive.

<sup>341</sup> E' il caso di Cass., 16 luglio 2007, n. 15769, in Giust. Civ. Mass., 2007, pag. 7, che richiama Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.

<sup>342</sup> **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 297; App. Bologna, 13 dicembre 2000, n. 233/00, Baccolini c. Cassa di Risparmio di Bologna s.p.a., inedita.

di secondo grado <sup>343</sup>, sostenendo che attraverso l'erogazione da parte del fondo aziendale della perequazione INPS sospesa dalla legge si vanifica il blocco stabilito ad opera della stessa norma. La Corte di Cassazione ha motivato affermando che l'assorbimento del trattamento obbligatorio in quello complementare avrebbe dato ingresso ad una diversa forma di adeguamento rispetto a quella imposta dalla legge con riferimento al trattamento obbligatorio; a giustificazione di tale sua lettura, ha richiamato le esigenze di equilibrio del quadro complessivo della finanza pubblica, di cui alla sentenza n. 283/2000 della Corte Costituzionale.

Attraverso tale interpretazione dell'art. 59, commi 4 e 13, il Giudice delle leggi ha mostrato di riservare solo all'atto della prima liquidazione della pensione l'operatività della fisiologica funzione della pensione integrativa di compensare dinamicamente gli arretramenti di tutela del sistema pubblico; così finendo - con la rideterminazione della disciplina delle prestazioni erogate dal fondo - , per trasformare implicitamente, la pensione integrativa in meramente aggiuntiva, e realizzando una novazione oggettiva del rapporto previdenziale privato, stravolto rispetto a quanto voluto dalla fonte pattizia istitutiva <sup>344</sup>.

Tuttavia la tesi secondo cui la funzione integrativa della pensione complementare si esaurisce all'atto della sua liquidazione sembra contraddetta dalle previsioni dell'art. 34, comma 2, L. n. 448/1998 che impone a chi la eroga di comunicare annualmente all'INPS l'ammontare del trattamento pensionistico integrativo.

Se infatti l'integrazione del trattamento pensionistico pubblico si esaurisse al momento del pensionamento dovrebbe bastare una sola

---

<sup>343</sup> App. Venezia, n. 111, del 21 marzo 2003, inedita.

<sup>344</sup> La differenza tra prestazioni integrative e prestazioni aggiuntive poggia infatti sul diverso rapporto delle stesse rispetto al livello di protezione assicurato dal regime obbligatorio. Infatti i fondi pensione aggiuntivi provvedono ad erogare prestazioni indipendenti da quelle erogate dal sistema pubblico, mentre l'onere della gestione integrativa - direttamente collegato ed inversamente proporzionale all'ammontare delle prestazioni INPS - è destinato a variare a seconda della dinamica che interessa la pensione di base. Sul punto cfr. **Boer P.**, op. ult. cit., pag. 308.; **Bozzao P.**, "La previdenza pensionistica complementare: il D.lgs n. n. 124/93 alla luce dell'esperienza europea e degli orientamenti comunitari.", op. cit., pag. 389; **Mastrangeli F.**, "La disciplina...". op. ult. cit., pag. 145; **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 293; **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 55; **Pandolfo A.**, "I fondi pensione", in AA.VV., in Dir. Prat. Lav., 1993, inserto n. 35, pag. 10; Cass. 24 maggio 2000, n. 6839, cit., 1106; Trib. Verona, 4 ottobre 2000, n. 601, cit., pag. 47-49.

comunicazione all'atto della liquidazione. La disposizione ricordata pare al contrario confermare che la funzione integrativa della pensione complementare possa e debba legittimamente continuare a svolgersi anche dopo – se le parti sindacali lo hanno previsto –, dinamicamente, compensando deficienze successive nella prestazioni INPS ( come quella dovuta al blocco della perequazione per il 1998) rispetto all'obiettivo di garanzia di perequazione complessiva del trattamento nelle sue componenti.

L'art. 34 cit. introducendo un meccanismo di calcolo unitario della perequazione della pensione pubblica di base e di quella complementare enuncia unicamente un criterio di computo capace di incidere sul *quantum* e non anche sull'*an* della perequazione. L'unico obiettivo della disposizione è infatti quello di ridurre l'incidenza della perequazione sulla componente del trattamento corrispondente alla pensione pubblica, accentuando così gli oneri gravanti sulla previdenza complementare<sup>345</sup>, senza sovvertirne la funzione integrativa.

Alle medesime conclusioni cui perviene la sentenza n. 15769, del 16/07/2007 cit. giunge implicitamente anche Cass., 22 novembre 2006, n. 24777<sup>346</sup>, che, pur non pronunciandosi espressamente sulla questione dell'interpretazione delle norme citate, nel ritenere complessivamente fondati i motivi di ricorso della banca, sembra negare che il legislatore abbia voluto con esse semplicemente sostituire i meccanismi perequativi pattizi ancora operanti per i fondi pensione integrativi attraverso la generalizzata applicazione del meccanismo previsto all'art. 11 del D.lgs n. 30 dicembre 1992, n. 503, ma

---

<sup>345</sup> Invero la perequazione è fissata dall'art. 11, D.lgs n. n. 503/1992 e dal successivo art. 69, L. 388/2000 con aliquote decrescenti in rapporto a fasce di reddito crescenti. Senza l'art. 34 cit. l'entità maggiore della perequazione graverebbe sugli importi pensionistici di base, corrispondenti alle fasce iniziali di reddito, mentre il trattamento integrativo complementare beneficerebbe di più basse aliquote di perequazione, collocandosi esso oltre l'importo della pensione pubblica ( fino a concorrenza del traguardo di reddito fissato). L'art. 34 stabilisce invece che le diverse aliquote vengano applicate in modo omogeneo ad entrambi i trattamenti, in proporzione delle rispettive entità in rapporto totale.

<sup>346</sup> In Mass. Giur. Lav., 2007, 6, pag. 504.

conservando la natura e la funzione proprie della pensione privata integrativa<sup>347</sup>.

A ben vedere però, la Corte, non riconoscendo ai pensionati a partire dal 1° gennaio 1998, altro diritto all'incremento del trattamento pensionistico privato diverso da quello derivante dall'adeguamento previsto dall'art. 59 comma 4, pare confondere tra perequazione e funzione integrativa della pensione complementare.

Invero, l'istituto della perequazione della pensione si realizza attraverso la conservazione nel tempo del valore di quest'ultima, tramite variazioni del trattamento di quiescenza, in costante adeguamento al costo della vita, che possono solo essere in aumento mai in diminuzione<sup>348</sup>.

Diversamente opera la funzione integrativa della pensione privata. Essa si attua mediante la variazione dell'ammontare della prestazione complementare, in modo opposto rispetto a quella del trattamento pensionistico pubblico, quindi con riduzioni (come nel caso dello sfondamento del tetto pensionistico INPS di cui all'art. 21, legge n. 67 del 1988 e all'art. 3, comma 2 bis, d.l. n. 86 del 1988, convertito nella legge n. 160 del 1988) o, viceversa, dilatazioni del suo importo, inverse, rispetto agli incrementi o arretramenti di tutela garantiti dalla pensione pubblica; ciò in relazione con il conseguimento dell'obiettivo di reddito per il quale il fondo pensione integrativo venne costituito<sup>349</sup>.

L'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione delle norme indagate – in particolare dell'art. 59 comma 4 e 13 -, nelle pronunce esaminate, pone inoltre alcuni dubbi di legittimità costituzionale. Più in specifico, tale norma – se così interpretata e quindi concependo la funzione integrativa dinamica nel tempo come forma di perequazione ora vietata – si pone in contrasto, senza

---

<sup>347</sup> Così **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 220; **Zampini G.**, op. ult. cit., pagg. 295-297; In giurisprudenza cfr. Trib. Verona, 4 ottobre 2000, n. 601, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, IV, pag. 48-49; Trib. Venezia 10 aprile 2001, cit.

<sup>348</sup> **Persiani M.**, Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata, op. cit., 321-322; **Cardoni L.**, La Perequazione automatica, in **Pessi R.** La riforma del sistema previdenziale, op. cit., pag. 137 e segg.; **Cinelli M.**, Diritto della previdenza sociale, 2005, op. cit., pag. 185 ; **Nicolini C.A.**, op. ult. cit., pag. 781; **Pessi R.**, “Lezioni di diritto della previdenza sociale”, op. cit. , pagg. 256, 367-368, 479; **Vianello R.**, Commento a Trib. Verona, 4 ottobre 2000, n. 601, cit.

<sup>349</sup> **Zampini G.**, op. ult. cit., pagg. 295-297; **Ciocca G.**, “ La libertà della previdenza privata”, op. cit., pag. 86; **Persiani M.**, Previdenza pubblica e previdenza privata, op. cit., pag. 220.

alcuna ragionevole giustificazione (art. 3 Cost.), con le scelte economiche delle imprese aderenti al fondo (art. 41 Cost.), con la libertà della previdenza privata (art. 38, comma 5 Cost.), e -soprattutto- con il principio di libertà sindacale sotteso alla contrattazione collettiva che la istituisce e la disciplina (art. 39 comma 1 Cost.); non è infatti consentito, senza un'adeguata giustificazione di carattere generale, condizionare permanentemente e in via eteronoma lo svolgimento e i risultati dell'autonomia privata collettiva<sup>350</sup>.

In particolare non sussistono nella specie né l'esigenza di tutelare la finanza pubblica<sup>351</sup>, dal momento che il costo delle pensioni complementari è interamente sopportato dai privati; né la necessità di garantire l'equilibrio gestionale del fondo. Invero, anche volendo ritenere che ciò corrisponda ad un interesse generale e non meramente collettivo, non risulta nei casi esaminati una situazione di squilibrio finanziario, che ai fini di una legittima compressione della autonomia collettiva deve comunque essere accertata nella sua effettività (art. 18 comma 8 *bis*, D.lgs n. 124 del 1993; art. 59, commi 32 e 33, legge 449 del 1997)<sup>352</sup>. Inoltre, ove tale situazione di squilibrio effettivamente sussistesse, il compito della rideterminazione della disciplina delle prestazioni dovrebbe essere rimesso all'autonomia collettiva (così come previsto dal legislatore dall'art. 18 comma 7, D.lgs n. n. 124 del 1993)<sup>353</sup>.

Allo stesso modo, non sembra invocabile il principio di funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza pubblica, dal momento che, anche volendo ammettere la validità di tale principio<sup>354</sup>, non

---

<sup>350</sup> Corte Cost. 7 febbraio 1985, n. 34, in Foro It., 1995, I, pag. 975; Corte Cost. 26 marzo 1991, n. 124, in Foro It., 1991, I, pag. 1333; Corte Cost. 23 aprile 1998, n. 143, in Foro It., 1998, I, pag. 2058; Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.

<sup>351</sup> **Persiani M.**, "Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata", op. cit., pagg. 327-332, ove è richiamata la giurisprudenza costituzionale che invoca tale esigenza come legittima giustificazione all'imposizione di limiti ai trattamenti pensionistici obbligatori.

<sup>352</sup> **Persiani M.**, "Previdenza pubblica e previdenza privata", op. cit., pag. 219.

<sup>353</sup> In tal senso Vianello R., op. ult. cit., pag. 69; **Vallebona A.**, "Limiti legali..", op. ult. cit., pagg. 346-347.

<sup>354</sup> In tal senso **Pessi R.**, "La previdenza complementare", op. cit., pag. 7 e segg.; **Sandulli P.**, "Previdenza complementare", op. cit., pag. 253 e segg.; **Id.**, Profili lavoristici dei nuovi fondi pensione, in Le forme di previdenza complementare: costituzione gestione e finanziamento dei fondi pensione contrattuali, Atti del convegno di Siena, 12 aprile 1997, In Studi Senesi, 1998, 2, pag. 233.

può legittimamente trarsi dallo stesso una implicita sostituzione *ex lege* delle fonti di regolamentazione legislativa alle fonti contrattuali <sup>355</sup> .

