



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI ECONOMIA

DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale
XXII Ciclo

**L'AUTONOMIA INDIVIDUALE E
L'AUTONOMIA COLLETTIVA
NELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE
RIFORMATA**

di
Sergio Alberto Codella

A.A. 2009/2010

Docente Guida/Tutor: Prof. Giuseppe Sigillò Massara
Coordinatore: Prof. Sergio Magrini

A Chi mi ha insegnato che il lavoro difficilmente libera l'uomo,
ma certamente lo nobilita

INDICE

INTRODUZIONEPag. 6

CAPITOLO I: La (difficile) collocazione della previdenza complementare nel disegno costituzionale.....Pag. 10

A. Il dibattito sulla collocazione sistematica della previdenza complementare.....Pag. 10

B. La rilevanza della collocazione sistematica della previdenza complementarePag. 14

C. La crisi del sistema previdenziale di “base” e le riforme degli anni novanta.....Pag. 16

D. Le “risolutive” pronunce della Corte di Giustizia europea e della Corte Costituzionale.....Pag. 24

D.1. Le decisioni della Corte Costituzionale.....Pag. 24

D.2. La previdenza complementare nella prospettiva giurisprudenziale comunitaria.....Pag. 30

E. La verifica della tesi della funzionalizzazione alla luce della riforma della previdenza complementare.....Pag. 32

CAPITOLO II : Il (ridimensionato) ruolo dell'autonomia collettiva tra le fonti istitutive della previdenza complementare ed i compiti di “controllo” e di “regolamentazione” della COVIP.....Pag. 42

A. Il ruolo dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva in tema di fonti istitutive della previdenza complementare nel D. Lgs. n. 124 del 1993 e nelle sue successive modifiche.....Pag. 42

B. Il “vento riformatore” della legge delega n. 243 del 2004 e le “soluzioni” adottate dal D. lgs. n. 252 del 2005.....Pag. 51

C. Sul limite in capo alle fonti istitutive sulla libertà di adesione individuale alle previdenza complementare.....Pag. 61

D. I limiti e le opportunità del ruolo della COVIP come garante dell' "effettivo" sviluppo del sistema concorrenziale della previdenza complementare.....Pag. 69

CAPITOLO III: Il sistema di finanziamento della previdenza complementare e il tema della portabilityPag. 78

A. Premessa.....Pag. 78

B. Sulla disciplina del finanziamento e, in particolare, sulla determinazione della "misura" delle somme da destinare alla previdenza complementare.....Pag. 80

C. Libertà di adesione e libertà di scelta dell'individuo nel nuovo sistema di finanziamento della previdenza complementare: conferimento espresso e conferimento tacito del TFRPag. 83

D. Sui "risultati" raggiunti: la previdenza complementare è effettivamente "decollata"?Pag. 89

E. Sulla "mobilità" tra le forme pensionistiche complementari: la nuova "portabilità".....Pag. 93

F. Sempre in tema di portabilità: sul trasferimento delle quote del TFR e del contributo datorialePag. 98

G. Sull'impossibilità di uscita dal sistema della previdenza complementare e sulle ipotesi di riscatto.....Pag.104

CAPITOLO IV: Autonomia individuale e autonomia collettiva nella disciplina delle anticipazioni e delle prestazioni di previdenza complementare.....Pag. 109

A. Premessa.....Pag. 109

B. Il tema delle prestazioni nel “dibattito” sulla funzione della previdenza complementare.....Pag. 111

C. Il ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale in tema di prestazioni di previdenza complementare.....Pag. 117

D. Il ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale in tema di anticipazioni delle prestazioni di previdenza complementare.....Pag. 128

E. Il delicato equilibrio tra la funzionalizzazione della previdenza complementare e le “libere” scelte dell'individuo in tema di prestazioni ed anticipazioni.....Pag. 132

F. Alcune riflessioni sulla disciplina fiscale in tema di prestazioni ed anticipazioni come “strumenti” di influenza sulle scelte individuali.....Pag. 135

CONCLUSIONIPag. 139

BIBLIOGRAFIA.....Pag. 143

Introduzione

La “nuova” disciplina in materia di previdenza complementare, introdotta dal D. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, *“Disciplina delle forme pensionistiche complementari”*, in attuazione della delega conferita dalla L. 23 agosto 2004, n. 243 *“Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria”*, è caratterizzata da alcuni elementi tipici del modello originario di derivazione (e, cioè, da quanto previsto dal D. lgs. 21 aprile 1993, n. 124 e, soprattutto, dalle successive modifiche ed integrazioni), ma anche da significative innovazioni rispetto al passato.

