

STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO

Collana diretta da LUISA GALANTINO e SALVATORE HERNANDEZ †

MICHELE SQUEGLIA

**LA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»
UN MODELLO DI NUOVA GENERAZIONE
PER LA TUTELA DEI BISOGNI PREVIDENZIALI
SOCIALMENTE RILEVANTI**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO
Collana diretta da
LUISA GALANTINO e SALVATORE HERNANDEZ†

Questo volume della presente Collana è stato sottoposto a valutazione scientifica da parte di professori ordinari di Diritto del lavoro, italiani e stranieri, individuati all'interno del Comitato di valutazione che ad oggi è così composto: Prof. Emilio Balletti (Seconda Università di Napoli); Prof. Jaime Cabeza Pereiro (Università di Vigo – Spagna); Prof. Luigi Fiorillo (Università di Napoli – Federico II); Prof. Alessandro Garilli (Università di Palermo); Prof. Nelson Mannrich (Università di San Paolo, Brasile – USP); Prof. Hugo Roberto Mansueti (Pontificia Università Cattolica Argentina - Buenos Aires); Prof. Arturo Maresca (Università di Roma – La Sapienza); Prof. Rolando Murgas Torrazza (Università di Panamá – Panamá); Prof. Alan C. Neal (Università di Warwick – Regno Unito); Prof. Hector Humeres Noguera (Università del Cile - Santiago del Cile); Prof. Mario Pasco Cosmopolis (Pontificia Università Cattolica del Perù – Perù); Prof. Antonio Pileggi (Università di Roma – Tor Vergata); Prof. Roberto Pessi (Luiss Guido Carli - Roma); Prof. Giampiero Proia (Università di Roma Tre); Prof. Wilfredo Sanguineti Raymond (Università di Salamanca – Spagna); Prof. Francesco Santoni (Università di Napoli – Federico II); Prof. Giuseppe Santoro Passarelli (Università di Roma – La Sapienza).

La valutazione viene effettuata:

– sui seguenti criteri: congruenza con le tematiche del settore scientifico-disciplinare (Diritto del lavoro); originalità; carattere innovativo dello studio; approfondimento ed organicità dello studio (ampiezza del respiro culturale e sistematico; costruttività e criticità dell'approccio); rigore metodologico; forma; aggiornamento e completezza della documentazione;

– e con un procedimento che in generale si articola nelle seguenti fasi:

a) una prima fase in cui il volume viene sottoposto a referaggio autonomo ed indipendente da parte di tre professori della materia (due italiani ed uno straniero), facenti parte del Comitato di valutazione. In questa fase ogni valutatore ha la possibilità di esprimere un giudizio di adeguatezza dell'opera per la pubblicazione nella Collana, oppure la possibilità di indicare le modifiche e/o integrazioni da suggerire all'Autore al fine di rendere l'opera adeguata;

b) una seconda fase, soltanto eventuale, in cui i tre valutatori, verificata la correttezza delle modifiche e/o integrazioni, esprimono un giudizio di adeguatezza dell'opera.

MICHELE SQUEGLIA

LA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»
UN MODELLO DI NUOVA GENERAZIONE
PER LA TUTELA DEI BISOGNI PREVIDENZIALI
SOCIALMENTE RILEVANTI

con Prefazione di Armando Tursi



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2014 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-4814-2

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Parte Prima
Gli ambiti della
“previdenza contrattuale”

Capitolo Primo

La previdenza complementare di fonte contrattuale

SOMMARIO: 1. L'origine monistica della previdenza complementare e la costruzione della disciplina sul binomio "fonte istitutiva" e "fonte costitutiva". – 2. La forma giuridica e lo scopo previdenziale dei fondi pensione quale "vincolo di carattere teleologico". – 3. La libertà individuale all'adesione quale "principio costitutivo del sistema della previdenza complementare". – 4. Il modello di *governance* e il sistema *two-tier system* "di tipo orizzontale". – 5. Previdenza complementare di fonte contrattuale e art. 39, Cost.: il diverso ruolo dell'autonomia collettiva sui fondi pensione c.d. aperti. – 6. L'impianto regolatorio degli incentivi contributivi e (*lato sensu*) fiscali quale effetto dell'accantonamento del "risparmio non disponibile". – 6.1. La contribuzione di solidarietà per le somme a carico dei datori di lavoro destinate a finalità di previdenza complementare. – 6.2. Il trattamento tributario dei contributi versati. – 6.3. La tassazione dei rendimenti e delle prestazioni. – 6.4. Le misure compensative a favore delle imprese. – 7. Lo svolgimento di funzioni *extra pensionistiche*.