La Corte nelle pronunce considerate non ha affrontato questi profili, limitandosi ad escludere - nel caso deciso con sentenza n. 24777, del 22 novembre 2006 <sup>356</sup> - , ogni dubbio di legittimità costituzionale dell'estensione alla previdenza complementare privata del meccanismo perequativo di cui all'art. 11 D.lgs n. 503 del 1992, operata dal comma 4 dell'art. 59 cit., - unicamente in relazione agli artt. 3 e 38 Cost.

Le decisioni qui analizzate, sembrano dunque avallare ( ed anzi accentuare ) le tendenze del legislatore a perseguire l'obiettivo di una sempre maggiore uniformazione di disciplina tra le forme pensionistiche complementari; nell'ottica di un contenimento degli effetti delle riforme pensionistiche operate nel sistema pubblico di base sui fondi pensione preesistenti a prestazioni definite. Ciò attraverso un progressivo ed irreversibile ingessamento del sistema di previdenza privata, giustificato attraverso il ricorso a quelle esigenze di stabilità finanziaria messe in luce dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>357</sup>, a torto sempre presunte anche per il comparto pensionistico privato.

Sono palesi gli effetti disincentivanti verso la scelta della pensione complementare scaturenti dalla vanificazione di diritti e aspettative di pensionati e pensionandi.

Pare dunque che ci si allontani ancora una volta dall'obiettivo, perseguito dal legislatore a partire dagli anni '90 - attraverso l'introduzione di una specifica disciplina di settore ( L. n. 421 del 1992; D.lgs n. n. 124 del 1993; L. n. 335 del 1995, c.d. Riforma Dini; D.lgs n. n. 47 del 2000; legge n. 423 del 2004, c.d. Riforma Maroni; D.lgs n. n. 252 del 2005, modificato dall'ultima legge finanziaria, legge n. 296 del 2006) – di sostenere lo sviluppo di forme di

---

<sup>355</sup> **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 70.

<sup>356</sup> In Mass. Giur. Lav., 2007, 6, pag. 504.

<sup>357</sup> Il riferimento è a Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, cit.; Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421, cit.; Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178cit.; Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121, cit., relative alla vicenda del "contributo di solidarietà" imposto alla prima per finanziare la seconda, e a Corte Cost.9 luglio 1999, n. 289, cit.; Corte Cost., 28 luglio 2000, n. 393, cit; Corte Cost.27 luglio 2001, n. 319, cit., sui requisiti per l'accesso alle prestazioni pensionistiche complementari.

previdenza complementare, in ragione della ormai insostenibile crisi del sistema pubblico di base.

### **5. Squilibrio finanziario, scioglimento del fondo e rideterminazione della disciplina delle prestazioni**

Dall'analisi della giurisprudenza di merito in materia di fondi preesistenti non provengono prospettive meno preoccupanti rispetto agli interessi di lavoratori e pensionati iscritti. Il riferimento è ad alcune recenti pronunce della giurisprudenza di merito, relative al potere della contrattazione collettiva di rideterminare la disciplina del fondo pensione, in presenza di determinate situazioni. In particolare, nei casi indagati le questioni in rilievo vertevano attorno alla possibilità di decidere lo scioglimento di un fondo pensione in caso di squilibrio finanziario dello stesso e/o di rideterminare la disciplina di prestazioni e finanziamento - ex art 18, comma 7, D.lgs n. n. 124/1993 -, in assenza di una specifica clausola statutaria e in mancanza del consenso di tutte le OO.SS. stipulanti l'accordo istitutivo e al problema dell'adeguatezza a tal fine dell'accordo sottoscritto solo dalla maggioranza delle OO.SS. che avevano partecipato all'istituzione di un fondo di previdenza aziendale, ai fini della sua trasformazione da fondo a prestazione definita a fondo a contribuzione definita .

La prima delle questioni è stata recentemente affrontata dal Tribunale di Milano ( Trib. Milano 18 maggio 2005, ord.<sup>358</sup>), che è stato chiamato a decidere sulla domanda cautelare proposta da parte di un gruppo di iscritti ad un fondo di previdenza integrativa di ambito aziendale ( con natura di fondazione), diretta ad ottenere la sospensione della procedura di messa in liquidazione del fondo e la ripresa, da parte dello stesso, dell'erogazione integrale dei trattamenti pensionistici ridotti. Il fondo in questione era stato infatti messo in liquidazione, a ragione del rischio futuro di dissesto finanziario, in assenza di una specifica clausola statutaria e sulla base di un contratto collettivo modificativo della fonte istitutiva del fondo, stipulato in mancanza del

---

<sup>358</sup> Cfr. Trib. Milano 18 maggio 2005, ord., in Riv. It. Dir. Lav., 2005 II, pag. 714 e segg. con nota di Sandulli P., e in Arg. Dir. Lav., 2006, 4-5, pag. 1290 e segg., con nota di Dalla Casa M.

consenso di tutte le OO.SS. fondatrici. I ricorrenti avevano sostenuto l'illegittimità dell'accordo modificativo, ponendola a fondamento delle proprie pretese.

Il Tribunale di Milano ha respinto la domanda, sulla base essenzialmente di tre argomentazioni. In primo luogo perché l'assenza di una specifica disposizione statutaria sullo scioglimento del fondo non escludeva il potere delle fonti istitutive di disporre la messa in liquidazione dello stesso. Il problema dell'assenza del consenso di una delle organizzazioni stipulanti l'accordo istitutivo è stato risolto affermando che nel caso di specie poteva dirsi comunque rispettata l'effettiva e sufficiente rappresentatività delle altre sigle firmatarie. Infine ha sostenuto che alle organizzazioni firmatarie andava riconosciuto il potere di introdurre nuove regole, incidendo in senso modificativo sullo Statuto e disponendo eventualmente anche la messa in liquidazione del fondo e la destinazione di una parte degli iscritti verso fondi diversi. Ciò sulla base dell'ampio potere riconosciuto dal D.lgs n. n. 124/1993 alla contrattazione collettiva in materia di istituzione e disciplina dei fondi di previdenza complementare, al quale dovevano ricondursi tali legittime facoltà .

La seconda delle due pronunce esaminate ( Trib. Livorno 5 febbraio 2007, n. 25 <sup>359</sup> ) riguarda invece il problema dell' applicabilità di un accordo, sottoscritto nell'ambito di una fusione<sup>360</sup>, che prevedeva per tutti gli iscritti – anche per quelli iscritti al fondo già da prima dell'entrata in vigore del D.lgs n. n. 124/1993 –, il passaggio obbligatorio al nuovo fondo aziendale a “contribuzione definita” o, in alternativa, il riscatto della somma maturata, calcolata con il metodo attuariale previsto dal medesimo accordo.

Nel caso esaminato, il gruppo di dipendenti che aveva proposto ricorso al Tribunale, ha ottenuto da quest'ultimo, con l'accoglimento del ricorso, l'applicazione dell'accordo istitutivo del fondo, con conseguente riconoscimento del diritto al versamento dei contributi dovuti in applicazione

---

<sup>359</sup> Cfr. Trib. Livorno 5 febbraio 2007, n. 25 in *Lav. Prev. Oggi*, 2008, 4, pag. 642, con nota di Annunziata C.

<sup>360</sup> Nella fattispecie analizzata vi erano stati due successivi atti di trasformazione: in un primo momento la Cassa di Risparmio di Livorno veniva incorporata per fusione nella Cassa di Risparmio di Lucca che contemporaneamente cedeva il ramo d'azienda rappresentato dalla ex Cassa di Risparmio di Livorno spa alla nuova Cassa di Risparmio di Livorno spa.

del Regolamento e delle prestazioni pensionistiche previste da quest'ultimo e dall'accordo originario. Ciò in considerazione della non estensibilità degli effetti del nuovo accordo sui diritti dei ricorrenti, rispetto ai quali erano già maturati i requisiti – anagrafici e di iscrizione - stabiliti dal Regolamento del fondo, nonché delle previsioni di cui all'art. 2112 c.c. Inoltre, il nuovo accordo era stato stipulato dalla maggioranza, ma non dall'unanimità delle OO.SS. che avevano partecipato all'istituzione di un fondo di previdenza aziendale, in violazione del principio di democrazia sindacale.

Le decisioni prese in considerazione investono la delicata questione della successione fra contratti collettivi che disciplinano forme di previdenza complementare e con esso quello dei limiti di *reformatio in pejus* e dell'individuazione delle situazioni soggettive tutelate come immodificabili<sup>361</sup>. Nella pronuncia del Tribunale di Milano poi, vengono altresì in rilievo ulteriori questioni problematiche relative all'interpretazione dell' art. 18, comma 7 del D.lgs n. 124/1993; tra queste riveste una particolare importanza quella dell'individuazione dei confini del potere riconosciuto dalla norma alla contrattazione collettiva in relazione alla modifica in senso peggiorativo della disciplina di finanziamento e prestazioni del fondo, nelle ipotesi di squilibri finanziari dello stesso. I particolarmente labili ed incerti tratti con i quali questi sono stati delineati dalla disposizione porta infatti con sé il rischio – reso evidente dalla decisione del Tribunale di Milano sopra considerata – della messa in pericolo o della lesione dei diritti e delle aspettative degli aderenti al fondo.

La nozione di diritto<sup>362</sup> quesito è tradizionalmente impiegata al fine di ricostruire i rapporti fra diritto e modificazione della disciplina che ne detti la

---

<sup>361</sup> Per una ricostruzione della di tale tematica cfr. **Tursi A.**, “ Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro”, Torino, Giapichelli, 1996, pag. 238 e segg. e **Dondi G.**, “ Le vicende modificative delle fonti istitutive”, in **Bessone M. e Carinci F.**, “La previdenza complementare.”, op. cit., pag. 293 e segg.; **Ferraro G.**, “ Diritti quesiti e legiferazione”, in Riv. It. Dir. Lav., 1995, I, pag. 361 e segg.; **Spagnuolo Vigorita L.**, “ Obiettivi collettivi e strumenti contrattuali. I diritti acquisiti in tema di pensione integrativa”, In Arg. Dir. Lav., 1995, 2, pag. 17 e segg. ; **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 311. Sul punto, cfr. anche **Zampini G.**, op. ult. cit., pag. 126 e segg.

<sup>362</sup> Sulla nozione di diritto quesito cfr. **Tursi A.**, “ Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro”, Torino, Giapichelli, 1996, pag. 242, nota 181; **Ferraro G.**, “ Diritti quesiti e legiferazione”, in Riv. It. Dir. Lav., 1995, I, pag. 294, che parla

regolamentazione. Essa è espressiva della capacità di una certa situazione giuridica di resistere alle eventuali modificazioni che dovesse subire la sua regolamentazione da parte di una disciplina sopravvenuta. Con l'espressione "diritto quesito" si è soliti designare infatti quelle posizioni che, una volta maturate secondo una determinata disciplina contrattuale, divengono insuscettibili di successivi atti dispositivi da parte dell'autonomia collettiva<sup>363</sup>, venendo a configurarsi come diritti "perfetti", "consolidati", "esclusivi"; "definitivamente entrati nel patrimonio del lavoratore"<sup>364</sup>.