Il tema d'indagine sarà limitato all'analisi del ruolo rivestito dalla autonomia individuale ed dalla autonomia collettiva nel sistema della previdenza complementare riformata.

Invero, la nuova disciplina ha modificato, su alcuni aspetti di assoluta rilevanza, l'equilibrio precedentemente fissato tra il ruolo rivestito dall'individuo (inteso come aderente) e dai sindacati.

La previdenza complementare che, con la disciplina dettata dall'originario D. lgs. n. 124 del 1993, sembrava essere un fenomeno prettamente sindacale, si è via via (ed anche con interventi legislativi “intermedi”) andata ad “individualizzare” e, cioè, il Legislatore ha cercato, in modo sempre più manifesto, di rendere “partecipe” l'aderente (o meglio il potenziale aderente, atteso che - nonostante gli originari principi espressi nella prima versione della legge di delega - anche con la L. 243 del 2004 e con il D. lgs. n. 252 del 2005, non si è “optato” per un sistema “obbligatorio” di previdenza complementare).

Tale (innegabile) scelta di fondo è stata compiuta dal Legislatore del 2005 con scelte spesso poco nette (o, perlomeno, in modo certamente meno coerente rispetto a quanto stabilito dalla stessa L. 243 del 2004) e, in numerose occasioni, contraddistinte da tentennamenti, ripensamenti e contraddizioni.

È quindi opportuno procedere ad un'analisi degli “attuali” equilibri sui ruoli dell'autonomia collettiva e dell'autonomia collettiva in alcuni punti “cruciali” della riforma e, cioè, quello relativo al “momento” istitutivo dei Fondi, ai compiti di

controllo, vigilanza, informazione e normazione della COVIP (se non altro perché l'individuo potrà "effettivamente partecipare" solo se il sistema è trasparente), alle modalità di finanziamento, alla "portabilità" della posizione individuale, oltre che in tema di prestazioni, di riscatti e di anticipazioni.

Se, invero, l'intenzione del Legislatore del 2005 è stata quella di far finalmente "decollare" (o meglio di tentare di fare decollare) il secondo pilastro previdenziale, sembrerebbe possibile, ad una prima (e forse approssimativa) lettura del D. lgs. n. 252 del 2005, ritenere che "la" soluzione sarebbe stata quella di investire l'individuo del ruolo di protagonista del "mercato".

Il Legislatore avrebbe così affidato all'autonomia individuale il compito di stimolare la concorrenza e di determinare un miglioramento dell' "offerta" di "mercato", gestita non più (o, perlomeno, non in modo gerarchicamente sovraordinato) dall'autonomia collettiva, ma da una serie (piuttosto variegata) di soggetti.

D'altronde la necessità di offrire una "strumento" più appetibile per l'individuo (che, come detto, dovrà decidere "se" fare ingresso nel secondo pilastro previdenziale) è dovuta all'ormai fin troppo nota crisi della previdenza di base che, già dagli anni novanta, ha determinato (secondo una parte della dottrina "naturalmente", secondo un'altra "per necessità") l'ideazione di un sistema di previdenza complementare posto a sostegno di quello pubblico.

Ed è forse questo legame con la previdenza pubblica (o, a dir si voglia, la funzionalizzazione della previdenza complementare a quella di base) a non avere permesso ed a non rendere neanche opportuna (come, peraltro, ritenuto dallo stesso Legislatore della riforma), una mortificazione del ruolo della autonomia collettiva che, comunque, dovrebbe continuare a fare da "garante" del fine mutualistico e solidaristico che *deve* continuare a caratterizzare la previdenza complementare.

Se questo è vero, è altrettanto vera la sussistenza del rischio di avere "creato" una disciplina caratterizzata da forti momenti di tensione e di contraddizione tra le "due" differenti "anime" della previdenza complementare, divisa tra uno "spirito" mutualistico e solidaristico (anche di sostegno alla previdenza pubblica) ed una "vocazione" maggiormente egoistica e mercantile (vicina ad uno strumento di investimento a carattere individuale).

Il D. lgs. 252 del 2005 intervenendo sugli equilibri tra autonomia individuale ed autonomia collettiva è andato ad incidere, in modo ancor più sensibile, su tali criticità di fondo, mostrando, ancor più palesemente, la sussistenza di un sistema “ibrido” e per molti aspetti insufficiente.