1. *L'origine monistica della previdenza complementare e la costruzione della disciplina sul binomio "fonte istitutiva" e "fonte costitutiva"*

La genesi contrattuale-sindacale della previdenza complementare costituisce un dato giuridico che non è revocabile in dubbio¹.

Nonostante il proliferare di leggi degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso e l'esigenza di regolare un numero sempre crescente di rapporti sociali, il diritto legislativo non ebbe interesse a disciplinare "uno strumento complementare di realizzazione della sicurezza sociale secondo il disegno costituzionale"², giacché forte era il convincimento che l'autonomia negoziale fosse sufficientemente idonea, in termini di economie (derivanti dall'aggregazione dei soggetti) e di potenzialità (risultante dal rapporto costi/benefici), a soddisfare bisogni previdenziali privati – sociali a favore di un gruppo di lavoratori, contrattualmente o professionalmente definito³.

¹ Cfr. GRANDI M., *Previdenza integrativa e previdenza privata (con particolare riferimento al settore del credito)*, in *Dir. Lav.*, 1990, I, 102 secondo cui la previdenza privata ha iniziato faticosamente ad acquistare dignità di (micro) sistema nel momento in cui è emersa l'origine contrattuale – sindacale o comunque di fenomeno basato su un atto di autonomia negoziale.

² PESSI R., *La nozione di previdenza integrativa* in PESSI R. (a cura di), *Solidarietà e mutualità nel Diritto della previdenza Sociale*, Napoli, 1989, 16.

³ Scrive ZAMPINI G. (*La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli*

L'ampia libertà di definire i propri bacini di utenza, le modalità di adesione e di collocamento, le forme e i contenuti della partecipazione dei lavoratori ai fondi di previdenza, i limiti territoriali d'azione, i contenuti della promozione e del sostegno all'iniziativa previdenziale, il ricorso al sistema a capitalizzazione, erano aspetti, non solo esclusivamente economici, che suggerivano di privilegiare la fonte contrattuale-sindacale rispetto all'ipotesi di codificare o, più naturalmente, di disciplinare la materia, così da non contribuire all'esaltazione del diritto legislativo. Insomma, il centro di gravità dell'azione di tutela dei lavoratori in ambito previdenziale non obbligatorio viene a collocarsi nell'ambito sociale, anziché chiudersi esclusivamente nella sfera politica⁴.

Fenomeni di "produzione giuridica extra statale del diritto"⁵ sono ravvisabili nel settore bancario all'interno del quale "la previdenza aziendale" aveva suscitato l'interesse della totalità delle imprese e dei lavoratori e i cui contratti collettivi contemplavano l'eventualità di istituire fondi pensione negoziali, rielaborando pionieristicamente le esperienze previdenziali preesistenti [i fondi pensione c.d. interni⁶] nell'ambito della propria realtà aziendale, modellandole segnatamente alla prospettiva costituzionale e alle esigenze dei lavoratori iscritti⁷.

organizzativi, Padova, 2004, 37) "la configurazione dell'autonomia collettiva, quale fonte assolutamente preminente [...] era indice in equivoco di una politica del diritto [...] che continuava a riporre nelle organizzazioni sindacali una forte speranza per la modernizzazione della società italiana sulla rotta segnata dalla bussola di valori costituzionali forti, quali la solidarietà sociale e l'uguaglianza sostanziale [...]".

⁴ Nel periodo "icasticamente definito di paternalistico illuministico (racchiuso tra la seconda metà del XIX secolo e la legge sull'impiego privata del 1919) i primi fondi aziendali vengono creati grazie alla lungimirante iniziativa delle imprese più floride, interessate a garantire trattamenti pensionistici ai dipendenti cessati dal servizio per il raggiungimento dei limiti di età (e, dunque, non anche in caso di licenziamento per giusta causa o di dimissioni)..." (VIANELLO R., *La previdenza complementare nel sistema della previdenza sociale*, Padova, 2005, 42). Secondo uno studio condotto da BRAMBILLA A., *Capire i Fondi Pensione. Nuova previdenza complementare, TFR e pensioni pubbliche degli italiani*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007 il primo fondo pensione italiano di cui si abbia notizia è stato istituito dalla "Commissione centrale di beneficenza" della Cariplo nel 1842.

⁵ MENGONI G., *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Riv. soc.*, 1971, 16; F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, Pisa, 1980, 50.

⁶ Come si vedrà più avanti, i fondi interni si caratterizzano per l'assenza di autonoma soggettività giuridica. La natura dei predetti fondi, strettamente connessa ai c.d. fondi pensione preesistenti, ha diviso la dottrina. Da una parte, vi è stato chi ha qualificato il fenomeno come associazione non riconosciuta; dall'altra, chi vi ha identificato un'ipotesi di fondazione di fatto ovvero ha individuato un patrimonio separato e autonomo e chi, infine, ammettendo la possibilità che i fondi interni non avessero una struttura definita, non necessariamente li riconduceva alla garanzia di cui all'art. 2117, del codice civile.