La delimitazione dei contorni del diritto quesito assume una rilevanza particolare in relazione alle c.d. fattispecie a formazione progressiva; vale a dire rispetto a quelle situazioni giuridiche nelle quali la maturazione del diritto non discende immediatamente dal verificarsi di un certo presupposto, ma piuttosto si pone come il risultato di un processo acquisitivo che matura nel tempo. Fra tali ipotesi - che sono assai frequenti in materia lavoristica, dove molti dei diritti riconosciuti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, presuppongono il decorso di un certo lasso di tempo -, rientra quella della maturazione del diritto alla pensione complementare<sup>365</sup>. Il contesto previdenziale si configura infatti come fertile terreno di posizioni giuridiche soggettive, articolate in maniera diversificata e tendenzialmente intenzionate a resistere alle modifiche peggiorative<sup>366</sup>; in esso infatti può distinguersi fra soggetti già pensionati -

---

in particolare di "diritto per il quale si è completato il processo acquisitivo alla sfera individuale contemplato dalla normativa di riferimento".

<sup>363</sup> In generale sulla questione cfr. **Pera G.**, "Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali.", in Riv. It. Dir. Lav., 1986, I, pag. 927 e segg.; **Spagnuolo Vigorita L.**, "Contratto collettivo, contratto a favore dei terzi, limiti al potere dispositivo del sindacato", in Giorn. Dir. Rel. Ind., 1993, pag. 47; **Ferraro G.**, op. ult. cit., pag. 277 e segg.

<sup>364</sup> Così **Vianello R.**, "Previdenza complementare e autonomia collettiva.", op. cit., pag. 507.

<sup>365</sup> Essa si caratterizza per la sua particolare delicatezza che deriva da un lato dalla tendenza del contratto collettivo a presentarsi come fonte normativa definitiva, dall'altro dalla naturale attitudine della vicenda pensionistica a svolgersi entro un più o meno lungo arco di tempo. Sul punto cfr. **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 503 e segg.; **Cinelli M.**, "I problemi della previdenza complementare. L'adeguamento delle forme preesistenti alla disciplina di legge", in Mass. Giur. Lav., 1997, pag. 512. Cfr. anche **Ciocca G.**, "La previdenza integrativa dei disciolti enti mutualistici", nota a Pret. Camerino, 16 novembre 1984, in Riv. it. dir. lav., 1985, II, pag. 876.

<sup>366</sup> Cfr. **Zampini G.**, "La previdenza complementare...", op. ult. cit., pagg. 126-127.

titolari di un vero e proprio diritto al trattamento pensionistico - e lavoratori ancora in attività <sup>367</sup>.

Proprio in relazione a questi ultimi si pone il problema di individuare la soglia di perfezionamento della fattispecie e con essa l'eventuale sussistenza, nella fase antecedente al completamento del percorso acquisitivo, di una situazione giuridicamente rilevante, suscettibile di resistere ad una eventuale successiva modifica nella contrattazione collettiva che ne alteri il regime regolativo <sup>368</sup>, identificabile nel diritto ad una quota di pensione corrispondente ai requisiti già maturati - o più esattamente, alla contribuzione già versata - o addirittura in una immodificabilità in senso peggiorativo del regime nel quale quei requisiti avevano già avuto realizzazione, ancorché parziale <sup>369</sup>.

La questione è stata oggetto in dottrina di ampia discussione. Secondo una significativa parte di essa <sup>370</sup>, il momento di maturazione del diritto alla pensione va collocato al momento del verificarsi dei requisiti necessari alla fruizione della stessa, senza che a tal fine assuma rilevanza l'accesso vero e proprio al pensionamento. La presentazione di una formale richiesta di pensione deve infatti configurarsi come mera condizione per l'esercizio di un diritto già maturato e non come elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva <sup>371</sup>. Secondo tale orientamento, nessun diritto quesito va quindi riconosciuto in capo al lavoratore che non abbia ancora maturato il diritto alla pensione, ben potendo nei confronti di questo la contrattazione collettiva modificare sia l'ammontare della contribuzione che l'entità del trattamento

---

<sup>367</sup> Sul punto cfr. **Zampini G.**, op. ult. cit., pagg. 126-127.

<sup>368</sup> **Ferraro G.**, op. ult. cit., pag. 275.

<sup>369</sup> Così **Persiani M.**, "Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata", in Arg. Dir. Lav., 1998, pag. 313. *Contra* **Ferraro G.**, "La La problematica giuridica dei fondi pensione", **Ferraro G.**, "La in previdenza complementare nella riforma del Welfare.", op. cit., pag. 36-37, che distingue tra diritto alla pensione, che si acquisisce non appena maturate le condizioni per la richiesta del collocamento in quiescenza e diritto sulla pensione che invece insorge all'atto del pensionamento.

<sup>370</sup> **Mazziotti F.**, "Le posizioni soggettive nella pensione ...", op. ult. cit., pag. 221 ; **Mazziotti F.**, "Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive", op. cit., pag. 251 secondo il quale "le modifiche peggiorative dei requisiti per il conseguimento del diritto a pensione non possono operare, nel rispetto dei diritti quesiti, per i lavoratori che abbiano già maturato il diritto a pensione e neppure per quelli che, al momento dell'emanazione della nuova norma, si trovino già in possesso dei requisiti predisposti dalla precedente normativa".

<sup>371</sup> Così **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 520. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 13 luglio 1996, in Lav. giur., Il, 1996, pag. 1031.

pensionistico da erogare. Ciò fino alla maturazione in capo al lavoratore delle condizioni per la percezione della pensione integrativa.

Secondo altra impostazione<sup>372</sup> invece, il diritto a pensione matura soltanto nel momento in cui, sussistendo tutti i requisiti per la percezione del trattamento previdenziale integrativo, il lavoratore abbia avanzato la relativa richiesta. Solo a partire da tale momento esso potrà quindi dirsi acquisito definitivamente al patrimonio del lavoratore, e perciò insuscettibile di subire eventuali successive modifiche introdotte dalla contrattazione collettiva. Al di fuori dell'ipotesi in questione, la posizione del lavoratore viene qualificata come aspettativa di mero fatto e ad essa non corrisponde alcuna posizione giuridicamente rilevante che sia immune da eventuali modifiche della fonte collettiva istitutiva.

Tale teoria concepisce il diritto a pensione come fattispecie complessa, a formazione progressiva, che, in quanto tale, non può dirsi perfezionata fintanto che non si siano realizzati tutti i requisiti previsti per la sua fruizione. Essa risolve il problema della sussistenza di un diritto alla quota di pensione corrispondente ai requisiti già maturati e, in particolare, alla contribuzione già versata, negando l'esistenza, in termini generali, di un "diritto al regime", che peraltro è configurabile solo nell'ipotesi in cui si tratti di regimi derivanti da un contratto individuale e non nei casi di regimi derivanti da una fonte eteronoma come la legge o la contrattazione collettiva<sup>373</sup>.

Secondo altro punto di vista<sup>374</sup>, pur escludendo che possa configurarsi la maturazione in capo al lavoratore di un diritto alla pensione prima dell'insorgere di tutti i requisiti richiesti dal regolamento del fondo per la sua fruizione, si ha tuttavia l'identificabilità di posizioni giuridiche intermedie in grado di resistere alle eventuali successive modificazioni della disciplina collettiva. Queste si configurano come situazioni giuridiche a contenuto parziale, che maturano in capo al lavoratore nel decorso del tempo necessario

---

<sup>372</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag.314 e segg.

<sup>373</sup> Cfr. **Pandolfo A. e Treu T.**, "Aspetti giuridico-istituzionali della previdenza integrativa", in Treu T., "La previdenza integrativa in Italia", Milano 1988, pag. 35 e segg.

<sup>374</sup> **Bessone M.**, "Fondi pensione e diritti soggettivi. *Portability* della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa", op. cit., pag. 565 e segg.

al completamento della fattispecie acquisitiva, la cui rilevanza per l'ordinamento viene testimoniata dalla stessa disciplina sulle anticipazioni e sul riscatto. In tal caso, non si configura però in capo al lavoratore un diritto all'immutabilità dei criteri di quantificazione della prestazione pensionistica previsti dal regolamento del fondo, che possono validamente essere modificati dall'insorgere di un successivo accordo collettivo.

A conclusioni più radicali perviene altra parte della dottrina<sup>375</sup> che valuta il trattamento pensionistico come la sommatoria fra frammenti di utilità maturate sotto la vigenza delle varie discipline collettive succedutesi nel tempo nella regolamentazione del fondo. In tal senso la pensione va liquidata al lavoratore tenendo conto dell'evoluzione della disciplina del fondo, secondo il c.d. sistema di calcolo "*pro rata*"; detto sistema permette all'aderente di maturare, per ogni periodo di contribuzione sottoposto ad una specifica disciplina collettiva, il diritto a percepire la corrispondente quota di trattamento pensionistico, determinata secondo le regole in quel momento vigenti. Alla base di questa teorizzazione deve ravvisarsi la preoccupazione di immunizzare la posizione del prestatore da eventuali possibili successive modificazioni della disciplina collettiva suscettibili di incidere sul *quantum* della prestazione pensionistica; ciò a vantaggio di una maggiore certezza e continuità del rapporto tra entità dello sforzo contributivo e ammontare del trattamento pensionistico.

Tuttavia l'affermazione della sussistenza di una garanzia di intangibilità della prestazione sembra difficilmente sostenibile sia nell'ipotesi in cui si tratti

---

<sup>375</sup> **Tursi A.**, "Contrattazione collettiva e previdenza complementare", op. cit., pag. 291; **Id.**, La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, Giuffrè editore, Milano, 2001, pag. 262; **Spagnuolo Vigorita L.**, "Obiettivi collettivi e strumenti contrattuali. I diritti acquisiti in tema di pensione integrativa", op. cit., pag. 29 e 31-32, che afferma: "ogni periodo di anzianità contributiva è definitivamente regolato dalla norma del tempo, secondo lo scambio tra quella contribuzione e quella disciplina del trattamento pensionistico" posto che "ogni singolo contratto normativo costituisce un tratto del percorso, attraverso il, quale si costruisce per ciascun iscritto la concreta determinazione del diritto finale alla erogazione pensionistica"; **Id.**, Intervento, in AA.VV. "La previdenza complementare per le banche: problemi e prospettive", 1994, pag. 164-165. Cfr. anche **Tullini P.**, "Previdenza complementare e tutela...", op. ult. cit., pag. 1111 e segg. In giurisprudenza cfr. Pret. Milano, 7 settembre 1995, in Orient. Giur. Lav., 1995, pag. 1060, con nota di **Scarpelli F.**, "Trattamenti previdenziali integrativi e successione di contratti collettivi: un interessante contributo alla teoria dei diritti acquisiti nei rapporti di durata".

di un fondo a contribuzione definita, sia nel diverso caso in cui ci si trovi di fronte invece ad un fondo a prestazioni definite. Nella prima ipotesi infatti, l'entità dell'accumulo dipende dai risultati inevitabilmente mutevoli nel tempo della relativa gestione; nella seconda, la variazione nel tempo dell'entità del finanziamento del fondo è *in re ipsa*, ogni volta in cui si evidenzia la sua insufficienza rispetto all'obiettivo di reddito pensionistico prestabilito<sup>376</sup>.

Tradizionalmente, la giurisprudenza – specie di legittimità – si è orientata a riconoscere l'assoluta intangibilità del diritto alla pensione integrativa, in caso di modifiche peggiorative della disciplina collettiva, soltanto al momento dell'avvenuta maturazione dei requisiti; considerando al riguardo la presentazione di formale richiesta di liquidazione come elemento appartenente alla fase dell'esercizio del diritto, estraneo alla fattispecie costitutiva dello stesso

<sup>377</sup>.

Questa giurisprudenza non ammette invece l'ammissibilità di una maturazione "*pro rata*" del diritto alla pensione<sup>378</sup>. Tuttavia, essa riconosce una forma di tutela anche ai lavoratori che siano stati parte della fattispecie a formazione progressiva costitutiva del diritto alla pensione; ciò attraverso il ricorso alla garanzia normativa offerta dall' art. 2117 c.c. che, dispone la non

---

<sup>376</sup> Così **Dondi G.**, "Le vicende modificative...", op. ult. cit., pag. 299. Critici nei confronti dell'ammissibilità di una maturazione *pro rata* del diritto a pensione **Bessone M.**, "Previdenza Complementare.", op. cit., pag. 244; **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 351; **Tursi A.**, op. ult. cit., pag. 264.