La coppia di direttrici guida relative all’ autonomia individuale e all’ autonomia collettiva ha poi rilevanti conseguenze su un tema che, nonostante una parte della dottrina tenda ora a minimizzare, continua ad essere di centrale importanza e, cioè, quello dell’ incerta collocazione costituzionale della previdenza complementare, anche al fine di definire quali siano gli strumenti necessari per assicurare mezzi “adeguati” alle esigenze di vita.

Se, invero, dopo le note decisioni della Corte Costituzionale, il tema della collocazione costituzionale della previdenza complementare sembrava essersi (almeno parzialmente) risolto, la disciplina del D. lgs. n. 252 del 2005 impone ulteriori riflessioni, atteso che un’ “esaltazione” dell’ autonomia individuale (soprattutto con riferimento alla possibilità di “fuoriuscita” dal sistema attraverso scelte devolute all’ autonomia individuale) mette in crisi un assetto che si ispirava ad un modello volto alla tutela anche (e soprattutto) dell’ interesse collettivo e generale.

Il tema di analisi relativo al ruolo rivestito dall’ autonomia collettiva e dall’ autonomia individuale si intreccia, quindi, necessariamente anche con quello relativo alla “natura” ed alla “funzione” delle medesima previdenza complementare.

D’ altronde, solo accettando una previdenza complementare “libera” sarà possibile ridurre “al minimo” i vincoli legislativi posti sia all’ autonomia individuale sia all’ autonomia collettiva, mentre una previdenza complementare “funzionalizzata” anche ad interessi collettivi e generali permette (*rectius*: impone) un intervento normativo del Legislatore certamente più invasivo e volto a limitare gli spazi lasciati all’ individuo (il cui interesse si contrappone, spesso, a quello collettivo e generale) e ad investire l’ autonomia collettiva del ruolo di garante del fine mutualistico e solidaristico nell’ ambito del quadro normativo di riferimento.

Orbene, il D. lgs. n. 252 del 2005 è una disciplina che risente innegabilmente di tutte le esposte criticità e contraddizioni e cerca - attraverso una ridefinizione dei ruoli dell’ autonomia individuale e dell’ autonomia collettiva - un significativo sviluppo del secondo pilastro previdenziale, senza, però, riuscire (ma, forse senza

avere neanche l'ambizione) di risolvere alcune problematiche di fondo del sistema che, sotto numerosi profili, risultano essersi addirittura accentuate rispetto alla disciplina precedente.

Capitolo I

La (difficile) collocazione della previdenza complementare nel disegno costituzionale

Sommario:

- A. Il dibattito sulla collocazione sistematica della previdenza complementare*
- B. La rilevanza della collocazione sistematica della previdenza complementare*
- C. La crisi del sistema previdenziale di “base” e le riforme degli anni ‘90*
- D. Le “risolutive” pronunce della Corte di Giustizia europea e della Corte Costituzionale*
 - D.1. Le decisioni della Corte Costituzionale*
 - D.2. La previdenza complementare nella prospettiva giurisprudenziale comunitaria*
- E. La verifica della tesi della funzionalizzazione alla luce della riforma della previdenza complementare*

A. Il dibattito sulla collocazione sistematica della previdenza complementare

Una delle più controverse questioni sulla previdenza complementare è (e continua ad essere) quella sull’ascrivibilità della medesima alla sfera dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti, presi in considerazione - soprattutto - dall’art. 38, commi 2, 3 e 4 della Costituzione, ovvero a quella della libertà dell’iniziativa privata, garantita dal 5° comma del medesimo articolo 38.¹

Volendo semplificare, in modo fin troppo categorico, gli orientamenti sulla “natura” della previdenza complementare è possibile distinguere un primo indirizzo in base al quale la previdenza complementare avrebbe la funzione di soddisfare interessi squisitamente privati e, conseguentemente, sarebbe da ritenersi libera e

¹ Il cui testo integrale si riporta qui di seguito: «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento ed all’assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all’educazione ed all’avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi e istituti predisposti o integrati dallo stato. L’assistenza privata è libera».

riconducibile al quinto comma dell'art. 38 della Costituzione², e un secondo orientamento secondo cui la previdenza complementare è da ritenersi funzionalmente legata a quella pubblica e sarebbe riferibile al comma 2³ dell'art. 38 Cost. A questi si deve poi aggiungere una tesi "intermedia" che vede nella previdenza complementare una "combinazione" tra il secondo e il quinto comma dell'art. 38 Cost.⁴

Il primo orientamento⁵ ravvisa nella previdenza complementare una forma di previdenza meramente privata: dal momento, infatti, che la previdenza pubblica