⁷ Né si possono trascurare le esperienze storiche del Fondo Nazionale di Previdenza per i lavoratori dei giornali quotidiani "Fiorenzo Casella", il cui accordo collettivo fu stipulato in data 26 febbraio 1958, in favore di tutti gli impiegati e operai delle aziende editrici e stampatrici di giornali quotidiani e delle agenzie di stampa operanti sull'intero territorio nazionale o del Fondo di previdenza "Mario Negri", costituito con atto del 19 giugno 1956, in favore dei dirigenti di aziende commerciali e di spedizione e trasporto.

Si trattava di esperienze⁸ che soggiacquero all'influenza del processo di trasformazione e di ammodernamento cui fu coinvolto il complessivo sistema bancario italiano. La legge del 30 luglio 1990 n. 218 e il successivo decreto legislativo del 20 novembre 1990, n. 356 promossero la trasformazione delle casse di risparmio e degli istituti di credito di diritto pubblico in società costituite unilateralmente (salvo nei casi di struttura già intrinsecamente corporativa) secondo criteri di conduzione privatistici e imprenditoriali⁹ nonché prescissero l'ingresso di enti conferenti¹⁰ con il compito, da un lato, di proseguire le originarie funzioni non creditizie e di utilità sociale e, dall'altro, di conservare, obbligatoriamente per legge, il controllo pubblico sulle banche scorporate relativamente alla partecipazione, ma non anche in ordine alla loro gestione.

Solo agli inizi degli anni Novanta, le esperienze contrattuali vennero assecondate dal diritto legislativo, costituendo parte integrante di un disegno più ampio avente ad oggetto la modifica strutturale del sistema pensionistico obbligatorio di base¹¹. Se con l'art. 3, comma 1, *lett. v)* della legge 23 dicembre 1992, n. 421, il legislatore delegante attribuisce al Governo la delega ad emana-

⁸ All'inverso si trattava di iniziative di derivazione pressoché esclusivamente unilaterale nei cui confronti non scaturiva una disciplina organica, ma un insieme di norme particolari di volta in volta introdotte al fine di soddisfare esigenze pratiche rilevanti, ma pur sempre settorialmente circoscritte, rappresentando "un indubbio ostacolo alla diffusione delle forme pensionistiche complementari, pur in presenza di condizioni storicamente favorevoli" (PANDOLFO A., *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare* in AA.VV. (a cura di), *I fondi pensione*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, n. 35, inserto, IX).

⁹ Venne così individuata nella società per azioni la struttura più adatta a organizzare ogni tipo di attività imprenditoriale e a promuovere la riallocazione delle risorse in un sistema economico-finanziario di cui era necessario migliorare l'efficienza e la flessibilità. Si contano circa centocinquanta banche, riconducibili ad aziende di natura pubblica che, saranno, nei primi anni '90, trasformate in società per azioni.

¹⁰ Con l'entrata in vigore della legge 23 dicembre 1998, n. 461 alle fondazioni di origine bancaria, chiamate a perseguire i predetti fini di interesse pubblico e di utilità sociale, verrà riconosciuta la natura privata con piena autonomia gestionale e statutaria, facendo loro perdere la caratteristica di ente pubblico riconosciuta dalla legge del 30 luglio 1990 n. 218.

¹¹ Come è noto, la legge 23 ottobre 1992, n. 421 ha operato la trasformazione del sistema previdenziale nella direzione di un "sistema misto" caratterizzato dalla presenza di pilastri previdenziali attraverso una sensibile, ma rilevante, riduzione del livello delle prestazioni pensionistiche obbligatorie, ottenuta attraverso l'allungamento dell'età pensionabile (da 55 a 60 anni per le donne e da 60 a 65 per gli uomini) e del periodo lavorativo utilizzato come base per il calcolo dell'importo delle pensioni (la contribuzione minima per la pensione di vecchiaia raggiunge i venti anni, anziché i precedenti quindici), il raffreddamento del meccanismo di indicizzazione dei trattamenti pensionistici, la previsione di un trattamento minimo qualora il reddito da pensione, sulla base del calcolo dei contributi versati, risulti inferiore ad un livello fissato dalla legge, considerato il "minimo vitale" (tenendo conto anche del reddito del coniuge), il processo di omogeneizzazione dei diversi schemi previdenziali per i lavoratori privati e pubblici e, infine, lo spazio regolamentato occupato, per la prima volta in Italia, dalla "previdenza complementare". Per un'analisi degli effetti generati dalla riforma si v. PADOA F., *Riforma della previdenza - Un'Italia diversa a portata di mano*, Bologna, 1992.