<sup>377</sup> Cfr. Cass. 27 agosto 1997, n. 8098, in Mass. Giur. Lav., 1997, pag. 971 e segg., con nota di Liebman S.; Trib. Milano, 13 luglio 1996, in Arg. Dir. Lav., 1998, pag. 593 e in Lav. Giur., 1997, pag. 217, con nota di Boscati A., Nella sentenza citata, il Tribunale di Milano in particolare definisce come diritto quesito "la posizione sostanziale correlata alla verifica dei presupposti voluti dalla formazione collettiva", cioè la "posizione sostanziale che si verifica quando si sono realizzate tutte le condizioni previste dalla norma collettiva per l'acquisizione di essa sicché non residua alla norma collettiva alcuna competenza normativa", precisando invece che non sono "presupposti della posizione sostanziale né la presenza di una domanda, né la circostanza della cessazione del servizio", da ritenersi semmai "condizioni in senso proprio". In dottrina cfr. **Meucci M.**, "Scioglimento del fondo integrativo e riscatto della posizione previdenziale", in Lav. Prev. Oggi, 2000, pag. 249.

<sup>378</sup> Trib. Milano, 13 luglio 1996, cit., con nota di Boscati A., che precisa: "il trattamento pensionistico integrativo – che è unico e indivisibile – non è la somma aritmetica degli accantonamenti individuali ma un *quid* che si è venuto a formare progressivamente e che ha tra le condizioni necessarie per la propria formazione elementi quali l'anzianità contributiva e l'anzianità anagrafica. Prima che tali presupposti vengano ad esistere non c'è alcuna situazione soggettiva che abbia ad oggetto il trattamento finale".

distraibilità del capitale utilizzato per il finanziamento dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza. La norma codicistica è ritenuta infatti applicabile anche nelle ipotesi di recesso unilaterale del datore da accordi istitutivi di fondi di previdenza complementare, rispetto alle quali è fatta salva, non solo la posizione di coloro che abbiano ormai conseguito il trattamento pensionistico aziendale e quella di coloro che abbiano maturato i requisiti per la fruizione dello stesso ma non abbiano ancora esercitato il relativo diritto, ma altresì lo *status* di quegli iscritti che, pur non avendo ancora maturato i requisiti per il trattamento aziendale, “sono parte della fattispecie a formazione progressiva, costitutiva di capitale in via di accumulo, vincolato a beneficio di tutti gli iscritti al fondo, ai sensi del citato art. 2117”<sup>379</sup>. La giurisprudenza di cui si discute

---

<sup>379</sup> Cass., 1° luglio 1998, n. 6427, in Mass. giur. lav., 1998, pag. 557, con nota di Molteni G., secondo la quale: “Il recesso unilaterale del datore di lavoro da un accordo collettivo aziendale istitutivo di un fondo di previdenza integrativa privo del termine finale è ammissibile, secondo i principi generali che regolano l'estinzione dei rapporti di durata a tempo indeterminato. Esso, tuttavia, non solo trova un ostacolo insuperabile (salvo specifico assenso degli interessati) nei diritti “quesiti” dei lavoratori - al pari delle modifiche *in peius* delle condizioni contrattuali di trattamento precedentemente in vigore - ma deve altresì rispettare la garanzia normativa di cui all'art. 2117 c.c. Ne consegue che il recesso in oggetto non soltanto non può influire né sulla posizione di coloro che, avendo maturato i requisiti ed esercitato il diritto, hanno ormai conseguito il previsto trattamento pensionistico aziendale né sulla posizione di coloro che hanno maturato i requisiti per un trattamento pensionistico ma non hanno ancora esercitato il relativo diritto previo il proprio collocamento a riposo (posizioni entrambi riconducibili alla nozione di diritti “quesiti”), ma non può avere effetto neppure sulla posizione di coloro che, pur non avendo maturato i requisiti per il trattamento aziendale, sono parte della fattispecie a formazione progressiva, costitutiva di capitale in via di accumulo, vincolato a beneficio di tutti gli iscritti al fondo, ai sensi del citato art. 2117”; Cass. 21 gennaio 2000, n. 689, in Mass. giur. lav. 2000, 271 nota Gramiccia G., che in particolare precisa: “Non può certamente dubitarsi che le modificazioni peggiorative dei contratti collettivi non possono influire sulla posizione di coloro che, avendo maturato i requisiti ed esercitato il diritto, hanno ormai conseguito il previsto trattamento pensionistico, né lo possono sulla posizione di coloro che hanno maturato i requisiti per il trattamento pensionistico, ma non hanno ancora esercitato il relativo diritto, previo il loro collocamento a riposo - ed è il caso di specie, conformemente risolto dal Tribunale di Milano - , ma è altrettanto certo che, assumendo l'elemento temporale un ruolo determinante e strettamente connaturato alla sostanza ed al fine socio economico dell'accordo istitutivo di un fondo previdenziale integrativo, tanto più ove questo sia “a ripartizione”, non può escludersi comunque un limite a dette modificazioni, vuoi nella garanzia normativa di cui all'art. 2117 cod. civ., vuoi nel principio (peraltro non del tutto condiviso in dottrina) di ragionevolezza delle medesime, vuoi infine nella tutela che le stesse fonti convenzionali apprestano alle posizioni soggettive che si costituiscono nelle fattispecie a formazione progressiva, costitutiva comunque, in ogni tipo di fondo, di capitale in via di accumulo, vincolato a beneficio di tutti gli iscritti al fondo e non incondizionatamente azzerabile”;

individua inoltre un ulteriore limite alle possibili modificazioni *in peius* della posizione soggettive in corso di maturazione dei beneficiari delle prestazioni pensionistiche promesse dal fondo, nel generale principio di ragionevolezza<sup>380</sup>.

Una particolare ipotesi di successione tra contratti collettivi deve ravvisarsi all'art. 18, comma 7, D.lgs n. n. 124/1993. Tale norma, che si applica ai fondi pensione preesistenti, e che viene in rilievo nella prima delle pronunce analizzate<sup>381</sup>, riconosce alle fonti istitutive il potere, in caso di squilibri finanziari di rideterminare la disciplina delle prestazioni e del finanziamento per gli iscritti che, alla data di entrata in vigore del decreto stesso, non abbiano ancora maturato i requisiti per i trattamenti di natura pensionistica. Essa - che segnala la preoccupazione del legislatore di rispondere alle difficoltà dei fondi preesistenti, spesso strutturati secondo il sistema della ripartizione, riconducibili all'innalzamento delle aspettative di vita e alla riduzione dell'entità delle prestazioni pubbliche<sup>382</sup>-, pone nuove questioni interpretative<sup>383</sup> che vanno ad aggiungersi a quelle oggetto del dibattito del quale si è dato conto appena sopra. La sua indeterminatezza e ambiguità infatti palesa ulteriori incertezze<sup>384</sup> - per lo più riconducibili alla nozione di "squilibrio finanziario" e alla determinazione dei confini dei poteri riconosciuti all'autonomia collettiva -, che sollevano rilevanti perplessità in ordine all'esigenza di garantire i diritti e le aspettative dei soggetti aderenti al fondo; come è chiaramente emerso dall'analisi della giurisprudenza di merito sopra citata<sup>385</sup>.

---

<sup>380</sup> Cfr. Cass., 1° luglio 1998, n. 6427, cit., pag. 557; Cass. 21 gennaio 2000, n. 689, cit., pag. 271.

<sup>381</sup> Trib. Milano 18 maggio 2005, cit.

<sup>382</sup> Cfr. **Tursi A.**, "Contrattazione collettiva e previdenza complementare", op. cit., pag. 293; **Cinelli M.**, op. ult. cit., pag. 507.

<sup>383</sup> In particolare, sul sospetto di illegittimità costituzionale avanzati in relazione al comma 1 dell'art 39 Cost., in considerazione dei limiti che la stessa apparentemente porrebbe all'intervento dell'autonomia collettiva cfr. **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 361 e segg. Sulla diversa considerazione secondo la quale il legislatore con la disposizione in questione non avrebbe inteso subordinare ogni potere di rinegoziazione alla sussistenza di squilibri finanziari, quanto piuttosto limitare alla sola fattispecie considerata la generale libertà delle parti di modificare anche *in peius* quanto in precedenza stabilito cfr. **Cinelli M.**, op. ult. cit., pag. 508, 514.

<sup>384</sup> In generale, sulle incertezze poste dalla norma cfr. **Tursi A.**, "Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare", in Lav. Dir., 1994, pag. 106 e segg.

<sup>385</sup> Trib. Milano 18 maggio 2005, cit.

Circa il significato da attribuire alla nozione di “squilibrio finanziario” la dottrina si è divisa fra quanti hanno inteso accogliere una lettura più estensiva della disposizione<sup>386</sup>, volta a ricomprendere all’interno del concetto richiamato anche fattori esterni, come la riduzione delle prestazioni pubbliche di base<sup>387</sup>, e quanti invece hanno ritenuto di preferire un’interpretazione più formalistica; secondo tale diversa interpretazione, per “squilibrio finanziario” devono intendersi esclusivamente difficoltà di gestione determinate da squilibri “interni”, attinenti all’inadeguatezza delle previsioni statutarie di contribuzione, originate dalla cesura fra vecchi e nuovi iscritti, derivante dall’ 8° comma del D.lgs n. n. 124/1993<sup>388</sup>.

Circa poi l’eventuale esigenza dell’attualità della situazione di squilibrio ai fini della configurabilità della fattispecie presa in considerazione dall’art 18, comma 7, è stato osservato che l’anticipazione del negoziato vale a scongiurare – eliminandone i fattori – l’attualizzazione dello squilibrio<sup>389</sup>.

L’ulteriore interrogativo dell’obbligatorietà o meno del negoziato<sup>390</sup>, che si intreccia con quello della possibile sussistenza in capo al datore di lavoro di un potere unilaterale di recesso dall’accordo istitutivo del fondo<sup>391</sup>, è stato invece definito dalla giurisprudenza di legittimità<sup>392</sup>, attraverso il ricorso al

---

<sup>386</sup> **Cinelli M.**, op. ult. cit., pag. 508.

<sup>387</sup> Sul punto cfr. **Dondi G.**, op. ult. cit., pag. 301, che ritenendo più appropriata la prima delle soluzioni indicate, argomenta richiamando il comma 8 – bis dello stesso art. 18 del D.lgs n. n. 124/1993 che contempla espressamente il caso peculiare degli squilibri “rilevanti” connessi all’applicazione delle disposizioni previste dagli artt. 7, comma 3 e 5 e 8, comma 2, dello stesso decreto, mentre nulla preciserebbe riguardo al comma 7.

<sup>388</sup> Così **Sandulli P.**, “Previdenza complementare”, op. cit., pag. 261; **Pessi R.**, “La previdenza...”, op. ult. cit., pag. 165.

<sup>389</sup> **Persiani M.**, op. ult. cit., pag. 365.

<sup>390</sup> Sul punto cfr. **Vianello R.**, op. ult. cit., pag. 531 e segg.; cfr. anche **Tullini P.**, op. ult. cit., pag. 1118 e segg. e 1132 e segg. che sostiene l’esistenza di un vincolo a riformare il fondo consensualmente, escludendo la configurabilità di un potere di recesso unilaterale, incompatibile con la caratteristica di necessaria durata nel tempo dell’accordo collettivo istitutivo di un programma pensionistico.

<sup>391</sup> **Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 166.