² M. PERSIANI, *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*, in *Massimario Giurisprudenza del Lavoro*, 1987, 70 e ss.; M. GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *Notiziario Giurisprudenza del Lavoro*, suppl., Roma, 1989, 220 e ss.; M. PERSIANI, *Retribuzione, previdenza privata e previdenza pubblica*, in AA.VV., *Questioni di diritto del Lavoro*, in *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro*, suppl., Roma, 1989, 248 e ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Note sulla previdenza di privati*, in *Legge e Diritto*, 1991, 621 e ss.; M. CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1989, 208 e ss.; P. SANDULLI, *Il decreto legislativo n. 124/93 nel sistema pensionistico riformato*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, supplemento al n. 35; M. PERSIANI, *Il campo di applicazione del Decreto*, in AA.VV., *La previdenza complementare per le banche: problemi e prospettive*, Roma, 1994, 33 e ss.; M. Persiani, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1998, 2, 311 e ss.; M. DELL'OLIO, *Previdenza privata e libertà*, in *Argomenti di diritto del Lavoro*, 1998, 2, 491 e ss.; G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2000, 1, 115 e ss.; G. PROIA, *Aspetti irrisolti dei problemi dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2001, 619 e ss.; E. GHERA, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale: alcune considerazioni generali*, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, VI, 105 e ss.; S. PICCININNO, *La previdenza complementare in Italia*, in G. Loi (a cura di), *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, 2005, 201 ss.

³ P. SANDULLI, *Il D. Lgs. n. 214/1993 nel sistema pensionistico riformato*, in AA.VV., *I fondi pensione*, in *Diritto e Pratica del lavoro*, 1993, 35, inserto; F. MAZZIOTTI, *Determinazione della pensione e modelli di Welfare State*, in G. Ferraro, F. Mazziotti (a cura di) *Il sistema pensionistico riformato*, Napoli, 1994, 115 ss.; R. PESSI, *La previdenza complementare tra legge e contratto*, *Relazione al convegno "I fondi pensioni nell'evoluzione del sistema economico sociale"*, Intersind, Roma, 13 Febbraio 1997; R. PESSI, *La previdenza complementare*, Padova, 1999, pag. 129 ss.; S. GIUBBONI, *La previdenza complementare fra libertà dei privati e funzionalizzazione all'interesse pubblico*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1999, III, 272 ss.; R. PESSI, G. FERRARO, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Milano, 2000, 6 ss. R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 110; E. GHERA, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale: alcune considerazioni generali*, in *Riv. Prev. Pubbl. priv.*, 2001, VI, 101. Per una sintesi d'insieme dei vari orientamenti dottrinali v. G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 38 e ss. e G. SIGILLO' MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 2010, 5, in corso di pubblicazione.

⁴ R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1988, 3, pag. 63 e ss.; R. PESSI, *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1989, pag. 13 e ss.; P. OLIVELLI, *La libertà nella previdenza privata*, Milano, 1998; P. OLIVELLI, *La costituzione e la sicurezza sociale. Principi fondamentali*, in *Dir. Lav.*, 1990, pagg. 71 e ss.

⁵ M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2002, 40 ss; per una configurazione giuridica "ibrida" della previdenza complementare si veda M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 1998, 61 ss; in tal senso anche E. GHERA, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale: alcune considerazioni generali*, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, VI, 105 ss. che ne sottolinea la valenza polifunzionale.

sarebbe orientata a perseguire la liberazione dal bisogno (considerato obiettivo essenziale per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici) mediante la soddisfazione di quelle esigenze correlate alla sopravvivenza, il perseguimento di obiettivi ulteriori, quali quello di consolidare il proprio *status* economico o, più semplicemente, di elevare l'ammontare delle prestazioni riconosciute dallo Stato – come sembrerebbe realizzare la previdenza complementare – rientra nella soddisfazione di interessi meramente privatistici.⁶

Si strutturerebbe così un sistema “dualistico”, in cui la previdenza privata rientra in una sfera assolutamente distinta ed autonoma da quella pubblica: essa è “*espressione essenziale di libertà nell'attuazione di forme protettive, che completano o elevano le prestazioni del sistema di solidarietà pubblica*”⁷, il quale è esclusivamente ordinato alla realizzazione della direttiva della liberazione dal bisogno e alla tutela dei cittadini socialmente protetti.