re uno o più decreti legislativi con "la previsione di più elevati livelli di copertura previdenziale, disciplinando la costituzione, la gestione e la vigilanza di forme di previdenza, anche articolate secondo criteri di flessibilità e diversificazione per categorie di beneficiari, per la erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio pubblico per i lavoratori dipendenti, i lavoratori autonomi ed i liberi professionisti, su base volontaria, collettiva o individuale ..."; il decreto legislativo del 21 aprile 1993, n. 124, assegnando agli attori sociali l'onere e la responsabilità della valutazione, dell'opportunità e della fattibilità di forme pensionistiche complementari all'interno di un dato ambito contrattuale, escludeva, di fatto, la via della decisione unilaterale come atto fondativo di un fondo di previdenza complementare che costituiva ipotesi da relegare a fattispecie di chiusura del sistema.

Il caso, limitato e circoscritto, riguardava segnatamente i regolamenti di enti o aziende i cui rapporti di lavoro non erano disciplinati da contratti e accordi collettivi, anche aziendali (art. 3, comma 1, *lett. c*), del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124). La possibilità di porre in essere detta fonte istitutiva era dunque subordinata dalla legge all'esistenza di una condizione negativa, l'inesistenza di contratti e accordi collettivi, di qualunque livello, volti a disciplinare nemmeno indirettamente o *per relationem* i rapporti di lavoro dei soggetti destinatari della forma pensionistica che si intendeva porre in essere¹². In questi casi il regolamento aziendale, se sul piano giuridico si sostanziava (e si sostanzia) in un "contratto plurimo" poiché l'adozione del regolamento del datore di lavoro finiva per dar luogo ad una pluralità di contratti individuali di contenuto uniforme, predeterminato in relazione alle condizioni generali stabilite dall'imprenditore di cui all'art. 1341 del codice civile¹³; sul piano pratico, si presentava utile, almeno in astratto, per le piccole e medie imprese¹⁴.

La netta prevalenza dei fondi pensione negoziali (o chiusi) era così frutto di processi di convergenza tra le aziende (appartenenti a diversi settori produttivi) sulle quali è presumibile si siano innestati fenomeni di isomorfismo normativo che hanno indotto imprese, organizzazioni sindacali, appartenenti a diversi settori produttivi, ma affiliati alle medesime confederazioni, a intraprendere scelte molto simili¹⁵.

¹² Cfr. anche Documento Covip approvato nella seduta del 25 settembre 2001.

¹³ Cfr. VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2007, 27.

¹⁴ TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 203; *contra* BESSONE M., *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 110 secondo cui "l'attivazione dei fondi pensione mediante fonte unilaterale presentava (e presenta) tutti i caratteri di una fattispecie relativamente marginale".

¹⁵ Si veda, già, POWELL W.-DI MAGGIO P.J. (a cura di), *La gabbia di ferro rivisitata. Isomorfismo istituzionale e razionalità collettiva nei tempi organizzativi, Il neoinstituzionalismo nell'analisi organizzativa*, Comunità, Torino, 1983, 88 e ss. Scrive PESSI R., *La riforma previdenziale del '95: il ritorno al modello assicurativo*, in *Dir. lav.*, I, 1995, 17, che la rigidità del modello, necessariamente collettivo, non giustifica però il ricorso ad una strumentazione che saggiamente giocata in chiave promozionale dell'autonomia collettiva "lascia al singolo solo lo spa-

Ulteriore riscontro della prevalenza assicurata ai fondi negoziali era rappresentata dall'impossibilità di aderire ad un fondo pensione aperto in presenza di un fondo aziendale o di categoria¹⁶: l'art. 9, comma 2, primo periodo, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 suggellava questo principio, assegnando ai fondi aperti un "ruolo di ammortizzatori previdenziali connesso alle finalità di incentivazione della previdenza complementare"¹⁷.

Pare cogliere nel segno la dottrina che sostiene che l'autonomia collettiva si presenta allora "come la fonte più adatta ad affrontare contestualmente i problemi della nascita dei fondi e del loro finanziamento"¹⁸, ma anche "la necessità della solidarietà collettiva come indice dell'esistenza di bisogni ai quali possono trovarsi esposti tutti gli appartenenti al gruppo di solidarietà"¹⁹. La stessa legislazione di sostegno alla previdenza complementare presuppone che l'attività sindacale non sia predeterminata entro schemi normativi eteronomi. È questa una lettura che riattualizza la conclusione da sempre acquisita in dottrina secondo cui lo strumento legislativo può e deve operare come un fattore di potenziamento della stessa autonomia collettiva sia nel senso di consolidarne i risultati sia di garantirne l'effettiva funzionalità, rimuovendo gli ostacoli che si frappongono alla sua piena esplicazione²⁰.