<sup>392</sup> Cass., 16 aprile 1993, n. 4507, in Riv. It. Dir. Lav., 1993, II, pag. 684; Cass. 20 settembre 1996, n. 8360, in Notiz. giur. lav., 1997, pag. 5; Cass., 1° luglio 1998, n. 6427, cit., con nota di Molteni G. che in particolare osserva come al contratto collettivo in particolare deve riconoscersi una durata limitata nel tempo, data l’imprevedibilità delle variazioni di mercato che, vengono ad incidere sul contesto economico-produttivo in cui lo stesso esplica i suoi effetti di composizione di conflitti. Cfr. anche Cass., 7 marzo 2002, n. 3296, cit.

principio civilistico secondo cui il recesso da contratti privi di termine non è condizionato dalla previsione negoziale della relativa facoltà, data la non tollerabilità da parte dell'ordinamento di vincoli obbligatori perpetui. Tuttavia, rispetto a tale soluzione, la dottrina più attenta alle peculiarità della fattispecie individuata all'art. 18, comma 7, ha sottolineato la necessità di porre il correttivo di un congruo preavviso al recesso <sup>393</sup>, escludendo peraltro un possibile esercizio *ad nutum* per il datore di lavoro, attraverso l'esigenza della previsione di una ragione aziendale o comunque con un motivo identificabile con lo squilibrio del fondo<sup>394</sup>.

Tra le varie questioni suscitate dall'analisi della fattispecie, una delle più rilevanti è sicuramente quella relativa all'individuazione dell'ampiezza dei poteri riconosciuto alla contrattazione collettiva, direttamente affrontata dal Tribunale di Milano <sup>395</sup> nel caso sopra descritto, con il quale il giudice di primo grado, nel riconoscere alle fonti istitutive del fondo – peraltro in assenza di una delle OO.SS. stipulanti lo Statuto – un potere – quello di liquidazione del fondo – non espressamente previsto dalla legge, solleva la questione della inadeguatezza di una normativa, che per la sua lacunosità, rischia di lasciare spazio ad interpretazioni lontane dalla prospettiva di riconoscere un effettiva tutela agli interessi degli aderenti al fondo, mostrandosi, rispetto a tali interessi, troppo spesso poco rassicurante.

L'art. 18, comma 7 del D.lgs n. n. 124/1993 assegna alle parti sociali il potere di “rideterminare la disciplina delle prestazioni e del finanziamento” del fondo, peraltro in presenza di squilibri finanziari – che nel caso esaminato sembrerebbero essere esclusi<sup>396</sup> - ma non anche quello, ben più radicale, di disporre la liquidazione. La disciplina legislativa a tal fine richiede infatti la sussistenza di situazioni patologiche, identificabili con l'insolvenza del fondo,

---

<sup>393</sup> **Sandulli P.**, op. ult. cit., pag. 263; **Pessi R.**, op. ult. cit., pag. 169.

<sup>394</sup> **Tullini P.**, op. ult. cit., pag. 1133.

<sup>395</sup> Trib. Milano 18 maggio 2005, cit.

<sup>396</sup> Infatti la COVIP, alla quale l'amministrazione del fondo aveva preventivamente comunicato i provvedimenti necessari per la salvaguardia dell'equilibrio del fondo, aveva negato l'esistenza di un dissesto finanziario, giustificando il programma di dismissioni solo al fine di ricostruire una situazione di liquidità; non potendosi identificare una situazione di illiquidità di per sé considerata con un'ipotesi di dissesto o squilibrio finanziario, non poteva infatti giustificarsi la messa in liquidazione del fondo.

l'insolvenza o la cessazione del datore di lavoro<sup>397</sup>. Inoltre, nel caso in esame non sembra neppure essere stata rispettata la previsione di fare salve le posizioni soggettive degli iscritti che non avessero maturato i requisiti previsti dalle fonti istitutive per i trattamenti di natura pensionistica, dato il riconoscimento da parte dell'accordo modificativo in esame di un capitale ridotto in ragione del deficit tecnico attuariale accertato, e, per un tempo limitato, una prestazione pensionistica diminuita rispetto a quella che sarebbe spettata; per di più destinata a cessare<sup>398</sup>.

### 5. La necessità di interventi legislativi a chiarimento.

L'analisi delle numerose questioni appena affrontate in relazione alla tematica dei fondi "preesistenti", mette in luce una consistente quantità di incertezze interpretative e lacune in vari aspetti della disciplina di tali forme pensionistiche.

I problemi di raccordo della normativa nazionale e comunitaria in materia di rappresentazione in bilancio dei fondi pensione costituiti all'interno del patrimonio di banche e società quotate<sup>399</sup>; le numerose perplessità emergenti dall'analisi della normativa volta ad armonizzare la disciplina dei fondi pensione preesistenti a quella dei fondi di nuova costituzione e generalmente a quella del sistema previdenziale pubblico<sup>400</sup>, nonché i discutibili

---

<sup>397</sup> Agli artt. 11, commi 4 e 5 e 18, comma 7, D.lgs n. n. 124/1993 sono regolate le ipotesi in cui è possibile per le parti sociali procedere alla modificazione della disciplina del fondo e quando questo possa essere sciolto.

<sup>398</sup> Sulle critiche alla pronuncia del Tribunale di Milano, cfr. **Dalla Casa M.**, "Scioglimento dei fondi di previdenza complementare e tutela degli iscritti", cit., pag. 1301-1302.

<sup>399</sup> Cfr. par. 3 di questo capitolo sulle problematiche applicative della normativa IAS in materia di rappresentazione nel bilancio delle banche e delle società quotate dei fondi pensione da queste costituiti all'interno del proprio patrimonio.

<sup>400</sup> Cfr. art 18, comma *quinquies*, D. lgs n. 124/1993 sulla subordinazione del diritto di accesso delle prestazioni pensionistiche erogate dai fondi c.d. "preesistenti" alla maturazione del diritto a pensione nel sistema previdenziale pubblico; art 59, comma 4, ultima parte, L. n. 449/1997 sul divieto di cumulo tra pensione e retribuzione; art 59, commi 4 prima parte, L. n. 449/1997, sull'estensione alle forme di previdenza complementare "preesistenti" del regime di perequazione automatica vigente per il regime generale obbligatorio, con conseguente soppressione dei più vantaggiosi meccanismi di perequazione riferiti alla dinamica retributiva dei dipendenti in servizio, previsti dagli accordi costitutivi di quei fondi. Sul punto si rinvia al par 3 di questo capitolo.

risvolti applicativi di quella stessa normativa alla realtà delle gestioni preesistenti nella recente giurisprudenza di legittimità<sup>401</sup>; infine la poco rassicurante tendenza, evidenziata dalla recente giurisprudenza di merito ad interpretare – o addirittura forzare – l’ambiguo dettato normativo in materia di poteri della contrattazione collettiva, in situazioni di squilibrio finanziario delle gestioni pensionistiche<sup>402</sup>, indicano la necessità di interventi chiarificatori del legislatore, orientati ad una maggiore garanzia di effettività nella soddisfazione dei diritti e delle aspettative degli aderenti alle forme pensionistiche complementari.

Ciò al fine di evitare che la giurisprudenza, in assenza di sufficienti indicazioni del legislatore, si muova in maniera discrezionale dando luogo a contrasti interpretativi che non giovano all’esigenza di dare certezza ai diritti degli iscritti, presupposto per creare un clima di fiducia verso il sistema della previdenza complementare privata che garantisca la crescita ed il consolidamento delle adesioni.

---

<sup>401</sup> Cfr. Cass. 22 novembre 2006, n. 24777, cit., pag. 504 e segg. e Cass. 16 luglio 2007, n. 15769, cit., pag. 7-8, sull’estensione anche ai fondi integrativi del meccanismo di perequazione automatica operante nel sistema pubblico e sulla connessa affermazione circa il superamento della dinamica integrativa dei fondi stessi, spesso giustificata attraverso il ricorso a quella stessa idea – prima criticata e, forse, ora non più sostenibile - di previdenza complementare, riscontrabile nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Sul punto cfr. par. 3 di questo capitolo.

<sup>402</sup> Il riferimento è alla particolare ipotesi di successione tra fonti collettive che regolano le forme pensionistiche complementari presa in considerazione dall’art. 18, comma 7, D.lgs n. n. n. 124/1993. L’evidente ambiguità e lacunosità della disciplina legislativa sul punto favorisce infatti la diffusione di soluzioni “creative” nella giurisprudenza chiamata a decidere sulle singole questioni, delle quali la pronuncia del Tribunale di Milano ( Trib. Milano, 18 maggio 2005, cit. ) - che rivela la chiara preoccupazione della necessità di salvaguardare gli equilibri finanziari del fondo - , ne rappresenta un chiaro esempio.

## **Bibliografia**

**AA.VV.** “ La previdenza complementare per le banche: problemi e prospettive”, 1994.

**Alaimo A.**, ”La previdenza complementare nella crisi del Welfare State: autonomia individuale e nuove frontiere dell’azione sindacale”. In Arg. Dir. Lav., 2001, I, pag. 201.

**Andrietti V., Brindisi A., Ciocia F., Seracchi**, “Le pensioni in Italia e in Europa.”, Ediz. Ediesse, Roma, 2002.

**Annunziata C** , “Inadeguatezza dell’accordo stipulato dalla maggioranza e non dall’unanimità delle Fonti istitutive di un Fondo di previdenza aziendale a trasformarlo da c.d. prestazione a contribuzione definita”, nota a Trib. Livorno 5 febbraio 2007, n. 25 , in *Lav. Prev. Oggi*, 2008, 4, pag. 642.

**Avio A.**, “La previdenza integrativa: cenni al quadro europeo”, in *Lav. Dir.*, 1991, 4, pag. 652.

**Bessone M.**,” Fondi pensione aperti e garanzie di trasparenza”, *Riv. Dir. Priv.* 2002 II, pag. 499.

**Bessone M.**,” Fondi pensione aperti e piani pensionistici individuali. Le grandi linee di una svolta di sistema, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, pag. 17 .

**Bessone M.**, “Fondi pensione e diritti soggettivi. *Portability* della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa”, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, pag. 565.

**Bessone M.**, “Fondi pensione e documenti di bilancio. II. Diritto contabile della nuova previdenza complementare”, in *Giur. Merito*, 2002, 3, pag. 862.

**Bessone M.**,” Fondi pensione e previdenza complementare. La forma <a prestazione definita>.”,in *Lav. Nella Giur.* 2002 fasc. I, pag. 205.

**Bessone M.**, “Gestione finanziaria dei fondi pensione. La disciplina delle attività, le situazioni di conflitto di interesse.” *contr. Impr.* 2002, 1, pag. 139.

**Bessone M.**, “ L’adesione ai fondi pensione. Disciplina del contratto e recesso per giusta causa”, in *Lav. prev. Oggi*, n. 10, 2002, pag. 1025.

**Bessone M.**, “ Previdenza pensionistica privata. La legge di delega dell’agosto 2004 e le grandi linee di una riforma di sistema.” In *Lav. P.A.*, 2004, pag. 5.

**Bessone M.**,” *Previdenza Complementare.*”, Giapichelli , Torino, 2000.

**Bessone M. e Carinci F.**, “La previdenza complementare”, in “*Diritto del lavoro*”, Commentario diretto da Carinci F., IV, Giapichelli, Torino, 2004.

**Boer P.**, “ La previdenza complementare”, in “*Flessibilità e diritto del lavoro*”, II, ( a cura di ) Santoro Passarelli G., 1997, Giapichelli, Torino, pag. 305.

**Boer P.**, “La perequazione automatica delle pensioni ed il relativo contenzioso”, in *Informaz. Prev.*, 1985, pag. 1013.