Secondo tale approccio, dunque, la previdenza complementare è espressione di libertà e, in quanto tale, non tollererebbe alcun tipo di *funzionalizzazione* al perseguimento di tutele afferenti le garanzie degli *standard* protettivi socialmente rilevanti, già affidate nel disegno costituzionale, a strutture organizzative e ad interventi predisposti o integrati dallo Stato; essa troverebbe dunque ancoraggio costituzionale nel comma 5° dell'art. 38 Cost., che garantisce la libertà dell'assistenza privata.

L'altro orientamento, così come l'orientamento “mediano”⁸, tende invece a sottolineare la “funzionalizzazione” della previdenza integrativa o complementare a

⁶ V. PICCININNO, *La previdenza complementare in Italia*, in G. LOY, P. LOI (a cura di), *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, 2005, 201 ss. V. anche M. CINELLI, M. PERSIANI, *Prodromi, svolgimenti e prospettive della riforma previdenziale*, Milano, 1995, 16; M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, 316 ss.

⁷ GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in AA. VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, 1989, 220 ss.

⁸ R. PESSI, G. FERRARO, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Milano, 2000, 6 ss. In questa prospettiva, «*l'area della previdenza pensionistica complementare risponde alla medesima tipologia di eventi protetti dalla previdenza pensionistica di base*», evidenziandosi così tra le due l'esistenza di una “*identità di funzione, ancorché destinata a realizzarsi con strumenti di natura giuridica diversi*”, v. P. SANDULLI, *Il decreto legislativo n. 124/93 nel sistema pensionistico riformato*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, supplemento al n. 35; R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 110; E. GHERA, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale: alcune considerazioni generali*, in *Riv. Prev. Pubbl. priv.*, 2001, VI, 101.

quella pubblica. Secondo tale ricostruzione la previdenza pubblica è finalizzata alla soddisfazione di bisogni inerenti al “minimo vitale”, riferiti e riferibili a tutti i cittadini, mentre la previdenza complementare viene a sostituirsi alla previdenza di base per la soddisfazione di quei bisogni socialmente rilevanti, che, per opzione di politica socio-economica, non si ritiene debbano essere soddisfatti direttamente dallo Stato.⁹

La previdenza complementare si definirebbe come il (secondo) pilastro privatistico del sistema di sicurezza sociale, nell’ottica che privato e pubblico concorrano o possano concorrere “*alla realizzazione di un armonico disegno normativo, mirante ad assicurare l’adeguatezza degli strumenti, affinché i singoli lavoratori possano affrontare le proprie esigenze di vita, nelle ipotesi dannose ed aleatorie previste dal medesimo art. 38 Cost*”.¹⁰

La previdenza complementare, pur rimanendo un fenomeno privatistico, sarebbe rilevante ai medesimi fini della previdenza pubblica, e quindi rientrerebbe a pieno titolo nel “raggio d’azione” del secondo comma dell’art. 38 Cost.¹¹

La direttiva posta dal secondo comma dell’art. 38 Cost., di garanzia per tutti i lavoratori di mezzi idonei a garantire non solo il *minimo vitale*, ma la soddisfazione delle loro “esigenze di vita”, e la previsione che a tale compito provvedano organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato (e quindi non necessariamente ed esclusivamente lo Stato stesso), iscriverebbero a pieno titolo la previdenza complementare nel sistema di sicurezza sociale disegnato dalla Costituzione, e anzi, ne renderebbero doverosi l’ausilio e la promozione nel momento in cui i limiti di

⁹ R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2000, 143 ss.; v. anche R. PESSI, *Le riforme in materia pensionistica e di previdenza complementare*, Roma, 2005, 5 ss., secondo cui la previdenza privata «*insiste sull’area dei bisogni individuali e collettivi di tutti i cittadini (mantenendo l’immagine dei cerchi concentrici, su di un quarto cerchio più ampio di tutti), mentre la seconda (la previdenza pubblica, n.d.r.), insiste, invece, sull’area residuale dei bisogni socialmente rilevanti che, per carenza di risorse e/o per opzione di politica socio-economica, non si ritiene opportuno che nel momento attuale siano soddisfatti direttamente dallo Stato. In altre parole, mentre la previdenza privata trova il suo riferimento esclusivamente nel 5° comma dell’art. 38 Cost., la previdenza complementare appare riferita al combinato disposto del 2° e 5° comma dell’art. 38. Per la prima, dunque, si pone solo un problema di libertà, per la seconda, insieme, un problema di effettività, correlato al suo sostanziale condizionamento sul piano teleologico*».

¹⁰ Si veda soprattutto R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in QDLRI, n. 3/1988, e *La previdenza complementare*, Padova, 1999.