La riprova è nel decreto legislativo 18 febbraio 2000, n. 47: nonostante il tentativo di attenuare il predominio della previdenza collettiva a favore delle forme pensionistiche individuali (cfr. gli artt. 9 *bis* e 9 *ter*, del decreto legislati-

zio angusto e condizionato degli eventuali fondi aperti e disincentiva marcatamente l'autonomia individuale".

¹⁶ Il ricorso ai fondi pensione aperti era ammesso anche nel caso in cui il contratto collettivo o gli accordi aziendali consentivano l'adesione collettiva ovvero a favore di lavoratori che, già iscritti ad un fondo pensione chiuso, vedevano venir meno i requisiti di partecipazione senza la possibilità di aderire ad un nuovo fondo e, infine, a favore di coloro che, iscritti ad un fondo chiuso, decidevano individualmente di trasferire la loro posizione ad un fondo aperto indipendentemente dal venir meno dei requisiti di partecipazione (art. 9, comma 2, secondo periodo, art. 10, comma 1, *lett. b*), e comma 3 *bis*).

¹⁷ FANIN G., *Alcune considerazioni sul decreto istitutivo dei fondi pensione e sulla sua applicabilità* in GABRIELLI-LANZONI (a cura di), *Le prospettive di sviluppo dei fondi pensione in Italia*, Milano, 1994, 153.

¹⁸ VIANELLO R., *La previdenza complementare nel sistema della previdenza sociale*, Padova, 2005, 156.

¹⁹ PESSI R., *Previdenza pubblica e previdenza integrativa*, in AA.VV. (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro – Previdenza obbligatoria e integrativa*, in *Notiz. giur. lav.*, 1989, supp. 2, 278.

²⁰ TREU T., *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1663 e ss. che in questi termini commentava l'autonomia e l'indipendenza dell'organizzazione sindacale per modo che il principio contenuto nell'art. 39, comma 1, Cost. assumerebbe significato più intenso di quello espresso nella formula generale di libertà sindacale. Cfr. in questi termini anche GIUGNI G., *Moderni indirizzi di legislazione sindacale*, in *Studi politici*, 1960, 462 e ss. e MANCINI G.F., *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 30.

vo 28 aprile 1993, n. 124, introdotti dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 18 febbraio 2000, n. 47), determinando una "vera e propria frattura all'interno del sistema che può segnare l'inizio di una biforcazione [...] a favore di quest'ultima"²¹, il risultato rimarrà quello di "indirizzare i contributi dei lavoratori dipendenti verso i fondi negoziali"²².

Assegnare all'autonomia collettiva il compito di promuoverne l'attuazione, significava funzionalizzare l'autonomia collettiva ad "assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori in caso di invalidità e vecchiaia ..." (art. 38, secondo comma, Cost.)²³. Una conclusione che negli anni successivi sarà tuttavia sottoposta a diverse valutazioni critiche: l'evoluzione del quadro normativo, non solo nazionale, consigliava di trovare soluzioni volte al superamento delle diversità di trattamento giuridico presenti tra forme pensionistiche complementari (collettive e individuali) e della segmentazione del mercato, che in qualche misura potesse agevolare l'accesso e il passaggio da una forma pensionistica all'altra.

Di qui, la necessità di affermare la concorrenzialità del sistema per il tramite di un'attenta valorizzazione della libertà di scelta del lavoratore, che non poteva non riflettersi in un diverso equilibrio tra individuale e collettivo nella strutturazione degli interessi serviti dalla previdenza complementare²⁴. A tale risultato non si sarebbe potuti pervenire se non attraverso una nuova calibratura del sistema "verso un'effettiva equiordinazione tra le diverse forme di garanzia previdenziale complementare"²⁵.

Prima la legge delega 23 agosto 2004, n. 243 collega i temi dello smobilizzo del trattamento di fine rapporto maturando e della portabilità della posizione individuale al principio di libertà di scelta del soggetto²⁶ e poi il decreto legisla-

²¹ ZAMPINI G., *La previdenza complementare ...*, cit., 42.

²² BOERI T., BRUGIUVINI A., *Previdenza complementare tra scelte individuali e collettive*, in MESSORI M. (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 298. Sulla realizzazione solo in parte di questa riforma nelle concrete dinamiche dell'ordinamento, BESSONE M., *Fondi pensione e diritti soggettivi. Portabilità della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *DRI*, 2002, 565. Cfr. anche a riguardo la Deliberazione Covip 11 ottobre 2000.