**Boer P.**, “Perequazione automatica delle pensioni. Commento all’art. 11, d.lgs. 503 del 1992”, in *Cinelli M. - Persiani M.*, “*Commentario della riforma previdenziale*”, Milano, 1995, pag. 288.

**Bianchi N. e Massara B.**, “Sul TFR un tris di benefici”, in *IlSole24Ore*, 23/11/2006.

**Bonalda F.** “Trattamento di fine rapporto”, in La sett. Fiscale, suppl. al n. 23 de Il Sole24Ore, 12/06/2003.

**Bonati G.**, “TFR e previdenza complementare: le ultime novità ministeriali”, in Guida al Lav. , de IlSole24Ore, n. 44, 09/11/2007.

**Bozzao P.** , “ Ancora sulla legittimità costituzionale della contribuzione a favore della previdenza complementare: una decisione non del tutto appagante.”, in Dir. Lav., 2000, II, pag. 306.

**Bozzao P.**, “ La Corte Costituzionale torna sulla questione del "contributo sul contributo", in Giust. It., 1996, 1, pag. 289.

**Bozzao P.** , “ La previdenza pensionistica complementare: Il D.l. vo n. 124/1993 alla luce dell’esperienza europea e degli orientamenti comunitari”, in Dir. Lav., 1993, I, pag. 377.

**Buoro G.**, “Fondi pensione, legislazione italiana e comunitaria, concorrenza, fiscalità, costi, ruolo degli intermediari”, in Dir Ec. Assic., 2006, pag. 741.

**Butani A. e Cerati G.**, “ TFR ai fondi , eredi più incerti. L’attribuzione della somma dipende dalla somma dell’interessato”, in Il Sole24Ore, 0/04/07, pag. 31.

**Caratozzolo M.**, voce “Principi contabili internazionali”, in Enc. Del Dir., Annali I, Milano 2008, pag. 940 .

**Carbone L.**, “ Il blocco della perequazione automatica”, in Cinelli M. - Persiani M., “Commentario della riforma previdenziale”, Milano, 1995, pag. 46 e segg.

**Cardoni L.**, “ La perequazione automatica”, in Pessi R., “ La riforma del sistema previdenziale”, Padova, Cedam, 1995, pag. 137.

**Carinci F.**, “ Riforma Costituzionale e diritto del lavoro”, in Arg. Dir. Lav., 2003, I, pag. 17.

**Carniol F.**, “ La gestione con garanzia di rendimento minimo nella previdenza compelementare”, in Dir e Ec dell’Assic., 2006, 2 , pag. 381.

**Castellino O.**, Le pensioni difficili. La previdenza sociale in Italia tra crisi e riforme, Il Mulino, Bologna, 1995.

**Cerreta M.**, “I fondi aziendali integrativi di previdenza e assistenza (Evoluzione storica della disciplina di diritto positivo e prospettive di riforma)”, in Dir. Lav., 1988, 2 , pag. 173.

**Cesari R.**, “Alla radice della tempesta perfetta”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 07/10/2008.

**Cesari R.**, “Dove andrà il TFR maturando”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 03/01/2007.

**Cesari R.**, “Lavoratori al quadrivio”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 12/03/2007.

**Cesari R.**, “Quanto può rischiare un fondo pensione”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 08/01/2008.

**Cesari R.**, “TFR e fondi pensione”, Il Mulino, Bologna, 2007.

**Cesari R., Grande G. e Panetta F.**, “Il fondo pensione conviene ma attenzione ai costi”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 25/06/2007.

**Cesari R., Grande G. e Panetta F.**, “Quel vantaggio molto fiscale”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 19/06/2007.

**Cester C.** “ La riforma del sistema pensionistico ” , Giapichelli, Torino, 1996.

**Cinelli M.** “Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa”, Riv. It. Dir. Lav. , 86 I, pag 888.

**Cinelli M.**, “ [D.lg. 21 aprile 1993, n. 124, come modificato e integrato dal d.lg. 30 dicembre 1993, n. 585 – Disciplina delle forme pensionistiche complementari. Commento all'art 1 \(Ambito di applicazione\), in Nuove Leggi Civ. Comm., 1995, 1, pag. 169.](#)

**Cinelli M.**, “[Diritto della previdenza sociale.](#)”, Giapichelli, Torino, 1994.

**Cinelli M.**, “Diritto della previdenza sociale.”, Giapichelli, Torino, 1998.

**Cinelli M.**, “Diritto della previdenza sociale.”, Giapichelli, Torino, 2005.

**Cinelli M.**, “Diritto della previdenza sociale.”, Giapichelli, Torino, 2007.

**Cinelli M.**, “ Disciplina delle forme pensionistiche complementari” , in NLCC, 1995, pag. 207.

**Cinelli M.**, “ I problemi della previdenza complementare. L’adeguamento delle forme preesistenti alla disciplina di legge, in Mass. Giur. Lav., 1997, pag.500.

**Cinelli M.**, “Sulle funzioni della previdenza complementare”, in Riv. Giur. Lav., 2000, I, pag. 523.

**Cinelli M., Sandulli P.**,”Prime note sulla riforma pensionistica 2004”in Riv. Dir. Sic. Soc., I, 2004, 2, pag. 587.

**Cinelli M. e Sandulli P.**, “Riflessioni sul disegno di legge di delega n. 2145 in materia previdenziale”, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2002, 516.

**Ciocca G.**, “ I fondi pensione e la libertà della previdenza privata”, in Dir. Lav. 1995, I, pag. 364.

**Ciocca G.**, “ La libertà della previdenza privata”, Giuffrè Editore, Milano, 1998.

**Ciocca G.**, “ La previdenza integrativa dei disciolti enti mutualistici”, nota a Pret. Camerino, 16 novembre 1984, in Riv. it. dir. lav. , 1985, II, pag. 883.

**Ciocca G.**, “ Profili di legittimità costituzionale nel rapporto fra previdenza pubblica e previdenza complementare”, in Mass. Giur. Lav., 2000, 1-2, pag. 118.

**Corasaniti G.**, “ Previdenza complementare: la fiscalità italiana ed europea”, in Dir e Ec dell’Assic., 2006, 3 e 4, pag. 825.

**Costi R.**, “ Fondazione e impresa”, In Riv. Dir. Civ., 1968, I, pag. 23.

**Costi R.**, “ Risparmio gestito e governo societario”, in Giur. Comm., 1998, I, pag. 313.

**Curiat A. e Lo Conte M.**, “ Ecco perché non conviene l’uscita tattica del TFR dai fondi pensione”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 27/06/2008.

**Crescentini L.**, “ La comunicazione della Commissione Europea sulla eliminazione degli ostacoli fiscali all’erogazione transfrontaliera di pensioni aziendali e professionali: un tabù che si infrange”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, f. 3, pag. 178

**Dalla Casa M.**, “ Scioglimento dei fondi di previdenza complementare e tutela degli iscritti”, in Arg. Dir. Lav. 2006, f4-5, pag. 1290.

**Damiano C., Lapadula B.**, L’altra pensione. Riforma del Tfr e fondi contrattuali, Ediesse, Roma 2000.

**De Luca Tamajo R. e Paterno' F.**, “La sottoposizione a contribuzione previdenziale delle erogazioni datoriali ai fondi di previdenza integrativa: la

sentenza n.427/1990 della Corte Costituzionale”, nota a Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in *Orient. Giur. Lav.*, 1991, pag. 224.

**De Marco S.**, “ Incentivi fiscali alla previdenza complementare ex d.lgs n. 252/2005”, in *Boll. Trib.*, 2006, n. 19, pag. 1525.

**De Rosa L. e Russo A.**, “ Previdenza complementare. Disciplina Fiscale”, in *la Settimana Fiscale*, anno IX, n. 21, 26 maggio 2005, allegato a *Il Sole24Ore*, 21/05/05.

**De Valles A.**, “ Natura giuridica dei fondi per la previdenza e l’assistenza di cui all’art. 2117 c.c.” in *Dir. Econ.*, 1961, pag. 1183.

**Dondi G.**, “La nozione di retribuzione ai fini contributivi”, in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, pag. 552.

**Dondi G.**, “ Le vicende modificative delle fonti istitutive”, in *Bessone M. e Carinci F. (a cura di), “La previdenza complementare”* vol. IV, Torino, 2004, pag. 293.

**Dondi G.**, “Prime note sulla recente disciplina delle forme pensionistiche complementari”, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, pag. 706.

**Dondi G.**, “ Una nozione di retribuzione ai fini contributivi”, in *Mass. Giur. Lav.*, 1989, pag. 106.

**Dondi G.**, Sub art 38 Cost., in *Grandi M. e Pera G. “ Commentario breve alle leggi sul lavoro”*, Padova, Cedam, 2001, pag. 74.

**Dondi G.**, Sub art 2117 c.c., in *Grandi M. e Pera G. “ Commentario breve alle leggi sul lavoro”*, Padova, Cedam, 2001, pag. 517.

**Dondi G.**, Sub art 2123 c.c., in *Grandi M. e Pera G. “ Commentario breve alle leggi sul lavoro”*, Padova, Cedam, 2001, 559.

**Dondi G. e Rondo A.**, “ La sospesa erogazione di nuove pensioni di anzianità ex lege 438/1992 concerne anche la previdenza complementare privata?”, nota a *Cass.* 15 giugno 1995, n. 6771, in *Giust. Civ.*, 1996, I, pag. 2377.

**Dondi G. e Zampini G.**, “ art 2113 e 2117 c.c.”, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro a cura di Grandi e Pera*, Padova, Cedam, 2006.

**Dondi G. e Zampini G.** “ Previdenza pubblica e complementare privata nella riforma del titolo V della costituzione.”, in *Lav. nelle P.A.*, 2002, I, pag. 178.

**Ferraro G.**, “ I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione”, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, I, pag. 275.

**Ferraro G.**, “La previdenza complementare nella riforma del Welfare.”, tomo I e tomo II, Giuffrè editore, Milano, 2000.

**Ferrera M.**, “ Le trappole del welfare”, *Mulino*, Bologna, 1998.

**Ferrera M.**, “Nuova Europa e nuovo welfare.”, *Cacucci editore*, Bari, 2001.

**Ferrera M.**, “Stato sociale e mercato”, *Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli*, Torino, 1993.

**Fornero E.**, “ L’economia dei fondi pensione” , *Il Mulino*, Bologna, 1999.

**Fraioli A.**, “ Natura delle contribuzioni versate dai datori di lavoro ai fondi di previdenza complementare”, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2006, I, pag. 119.

**Galgano F.**, “ Delle associazioni non riconosciute”, *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Libro I- delle persone e della famiglia, artt. 36 - 42, *Bologna - Roma*, 1976, pag. 123.

**Galgano F.**, “ Delle persone giuridiche”, in Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Libro I- delle persone e della famiglia, artt. 11-35, Bologna - Roma, 1969, pag. 299, nota 25.

**Galli G. e Manzato R.**, “Fondo che scegli costo che trovi”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 23/04/2008.

**Gallo F.**, “ Quali agevolazioni fiscali per il risparmio previdenziale?”, in Giur. Comm. 2003, 1, pag. 561.

**Gallo F.**, “Prime considerazioni sul regime di tassazione dei fondi pensione”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, 1, pag. 30.

**Gambacciani M.**, “ Finanziamenti del datore di lavoro alla previdenza complementare e computabilità sul trattamento di fine rapporto”, in Arg. Dir. Lav., 2006, II, pag. 610.

**Ghera E.**, “ Forme speciali e integrative di previdenza sociale”, in Dir. Lav., 1988, 2 pag. 115.

**Giubboni S.**, “ Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare.”, in Lav. Giur. 2006, 3, pag. 249.

**Giubboni S.**, “ La previdenza di base e complementare nella giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza”, Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2002, 5, pag. 685.

**Giubboni S.**, “I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze pratiche e conflitti teorici.”, in Arg. Dir. Lav. 2001, I, pag. 685.