¹¹ Come già confermato tra l’altro (prima della L. n. 421/1992), dall’inclusione tra gli scopi istituzionali dell’INPS della “*gestione delle forme di previdenza integrativa*”, operata dalla L. n. 88 del 1989.

bilancio non dovessero consentire allo Stato di destinare alla previdenza risorse tanto ingenti da risultare congrue rispetto ai bisogni futuri di ciascun lavoratore.

Da ciò discende l'esigenza per l'ordinamento di non abbandonare il presidio dell'area dei bisogni socialmente rilevanti; là dove non appare più opportuna una integrale soddisfazione diretta da parte dello Stato di tali bisogni, resta pur sempre viva l'esigenza di garantire l'effettività di quelle iniziative funzionalmente destinate a realizzare gli stessi bisogni¹².

Conseguenza immediata di questa prospettiva è la necessità per la previdenza complementare, a garanzia dell'effettività, di una regolamentazione per legge che assicuri, anche attraverso la vigilanza ed i controlli pubblici, la realizzazione di quei bisogni socialmente rilevanti, per cui questa particolare forma di previdenza viene promossa e protetta.

*** **

B. La rilevanza della collocazione sistematica della previdenza complementare

La questione relativa alla collocazione sistematica della previdenza complementare è di rilievo fondamentale perché le diverse opzioni determinano, innanzitutto, diverse "letture" delle scelte adottate dal Legislatore ordinario (e, peraltro, caratterizzate esse stesse da ambiguità ed incertezze).

In altre parole, si tratta di una problematica che, essendo riferita all'inquadramento costituzionale della previdenza complementare, si risolve in opzioni attinenti al "dover essere" di quest'ultima, alle coordinate costituzionali che dovrebbero vincolare il Legislatore che si accinge a disciplinare la materia; e, una volta che tale disciplina sia posta, in giudizi sulla correttezza costituzionale del suo operato, o in interpretazioni ispirate al criterio della conformità al dettato costituzionale.

¹² In proposito, v. P. OLIVELLI, *Previdenza obbligatoria, complementare, privata*, in P. OLIVELLI, R. PESSI, *La previdenza complementare nella Comunità Europea*, Milano, 1992, 22 ss. laddove sottolinea che «a causa di una crisi di risorse disponibili, il sistema pubblico ha operato una progressiva autolimitazione degli obiettivi da perseguire, lasciando, quindi, scoperta un'area di bisogni socialmente rilevanti (quali ad esempio quelli determinati dall'esigenza di stabilire i mezzi adeguati per la propria vecchiaia, in misura proporzionale al tenore di vita goduto durante il periodo lavorativo), nella convinzione che il servizio pubblico, a fronte di una scarsità di risorse, dovesse essere finalizzato, in modo esclusivo o prevalente, a soddisfare le situazioni di bisogno effettivo.»

Lo schierarsi a favore dell'uno o dell'altro "schieramento" determina, peraltro, delle sensibili conseguenze anche con riferimento al ruolo da assegnare in tema di previdenza complementare all'autonomia collettiva e all'autonomia individuale.

Invero, se si adotta l'orientamento che sconfessa (o minimizza) il collegamento funzionale della previdenza complementare alla previdenza pubblica, si otterrà un sistema "dualistico" in cui la sicurezza sociale è un servizio pubblico funzionalmente diverso dalla previdenza privata o complementare. Tale "equilibrio" determina delle conseguenze sul valore e sul ruolo delle libertà delle autonomie collettive e private. In questa prospettiva, l'autonomia collettiva ed individuale potranno, invero, certamente avere spazi di libertà più ampi, atteso che non vi sarebbero dei limiti "legali" positivi e stringenti, ma "*semmai* (il solo interesse a tutelare la, n.d.r.) *promozione e incentivazione dei comportamenti virtuosi*".¹³

La previdenza privata sarebbe libera (ed eventuale) e avrebbe il "solo" fine di perseguire interessi privati e, pertanto, escluderebbe ogni possibilità di intervento normativo o assegnazione di funzioni che potrebbero comprimere l'impulso volontaristico o impedirne il funzionamento.¹⁴

Come già anticipato, tale autorevole orientamento riconduce la previdenza complementare al quinto comma dell'art. 38 Cost., che sancisce la libertà dell'assistenza privata, strutturando un sistema dualistico del rapporto tra previdenza pubblica e previdenza privata.