²³ Cfr. Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421; Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393. Secondo le argomentazioni svolte dalla Corte, la norma dell'art. 38 è "norma con carattere precettivo che impegna lo Stato [...] ad operare regolando la materia pensionistica di primo pilastro in modo tale da indicare l'erogazione di trattamenti pensionistici come oggetto di una aspettativa che è diritto di ricevere un sostegno finanziario a misura delle necessità dell'età anziana con tutta la consistenza dei diritti soggettivi costituzionalmente protetti". La Corte avverte "che non può essere messa in dubbio la scelta del legislatore di istituire un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare [...] e] inscrivere quest'ultima nel sistema dell'art. 38, secondo comma, della Costituzione". Sulla natura e limiti di tale funzionalizzazione e sul dibattito che ne è conseguito, v. *infra* Parte Seconda.

²⁴ GIUBBONI S., *La previdenza complementare tra libertà individuale e interesse collettivo*, Bari, 2009, 22.

²⁵ GIUBBONI S., *La previdenza complementare ...*, cit., 23.

²⁶ Si trattò di conclusione raggiunta attraverso di diverse elaborazioni concettuali della qua-

tivo 5 dicembre 2005, n. 252 parifica sotto un unico regime, a forte vocazione concorrenziale, le forme pensionistiche individuali di nuova generazione, accomunate dal fine di erogare trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio, scegliendo la strada di affiancare alla tradizionale fonte contrattuale altre tipologie di fonti.

La scelta finisce per caratterizzare l'assetto complessivo e lo scenario di insieme sotto il profilo di una sostanziale riduzione degli elementi di differenziazione dell'offerta previdenziale²⁷, oltre alla focalizzazione dell'attenzione del legislatore sulle modalità di finanziamento della previdenza complementare e di copertura degli oneri di amministrazione e di gestione²⁸.

Dalla lettura del decreto attuativo della legge delega si constata più di una deviazione rispetto all'iniziale modello proposto dal legislatore delegante: se lo scopo ultimo è quello di eliminare gli ostacoli che si frappongono alla libera adesione e circolazione all'interno del sistema della previdenza complementare, definendo regole comuni, in ordine alla comparabilità dei costi, alla trasparenza e alla portabilità, escludendo atti e comportamenti che pregiudichino significativamente e a lungo lo svolgimento della concorrenza nel mercato, esso finirà solo in parte per essere realizzato, presumibilmente a causa della fragilità concettuale della distinzione tra previdenza collettiva e individuale nel nuovo assetto giuridico imposto dalla riforma del 2004-2005²⁹.

Riprendendo in parte quanto in precedenza il decreto legislativo del 21 aprile 1993, n. 124 aveva stabilito a proposito delle fonti c.d. "istitutive", l'art. 3 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, individua in via tassativa le fonti, di tipo oggettivo e soggettivo, abilitate alla creazione dei fondi di previdenza complementare: a) contratti e accordi collettivi, anche aziendali, limitatamente, per

le deve dirsi, al di là di ogni giudizio critico, che concorsero a rinsaldare la convinzione che la equiordinazione di forme collettive e forme individuali, nel perseguimento del fine che la vigente disciplina si propone, si converta di fatto nell'accoglimento di una nozione "debole" di previdenza complementare (CINELLI M., *Art. 2123. La previdenza complementare ...*, cit.).

²⁷ Il risultato sarà quello, come scrive TURSÌ A. [*Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in TURSÌ A., (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2007, 544], "di un singolare affastellamento, in un unico elenco, di fonti istitutive in senso proprio (quali i contratti collettivi, gli accordi tra lavoratori, i regolamenti di enti o aziende), e di soggetti giuridici, privati o pubblici, che evidentemente fonti non sono".

²⁸ Come constata GIUBBONI S., *Ibidem*, cit., 98, "questa scelta legislativa ... non è ovviamente neutrale: una prima importante conseguenza è la rinuncia ... ad una nozione unitaria del fenomeno "previdenza complementare", a meno di non aderire ad un livello generalissimo di astrazione concettuale focalizzato su pochi elementi funzionali che accomunano le diverse fattispecie in termini di vincolo di scopo previdenziale dei versamenti effettuati, o, per i destinatari delle forme, collettive o individuali, cui gli stessi hanno scelto di aderire".