**Grandi M.**, “Previdenza integrativa e previdenza privata”, in Quest. Attuali di dir. Lav., (supplemento), in Not. Giur. Lav., 1989, 2 , pag. 220 e in Dir. Lav., 1990, I, pag. 95.

**Grandi M.**, “Quiescenza (trattamento di) (diritto privato)”, Enciclopedia del diritto, XXXVIII, Giuffrè Editore, Milano, 1987 pag. 145.

**Guerra M. C.**, “ La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, 2 , pag. 7.

**Liebman S.**, “*Usi aziendali*, volontà negoziale dell'imprenditore e autonomia collettiva”, nota a Cass. 27 agosto 1997, n. 8098, in Mass Giur. Lav. 1997, pag. 791.

**Linciano N. e Piatti L.**, “ Regolamentazione e fiscalità della previdenza complementare: una simulazione dei calcoli di convenienza per il caso italiano.”, in Banca Impresa Società, 1999, pag. 248.

**Lo Conte M.**, “Ecco chi è il guardiano dei fondi di categoria”, in Plus/IlSole24ore, 18/08/2007.

**Lo Conte M.**, “ Fondi, la COVIP fissa le regole”, in IlSole24Ore, 02/11/2006.

**Marchesi M.**, “ I regimi europei di tassazione dei fondi pensione: un esame comparato.”, in Riv. Dir. Trib. Int., 2004, pag. 157.

**Mangiatordi B.**, “ Ancora molto lavoro da fare sui fondi pensione”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 25/06/2008.

**Mangiatordi B.**, “ Carissimi fondi”, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 19/03/2008.

**Masocco F.**, “Lavoratori al sicuro. Non ci sono pericoli per i fondi pensione”, intervista a Luigi Scimia, Presidente COVIP, in L'Unità, 19/08/2007.

**Mastrangeli F.**, “ La disciplina dei fondi pensione nei D.lgs. n. 124 e n. 585 del 1993, in Riv. It. Dir. Lav., 1994, I, pag. 141.

**Messori M.**, “La previdenza complementare in Italia”, Il Mulino, Bologna, 2006.

**Messori M.**, “Tfr ai fondi, uno su tre ha optato per il sì”, Corriere della Sera, 01/08/2007.

**Marchetti F.**, “ Elementi ricostruttivi della disciplina fiscale della previdenza complementare”, in Rass. Trib., 1996, pag. 27.

**Marchetti F.**, “ Riforma e possibili linee evolutive della fiscalità della previdenza privata complementare”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2002, 5, pag. 672.

**Marchetti F.**, “Giustificazioni economiche e giuridiche alla disciplina fiscale della previdenza: la difficile scelta tra diversi schemi teorici di imposizione”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, 6, pag. 106.

**Maresca A.**, “ Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato”, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 1985, pag. 685.

**Mastantuono D.**, “ Modifiche peggiorative alla disciplina dei fondi di previdenza complementare: il caso dei fondi in squilibrio finanziario”, in Dir. Lav., marzo-aprile, 2005, pag. 195.

**Matrangeli F.**, “La disciplina dei fondi pensione nei d.lgs n. 124 e n. 585 del 1993”, in Riv. It. Dir. Lav., 1994, I, pag. 170.

**Mazziotti F.**, “ Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive” in Dir. Lav., 1997, 4, pag. 239

**Meucci M.**, “ Legittimità costituzionale della scelta legislativa di non consentire il prepensionamento dei dipendenti beneficiari di fondi di previdenza complementare”, in Lav. Prev. Oggi, 2000, 11, pag. 1980.

**Meucci M.**, “ Scioglimento del fondo integrativo e riscatto della posizione previdenziale”, in Lav. Prev. Oggi, 2000, pag. 249.

**Miani Canevari F.**, “ Svolgimenti recenti della giurisprudenza costituzionale e contributo all’evoluzione del sistema previdenziale”, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2001, 1

**Mignarri E.**, “Come è cambiata la disciplina fiscale della previdenza complementare” in Fisco e Tributi, 2007, 2, pag. 25.

**Miscione M.**, Il sostegno al reddito degli enti bilaterali, in Dir. Prat. Lav., 1997, n. 36, pag. 2579

**Nicolini C.A.**, “ La perequazione automatica delle pensioni prima e dopo la manovra finanziaria per il 1998”, in Mass. Giur. Lav., 1998, II, pag. 781.

**Nicolini C.A.**, “Le politiche previdenziali della XIII legislatura: un tentativo di bilancio”, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2001, I, pag. 151.

**Olivelli P** “ La Costituzione e la sicurezza sociale”, 1988

**Olivelli P. e Pessi R.**, “ La previdenza complementare nella Comunità Europea.”, Giuffrè Editore, Milano, 1992.

**Oppo G.**, “ Sull’<autonomia> delle sezioni di credito speciale, in Banca e Borsa, 1979, I, pag. 1.

**Paladin L.**, “Le fonti del diritto italiano”, Bologna, 1996.

**Pallini M.**, “ La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?”, in Riv. Giur. Lav., 2002, 1, pag. 21.

**Pandolfo A.**, “La nuova cornice legislativa della previdenza complementare”, in AA. VV., I fondi pensione, in Dir. Prat: lav., 1993, n. 35, inserto, pag. X.

**Pandolfo A.**, “ Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del d.lgs. n. 252/2005”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2006, II, pag. 146.

**Pera G.**, “Fondi pensionistici integrativi e contribuzione previdenziale” nota a Corte Cost. 1995 n. 421, in Riv. It. Dir. Lav., 2, 1996, pag. 7.

**Pera G.**, “ Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali.”, in Riv. It. Dir. Lav., 1986, I, pag. 927.

**Persiani M.**, “ Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata”, in Arg. Dir. Lav., 1998, pag. 311.

**Persiani M.**, “ *Devolution* e diritto del lavoro”, in Arg. Dir. Lav., 2002, I, pag. 19.

**Persiani M.**, “ Diritto della previdenza sociale”, Padova, 2007.

**Persiani M.**, “ Fondi interni e libertà di iniziativa economica privata”, in Arg. Dir. Lav., 1997, 6, pag. 127.

**Persiani M.**, “ La previdenza fra libertà e garanzie. Primato e limiti della previdenza pubblica”, in INPDAP, 1994, pag. 273 e segg.

**Persiani M.**, “ La previdenza complementare”, Cedam, Padova, 2007.

**Persiani M.**, “ La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario.”, in Arg. Dir. Lav., 2001, 3, pag. 715.

**Persiani M.**, “ Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare”, in Arg. Dir. Lav., 2006, pag. 1479.

**Persiani M.**, “ Previdenza pubblica e previdenza privata”, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2000, pag. 201, XIII Congresso A.I.D.L.A.S.S. – Ferrara – 11/13 maggio 2000.

**Persiani M.**, “ Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale”, nota a Cass. 8 gennaio 1987, n. 61, in Mass. Giur. Lav., 1987, pag. 70.

**Persiani M.**, “ Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico”, in Arg. Dir. Lav., 1996, III, pag. pag. 53.

**Persiani M.**, “Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale”, in AIDLASS, “Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale” (Atti delle giornate di studio di Rimini, 28 – 29 aprile 1984), Milano, 1985, pag. 3.

**Pessi A.**,” *Welfare* e previdenza complementare: il *Pension Bill* del 2004 e le proposte di riforma in Italia ed in Gran Bretagna.”, in ADL 2004 fasc I, pag. 609.

**Pessi R.**, “ La previdenza complementare nella Comunità europea”, Milano, 1995.

**Pessi R.**, “ La nozione di previdenza integrativa”, in Pessi R. “Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale”, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli , 1989.

**Pessi R.**, “ La previdenza complementare.”, Padova, 1999.

**Pessi R.**, “ La riforma del sistema previdenziale”, Padova, Cedam, 1995.

**Pessi R.**, Lezioni di diritto della previdenza sociale, IV ed., Padova, 2004

**Pessi R.**, “ Previdenza complementare e previdenza privata”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2002,5, pag. 663.

**Pessi R.**, “ Una lezione di etica della politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare”, nota a Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass Giur Lav.* 2000, 8/9, pag. 965 .

**Piccinini I.**, *Autonomia collettiva e previdenza*, Torino, 2000.

**Pierini A.**, “ Previdenza complementare in Italia e negli Stati Uniti: note per un raffronto”, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2003, I, pag. 145.

**Procopio M.**, “ Riformata la disciplina fiscale della previdenza complementare”, in *Corr. Trib.* 2000, aprile-maggio, pag. 926.

**Procopio M.**, “ TFR tra finanziamento di interventi strutturali e fondi pensione”, in *Corr. Trib.*, 2007, 4, pag. 283.

**Proia G.**, “Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare.”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 2, pag. 619.

**Proia G.**, “ La Corte Costituzionale e la previdenza complementare”, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 173.

**Proia G.**, “ Sussidiarietà e previdenza”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 1567.

**Proia G.**, “ Tutela previdenziale pubblica , consenso del soggetto protetto e previdenza complementare. (note in margine ad un recente convegno)”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 1, pag. 115.

**Puri P.**, “ Destinazione previdenziale e prelievo tributario”, Milano, 2005.

**Ranieri M.**, “ Il trasferimento della posizione individuale nei fondi pensione: applicabilità della disciplina anche ai fondi “preesistenti” gestiti con il sistema a ripartizione”, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2005, II, pag. 922.

**Realmonte F. e Tosi P.**, “La previdenza integrativa dopo la sentenza n. 427/1990 della Corte Costituzionale”, nota a Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, pag. 247.

**Rispoli Farina M., Rotondo G.**, “ Il mercato finanziario: intermediari finanziari, società quotate, assicurazioni, previdenza complementare.”, Milano , Giuffrè Editore, 2005.

**Roccella M. e Treu T.**, “Diritto del Lavoro della Comunità Europea” Padova, Cedam 1995.

**Romagnoli U.**, “Natura giuridica dei fondi di previdenza”, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1960, pag. 858.

**Romeo C.**, “ Luci e ombre sul trasferimento del TFR ai fondi pensione “, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, pag. 861.

**Romeo C.**, “ Prospettive della previdenza complementare tra riforme del diritto del lavoro e dinamiche di finanziamento”, in *Lav. Giur.*, 2006, 12, pag. 115.

**Rondo A.**, “ la natura di retribuzione differita dei contributi versati ai fondi di previdenza privata”, nota a Cass. 17 gennaio 2006, n. 783, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, n. 5, pag. 369.

**Rossi P.**, “Previdenza complementare: chiarimenti COVIP e ministeriali”, in *Guida al Lav. de IlSole24Ore*, n. 20, 16/05/2008

**Sandulli P.**, “ Disdettabilità di accordi collettivi e prestazioni pensionistiche complementari”, nota a Cass. 12 febbraio 1990, n. 987. in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, pag. 388.

**Sandulli P.**, “ Fondamenti giuridici e modelli di regolamentazione della previdenza integrativa nell’evoluzione del sistema pensionistico”, in *Prev.*

Soc., 1998, I, pag. 445.

**Sandulli P.**, “ Il decreto legislativo n. 124/93 nel sistema pensionistico riformato”, in *Dir. Prat. Lav.* 1993, n. 35, pag. 111

**Sandulli P.**, “ Il ruolo delle fonti istitutive nel sistema pensionistico complementare: il caso di un fondo c.d. preesistente a regime misto”, nota a *Trib. Milano*, 18 maggio 2005, ord., in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 715.

**Sandulli P.**, “ La contribuzione sulla previdenza complementare torna al legislatore?”, nota a *Corte Cost.* 8 settembre 1995, n. 421, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, pag. 535.

**Sandulli P.**, “ Obbligo di contribuzione sulle somme erogate a fondi di previdenza complementare.”, nota a *Corte Cost.* 8 giugno 2000, n. 178, in *Mass Giur Lav.*, 2001,I, pag. 91 .