I diversi (e già accennati) orientamenti originano dal presupposto che si deve, anche con strumenti diversi da quelli pubblici, concorrere "*alla realizzazione di un armonico disegno normativo, mirante ad assicurare l'adeguatezza degli strumenti, affinché i singoli lavoratori possano affrontare le proprie esigenze di vita, nelle ipotesi dannose ed aleatorie*"¹⁵ previste dall'art. 38 della Costituzione.

Certamente più complesso e articolato sarebbe il panorama giuridico (ed anche sociale) che si presenterebbe in tema di libertà e di autonomia individuale e collettiva

¹³ A. TURSI, *La Previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Teoria e Pratica del diritto*, Milano, I – 94, pag. 25.

¹⁴ M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 311; M. GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in *Dir. Lav.*, 1990, pag. 100; SIMI, *La previdenza privata libera*, in *Probl. sic. soc.*, 1979, 278.

¹⁵ R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in *QDLRI*, n. 3/1988, e *La previdenza complementare*, Padova, 1999.

in caso di “accoglimento” della tesi secondo cui la previdenza complementare sarebbe riconducibile, anche solo parzialmente, al comma 2 dell’art. 38 Cost.

Se, invero, la previdenza complementare dovesse intendersi funzionalmente legata a quella pubblica, l’esercizio dell’autonomia individuale e dell’autonomia collettiva dovrà necessariamente temperarsi (e in alcuni casi “soccombere”) per garantire il “bisogno previdenziale” della generalità, volto ad assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita, in concorso con il sistema pubblico¹⁶.

*** **

C. La crisi del sistema previdenziale di “base” e le riforme degli anni ‘90

Il dibattito sulla riferibilità della previdenza complementare al secondo o al quinto comma della Costituzione risulta essere oltre che di grande rilevanza (per le ragioni di cui si è detto sopra) anche di grande attualità, atteso che il ruolo della previdenza complementare è visto, anche a prescindere dalla collocazione sistematica che ad essa si attribuisce, come “*salvifico*”¹⁷ alla luce della gravissima crisi che

¹⁶ Sul tema non può non accennarsi alla questione relativa al rapporto di obbligatorietà piuttosto che di facoltatività della previdenza complementare. Secondo una parte della dottrina, se caratteristica del sistema pubblico (c.d. primo pilastro) è che opera “obbligatoriamente”, secondo l’orientamento che traccia il fondamento della previdenza complementare al comma 5 dell’art. 38 Cost., la “facoltatività” delle previdenza complementare determinerebbe l’impossibilità di ricondurla al comma 2, art. 38 Cost., atteso che solo il requisito della obbligatorietà garantirebbe la salvaguardia dei “mezzi adeguati”. In questo senso G. PROIA, rileva che «*caratteristica essenziale della tutela prevista dall’art. 38 secondo comma Cost., è quella di operare in modo necessario e non facoltativo, proprio perché i diritti che essa prevede, essendo attinenti a bisogni e valori fondamentali della persona umana, non possono essere lasciati nella disponibilità del singolo*», *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*. I, 2000, 120; è per questa ragione che l’Autore riconduce la previdenza complementare al comma quinto dell’art. 38 Cost., sostenendo che solo nel caso in cui la previdenza complementare venga chiamata ad operare indipendentemente dal consenso espresso dall’interessato, e nei confronti della generalità dei lavoratori che versano nella medesima situazione di bisogno potrà affermarsi che la previdenza complementare trova il suo fondamento nel comma secondo dell’art. 38 Cost. Secondo altra parte della dottrina le considerazioni sopra esposte sarebbero determinate da un mero “gioco di specchi” (così R. PESSI. in *op. ult. Cit.* 970), atteso che non sarebbe condivisibile la tesi secondo cui solo attraverso l’obbligatorietà sarebbe garantita l’identità di funzioni, atteso che la “necessarietà” non determina l’obbligatorietà. In proposito si ricorda poi che gli stessi Giudici costituzionali hanno rilevato che l’art. 38 Cost. secondo comma «*lascia piena libertà allo Stato di scegliere i modi, le forme, e le strutture organizzative che ritiene più idonee e più efficienti allo scopo, ma la scelta di essi deve essere tale da costituire piena garanzia per i lavoratori, al conseguimento delle previdenze alle quali hanno diritto*». V. anche G. SIGILLO’ MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 2010, 5, in corso di pubblicazione.