²⁹ In ogni caso, senza postularne l'obbligatorietà dell'iscrizione alla previdenza complementare, secondo la Corte di Giustizia della Comunità Europea, gli art. 86 e 90 del Trattato non ostano a che una pubblica autorità conferisca ad un fondo pensione il diritto esclusivo di gestire il regime pensionistico complementare dei membri di una professione liberale (12 settembre 2000, n. 180 in *Dir. prat. lav.*, 2001, 21, 18).

questi ultimi, anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi, ovvero, in mancanza, accordi fra lavoratori, promossi da sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali di lavoro; b) accordi, anche interaziendali per gli appartenenti alla categoria dei quadri, promossi dalle organizzazioni sindacali nazionali rappresentative della categoria, membri del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro; c) accordi fra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi da loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno regionale; d) i regolamenti di enti o aziende, i cui rapporti di lavoro non siano disciplinati da contratti o accordi collettivi, anche aziendali; e) le regioni, le quali disciplinano il funzionamento di tali forme pensionistiche complementari con legge regionale nel rispetto della normativa nazionale in materia; f) gli accordi fra soci lavoratori di cooperative, promossi da associazioni nazionali di rappresentanza del movimento cooperativo legalmente riconosciute; g) gli accordi tra soggetti destinatari del decreto legislativo 16 settembre 1996, n. 565, promossi anche da loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno regionale; h) gli enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103, con l'obbligo della gestione separata, sia direttamente sia secondo le disposizioni di cui alle *lett. a) e b)*; i) i soggetti di cui all'art. 6, comma 1, limitatamente ai fondi pensione aperti di cui all'art. 12; l) i soggetti di cui all'art. 13, limitatamente alle forme pensionistiche complementari individuali.

Rispetto alla precedente impostazione e per i fini che interessano in questa sede, il decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 prevede nel rinnovato assetto delle fonti l'istituzione di forme pensionistiche complementari mediante contratti e accordi collettivi, anche aziendali, limitatamente, per questi ultimi, anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi³⁰.

Il centro di gravità continua a collocarsi nella sfera contrattuale a rilievo collettivo, sebbene sia inarrestabile il processo di pluralizzazione delle fonti istitutive. Peraltro, il rilievo attribuito alla fonte collettiva non ha indotto il legislatore a elaborare criteri di identificazione dei soggetti contrattuali o meccanismi di selezione degli stessi³¹.

È stato sostenuto in dottrina che "il rapporto tra legge, contratto collettivo ed

³⁰ Le altre novità attengono all'intervento delle Regioni le quali disciplinano il funzionamento di tali forme pensionistiche complementari con legge regionale nel rispetto della normativa nazionale in materia e degli enti previdenziali di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103, con l'obbligo della gestione separata, sia direttamente sia secondo le disposizioni di cui alle *lett. a) e b)* (art. 3, *lett. d) e g)* del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252).

³¹ Cfr. anche la risposta della Covip ad un quesito inoltrato da un'organizzazione sindacale nel mese di gennaio del 2000 secondo cui "la ricorrenza di fattispecie contrattuali, che sotto il profilo contenutistico rispondono alle indicazioni fornite dal il decreto legislativo n. 124 del 1993, costituisce per la Commissione elemento sufficiente in sede di istruttoria delle istanze di autorizzazione all'esercizio dell'attività, senza che si possa procedere a verifiche concernenti la rappresentatività dei sindacati stipulanti, tanto più se, come accade nel caso di specie, si tratta di associazioni che partecipano normalmente al sistema contrattuale di cui fa parte la fonte istitutiva del fondo pensione in questione".

autonomia individuale nella vicenda istitutiva (...) della forma pensionistica complementare esibisce tratti di accentuata complessità, oltre di irriducibile difformità rispetto agli schemi del diritto sindacale generale”³². È un’affermazione che può essere condivisa, alla luce delle innovazioni apportate dal decreto legislativo del 2005 e, più in generale, dal crescente interesse e dalla tendenza del legislatore al decentramento del sistema di contrattazione collettiva (aziendale e territoriale), di recente sublimato dall’art. 8, decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148³³.

La punta estrema, ma anche contraddittoria, di questa tendenza è espressa nella ipervalorizzazione della contrattazione plurima, che si registra nella inclusione tra le fonti istitutive “degli accordi [...] aziendali, limitatamente ai lavoratori firmatari”.

Precisamente, trattandosi di accordi aziendali che intervengono direttamente tra datori di lavoro e lavoratori senza l’intermediazione della rappresentanza sindacale, l’idea che se ne trae è che si è alla presenza di accordi che, qualificandosi come “manifestazione della sommatoria delle autonomie contrattuali dei soggetti firmatari”³⁴, determinano una emblematica “erosione della centralità della fonte collettiva”³⁵, nel modello tradizionalmente assunto dal legislatore. Si aggiunga poi che essi (al pari della fonte contrattuale collettiva) prevalgono sugli atti unilaterali dei datori di lavoro istitutivi dei fondi pensione di cui all’art. 3, comma 1, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

Ad ogni modo, lo schema dualistico di genesi e di costituzione attraverso il rimando alla fonte “contrattazione collettiva” e la conseguente “collocazione della previdenza complementare nel contesto di un sistema contrattuale non

³² GIUBBONI S., *La previdenza complementare ...*, cit., 50. Il che comporta la necessità di operare “una continua mediazione tra la norme di copertura costituzionale, la fonte legislativa e quella contrattuale, e, infine, le istanze dell’autonomia individuale”, (VIANELLO R., *La previdenza complementare ...*, cit., 116).