**Sandulli P.**, “ La contribuzione sulla previdenza torna al legislatore?”, nota a *Corte Cost.* , 8 settembre 1995, n. 421, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, pag. 535.

**Sandulli P.**, “ Previdenza complementare”, in *Dig. Disc. Priv.*, XI, Giapichelli, Torino, 1995, pag. 253.

**Sandulli P.**, “ Profili lavoristici dei nuovi fondi pensione”, in “Le forme di previdenza complementare: costituzione, gestione e finanziamento dei fondi pensione contrattuali”, *Atti del convegno di Siena* 12 aprile 1997, in “*Studi senesi*”, 1998, pag. 233.

**Sandulli P.**, “ Riflessioni sulla previdenza complementare”, in *AA. VV.*, “ Questioni attuali di diritto del lavoro”- *Previdenza obbligatoria e integrativa*”, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1989, 2, suppl., pag. 312.

**Sandulli P.**, “ Riforma pensionistica e previdenza integrativa”, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 201 e in *AIDLASS*, “ Riforma pensionistica e previdenza integrativa”(Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro di Cagliari 12 – 13 ottobre 1990), Milano, 1994, pag. 3.

**Sandulli P.**, “Vicende legislative e giudiziarie della contribuzione a previdenza complementare nel pregresso regime”, nota a *Corte Cost.* , 8 giugno 2000, n. 178, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 1/2, pag. 104.

**Santacroce B.**, “Cambia la tassazione: modello svedese addio.”, in *Il sole* 24 ore, 24 ottobre, 2006.

**Santoni F.**, “Fondi speciali di previdenza”, in *Enc. Giur. Trecc.*, XIV, Roma, 1989.

**Santoro Passarelli G.**, “ Il trattamento di fine rapporto”, Giapichelli, Torino, 1995

**Santoro Passarelli G.**, “La previdenza complementare tra rischio e bisogno”, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pag. 976 .

**Santoro Passarelli G.**, “Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, pag. 93.

**Schanté D.** “ L’evoluzione del quadro regolamentare europeo della previdenza collettiva”, in *Dir e Ec dell’ Assic.*, 2006, fasc. 3 e 4, pag. 793.

**Scarpelli F.**, “ Trattamenti previdenziali integrativi e successione di contratti collettivi: un interessante contributo alla teoria dei diritti acquisiti nei rapporti di durata”, nota a *Pret. Milano*, 7 settembre 1995, in *Orient. Giur. Lav.*, 1995, pag. 1060.

**Scognamiglio G.**, “ La ricezione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS ed il sistema delle fonti del diritto contabile in AA.VV., “ IAS/IFRS: la modernizzazione del diritto contabile in Italia ”, Milano, 2008, pag. 65.

**Scorcelli R.**, “L’adeguamento delle prestazioni pensionistiche erogate dalle forme di previdenza complementare”, nota a Cass. 21 febbraio 2001, n. 2570, in D. & L., Riv. Crit. Dir. Lav.,2001, II, pag. 1116.

**Sgroi A.**, “ Il rapporto fra norme nel sistema previdenziale dopo la legge delega n. 243 del 23 agosto 2004”, In Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2005, f. II, pag. 705.

**Spagnuolo Vigorita G.**, “ Contratto collettivo, contratto a favore dei terzi, limiti al potere dispositivo del sindacato”, in Giorn. Dir. Rel. Ind., 1993, pag. 47.

**Spagnuolo Vigorita L.**, “ Obiettivi collettivi e strumenti contrattuali. I diritti acquisiti in tema di pensione integrativa”, In Arg. Dir. Lav., 1995, 2, pag. 17.

**Stanchi A.**, “Fondi di previdenza integrativa, successione di contratti collettivi”, nota a Trib. Milano, 30 ottobre 2001, in Riv. It. Dir. Lav., 2002, II, pag. 412.

**Strampelli G.**, “ L’introduzione dei principi IAS-IFRS e gli effetti sulla disciplina giuridica del bilancio di esercizio”, in Comm. . **Marchetti P.- Bianchi L.A.- Ghezzi F.- Notari M.**, Obbligazioni Bilancio, Milano, 2005, pag. 373.

**Tafari S.**, “ Aspetti comparativi nel regime giuridico e fiscale della previdenza complementare nell’Unione Europea”, in Tributi, 2002, luglio-dic., p. 610

**Tomassini C.**, “ Previdenza complementare e TFR: la legge di riforma e la regolamentazione COVIP”, in Assic., 2006, n. 4, pag. 467.

**Tosi P. e Realmonte F.**, “La previdenza integrativa dopo la sentenza n. 427/1990 della Corte Costituzionale.”, nota a Corte cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in RIV. IT. DIR. LAV. 1991,II, pag. 239.

**Treu T.**, “ La previdenza integrativa in Italia”, Milano 1988.

**Treu T.**, “ L’Europa sociale. Problemi e prospettive”, in Dir. Rel. Ind., 2001, III, pag. 307.

**Treu T.**, “ Le politiche del Welfare problemi e prospettive”, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2004, I, pag. 1.

**Treu T.**, “ Pubblico e privato nella previdenza”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, I, pag. 7.

**Tullini P.**, “Fondi di previdenza integrativa e recesso del lavoratore. Sulle somme erogate in favore di forme di previdenza integrativa”, in Riv. It. Dir. Lav., 1994, 2, pag. 420.

**Tullini P.**, “Previdenza complementare e tutela delle posizioni soggettive”, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1996, pag. 1117.

**Tullini P.**, “Sul recesso dall’accordo istitutivo di un fondo di previdenza Complementare”, in Riv. It. Dir. Lav., 1996, 2, pag. 645.

**Tursi A.**, “ Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro”, Torino, Giapichelli, 1996.

**Tursi A.**, Contrattazione collettiva e previdenza complementare, Riv. It. Dir. Lav., 2000, pag. 269.

**Tursi A.**, “Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare”, in Prev. Ass. Pubbl. Priv., 2004, pag. 405.

**Tursi A.**, “ Il TFR nei fondi pensione? Per la Cassazione è l’inverso”, nota a Cass. 17/01/06, n. 783 e Trib Perugia, 31/01/06, in Riv. It. Dir. Lav., 2006, II, pag. 710.

**Tursi A.**, La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, Giuffrè editore, Milano, 2001.

**Tursi A.**, “ La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali. “, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2002, 1, pag. 111.

**Tursi A.**, “ La questione ancora aperta della computabilità ai fini del TFR del contributo del datore di lavoro a fondi di previdenza complementare”, in Riv. It. Dir. Lav., 2006, II, pag. 701.

**Tursi A.**, “La terza riforma della previdenza complementare in itinere. Spunti di riflessione”, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2005, I, pag. 513.

**Tursi A.**, “ Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare”, in Lav. Dir., 1994, pag. 81.

**Vallebona A.**, “La garanzia dei crediti di lavoro e delle posizioni previdenziali in caso di insolvenza del datore di lavoro”, in Riv. It. Dir. Lav., 1993, I, pag. 72.

**Vallebona A.**, “Limiti legali all’autonomia dei fondi pensione”, in Dir. Lav., 2000, I, pag. 346.

**Vianello R.**, “ Accesso alle prestazioni assicurate dalle forme di previdenza complementare “preesistenti””, in “La riforma del sistema pensionistico”, a cura di Cester C., Giapichelli, Torino, 1996, pag. 516.

**Vianello R.**, Commento a Trib. Verona, 4 ottobre, 2000, n. 601, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2001, IV, pag. 58.

**Vianello R.**, “ Costituzione dei fondi e autorizzazione all’esercizio”, in “La riforma del sistema pensionistico”, a cura di Cester C., Giapichelli, Torino, 1996, pag. 413.

**Vianello R.**, “I fondi pensione aperti”, in “La riforma del sistema pensionistico”, a cura di Cester C., Giapichelli, Torino, 1996, pag. 489.

**Vianello R.**, “ Il finanziamento dei fondi pensione”, in “La riforma del sistema pensionistico”, a cura di Cester C., Giapichelli, Torino, 1996, pag. 479.

**Vianello R.**, “ Permanenza nel fondo pensione e cessazione dei requisiti di partecipazione”, in “La riforma del sistema pensionistico”, a cura di Cester C., Giapichelli, Torino, 1996, pag. 500.

**Vianello R.**, “Previdenza complementare e autonomia collettiva.”, Cedam, 2006.

**Viscomi A.**, “ La facoltà di trasferimento della posizione pensionistica individuale”, in Dir. Lav., 1997, pag. 55.

**Volpe – Potzolu G.**, “Fondi di previdenza e assicurazione”, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 1988, I, pag. 185.

**Volpe – Potzolu G.**, “Fondi pensione: responsabilità e garanzie”, in Assic., 1994, fasc. I, pag. 223.

**Volpe-Putzolu G.**, “ I fondi pensione aperti, in Banca Borsa e titoli di credito, 1996, pag. 320

**Volpe – Potzolu G. e Cavalieri E.**, “ Iscrizione in bilancio dei fondi di quiescenza del personale”, in Giur. Comm., 1986, I, pag. 425.

**Zampini G.**, “ Il finanziamento”, in Bessone M. e Carinci F., “La previdenza complementare”, in “Diritto del lavoro”, Commentario diretto da Carinci F., IV, Giapichelli, Torino, 2004, pag. 320.

**Zampini G.**, “La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi”, Cedam, Padova, 2004.

**Zampini G.**, “ La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme”, Arg. Dir. Lav. 2006, I, pag. 23.

**Zampini G.**, “ La previdenza complementare tra contraddizioni intrinseche e dubbi di costituzionalità. Appunti ricostruttivi ed esegetici in margine al D.lgs. n. 124/1993”, in Dir. Rel. Ind., 2000, pag. 450.

**Zampini G.**, “ Previdenza complementare e *blocco* delle pensioni di anzianità”, nota a Pret. Treviso 21 febbraio 1997, a Pret. Bologna 27 marzo 1997, (ord.) e a Pret. Genova 1 agosto 1997, in Lav. Giur., 1998, pag. 47.

**Zangari G.**, Fondi speciali per la previdenza e l'assistenza” (sub art. 2117 c.c.), in Zangari G., “Del lavoro. Commentario al codice civile”, Utet, Torino, 1993, pag. 720.

**Zangari G.**, “Forme di previdenza” (sub art. 2123 c.c.), in Zangari G., “Del lavoro. Commentario al codice civile”, Utet, Torino, 1993, pag. 1052.

**Zoppoli L.**, “ Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese”, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., pag. 373.

#### **- Recenti atti della COVIP:**

**COVIP**, “ [Indagine conoscitiva sulla crisi finanziaria internazionale e sui suoi effetti sull'economia italiana](#)”, Audizione presso la Commissione VI – Finanza e Tesoro del <senato della Repubblica, 8 ottobre 2008, in [www.covip.it](http://www.covip.it).

**COVIP**, “[Esposizione dei fondi pensione italiani verso titoli della Lehman Brothers](#)”. Comunicato Stampa, 26 settembre 2008, in [www.covip.it](http://www.covip.it).

**COVIP**, “La previdenza complementare. Principali dati statistici”, aggiornamento al 30/06/2008, settembre 2008, in [www.covip.it](http://www.covip.it).

**COVIP**, “ [Relazione annuale per l'anno 2005. Considerazioni del Presidente](#)”, del 21 giugno 2006, in [www.covip.it](http://www.covip.it).

**COVIP**,” Relazione annuale per l'anno 2007”, del 24 giugno 2008, in [www.covip.it](http://www.covip.it).

#### **- Recenti circolari INPS:**

**INPS**, Circolare n. 7003/04/2007, “Istituzione del Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'art 2120 c.c.”