³³ L’art. 8, rubricato “*sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*”, stabilisce che i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle rappresentanze sindacali. Il medesimo articolo, contiene un nutrito elenco di istituti potenzialmente oggetto delle specifiche intese in deroga tra i quali però non è ricompresa la materia previdenziale. Per un commento critico sull’art. 8, s. v. FILÌ V., *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella manovra di ferragosto (art. 8, d.l. n. 138/2011)* in *Lav. giur.*, 2011, 10, 977; TIRABOSCHI M., *Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, in *Bollettino ordinario ADAPT*, 5 settembre 2011, n. 28, in *www.adapt.it.*; TURSÌ A., *L’art. 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva in DRI*, 3, 2013; VALLEBONA A., *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011. Sulla questione si veda ora la recente pronuncia della Corte Costituzionale del 4 ottobre 2012, n. 221, in *RIDL*, 2012, II 903, con nota di COVI M.

³⁴ BETTI A., *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare in RDSS*, 2006, 800.

³⁵ BOLLANI A., *Fonti istitutive e autonomia collettiva ...*, cit., 596.

formalizzato sul piano normativo"³⁶, se trascina la previdenza complementare all'interno dei diversi profili critici che regolano la materia, con tutte le sue luci ed ombre, assegna alle parti sociali l'onere della responsabilità della valutazione, e dell'opportunità e della fattibilità di forme pensionistiche complementari all'interno di un dato ambito contrattuale³⁷.

È l'analisi delle norme a confermare tale assunto. Se l'art. 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, attribuisce ai contratti ed agli accordi collettivi (fonti istitutive) poteri di normazione nella definizione della forma pensionistica, nella modalità di partecipazione e nel regime delle contribuzioni, l'art.4 del medesimo decreto stabilisce che i fondi pensione sono "costituiti" come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell'art. 36 del codice civile, distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa ovvero come soggetti dotati di personalità giuridica³⁸.

All'evidenza, le fonti istitutive sono gli atti negoziali che configurano la maturata volontà per l'appunto di istituire una forma pensionistica complementare, definendone identità e programma, ambito e modalità dei soggetti legittimati ad aderire, regime delle contribuzioni e quant'altro rappresenti iniziale regolazione dell'istituenda iniziativa previdenziale. Le fonti costitutive sono atti, anch'essi negoziali, che organizzano la forma pensionistica attraverso la disciplina di uno statuto (e di un parallelo regolamento) configurandola come

³⁶ TOSI P., *Le fonti istitutive dei fondi di previdenza complementare*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 439.

³⁷ A differenza di altre esperienze europee nelle quali non è riscontrabile una regolamentazione promozionale delle forme pensionistiche complementari istituite dalla contrattazione collettiva. Si prenda ad esempio la Svezia: la legislazione statale sostiene "la diffusione e il consolidamento della previdenza complementare, offrendo gli strumenti per garantire che l'obbligazione pensionistica sia adeguatamente compiuta, ma non c'è quasi alcuna disciplina di favore per i piani pensionistici generati dalla contrattazione collettiva" (CORTI M.-SARTORI A., *La previdenza complementare in Svezia* in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa, Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 301 e ss.). Del pari in *Germania* dove "le fonti collettive (accordo aziendale e contratto collettivo) non hanno mai acquisito centralità nel sistema, con le sole eccezioni rappresentate dal settore edilizio e dal pubblico impiego" (FERRARESI M.-VASCELLO N., *Fonti normative e negoziali della previdenza complementare nell'ordinamento tedesco*, in TURSI A. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa, Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 235 e 239). Analogamente potrebbe argomentarsi nell'ordinamento britannico e "all'estraneità della contrattazione collettiva alla fase tanto genetica che a quella di gestione degli *Occupational Pension Schemes*", sebbene in questo caso essa sia da ricondurre alle singolari caratteristiche del sistema delle relazioni industriali (TOZZOLI S., *Gli Occupational Pension Schemes nel Regno Unito*, in TURSI A. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa, Tomo II, La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 163 e ss.).

³⁸ È utile rammentare che in deroga alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, il riconoscimento della personalità giuridica consegue al provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività adottato dalla Commissione di Vigilanza; per tali fondi pensione, la Covip cura la tenuta del registro delle persone giuridiche e provvede ai relativi adempimenti.