¹⁷ G. ZAMPINI, *La previdenza complementare : fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 1; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 249.

interessa la finanza pubblica (con le conseguenti carenze di risorse da destinare allo Stato Sociale).¹⁸

Invero, la sempre maggiore attenzione da parte non solo del Legislatore, ma anche della stessa opinione pubblica, alla previdenza complementare è dovuta alla crescente difficoltà da parte della previdenza “di base” di riuscire a garantire il soddisfacimento di livelli adeguati di tutela.

Se, invero, l'intervento diretto dello Stato era, almeno prima degli anni '90, la “regola” all'interno del sistema previdenziale¹⁹, la crisi del *welfare* ha determinato la necessità di un ridimensionamento dell'intervento pubblico e della “promozione” di una partecipazione sempre maggiore degli interventi “privati”. In un primo momento, il sistema previdenziale²⁰ italiano nel secondo dopoguerra²¹ aveva “optato” per un

¹⁸ Invero secondo R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1998, 100 la necessità di una ricerca di un nuovo riequilibrio finanziario e l'esigenza di un recupero dei valori premianti dell'iniziativa individuale non ha determinato un ridimensionamento dello Stato sociale, ma una sua riarticolazione, “sostituendo all'esclusività dell'etica della liberazione dal bisogno” la “coniugabilità della stessa con l'etica della corresponsività” (tra rapporti individuali offerti e prestazioni attese), nell'acquisita convinzione che la seconda potesse trovare correttivi in chiave di solidarietà a condizione di trasparenti finalizzazioni e non di casuali redistribuzioni.

¹⁹ M. PERSIANI, *Riforme previdenziali*, (voce), in *Enc. Giur., Treccani, Aggiornamenti*, Roma, 1996, pag. 3; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2008, 37. V. anche G. CIOCCA, *La libertà ecc.*, cit., pag. 62 secondo cui il mondo del lavoro si è “lasciato ingabbiare da un sistema pubblico di previdenza tanto rassicurante per il livello dei trattamenti garantiti e per la possibilità di raggiungimento delle sue soglie di accesso quanto <<onnivoro>> e, quindi, inibitore dell'iniziativa privata, a causa del notevole drenaggio di risorse richiesto per la sua stessa sostenibilità”.

²⁰ Con riferimento alle “origini” della previdenza complementare, v. M. CERRETA, *I fondi aziendali integrativi di previdenza ed assistenza (Evoluzione storica della disciplina di diritto positivo e prospettive di riforma)*, in *Il diritto del lavoro*, 1988, I, 173 ss., secondo cui storicamente è possibile sostenere che la previdenza “privata” nasca tra la seconda metà del XIX secolo e la legge sull'impiego privato del 1919 dalle erogazioni di carattere integrativo dei primi fondi aziendali. Tali fondi aziendali sorgono in alcune aziende e sono volti a tutelare l'evento della vecchiaia al fine di “creare un vincolo di particolare fedeltà delle maestranze specializzate, nel senso di incrementare l'interesse alla continuità del rapporto di lavoro con la medesima impresa e di esaltarne uno speciale, e sia pure paternalistico, cointeressamento con le sorti dell'impresa stessa”. Da un punto di vista normativo, il primo riconoscimento della previdenza integrativa si ha con il D. Lgs. sull'impiego privato del 9 febbraio 1919, n. 112 (invero l'Autore evidenzia l'antiorità dei primi fondi rispetto all'istituzione per legge di qualsiasi trattamento previdenziale e di fine rapporto). L'art. 15 del citato decreto prevedeva che: «il patrimonio delle istituzioni di previdenza a favore del personale delle aziende private sarà amministrato a parte e rimane assegnato ai fini per i quali è venuto costituendosi, anche in caso di fallimento, liquidazione o trasformazione dell'azienda, escluso qualsiasi diritto o pretesa dei creditori dell'azienda stessa» e che «è in facoltà del principale di dedurre quanto l'impiegato abbia diritto di percepire per atti di previdenza da esso principale compiuti» (tali disposizioni saranno poi ribadite e perfezionate negli artt. 2117 e 2123 del vigente c.c.). Ulteriori fonti normative della previdenza “facoltativa” sono stati gli artt. 56 - 75 del Regio decreto 26 agosto 1924, n. 1422 che approva il regolamento per l'esecuzione del regio decreto 1923, n. 3184, concernente l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia e prevede una disciplina riservata ad alcune categorie di cittadini non protetti dalla tutela obbligatoria. È poi da ricordare anche l'art. 3, comma 2, Regio decreto legge 4 ottobre 1935, n. 1827, il quale provvede ad

modello previdenziale fondato sul sistema retributivo e sul regime di ripartizione²², che basava il suo equilibrio (economico – finanziario) sul rapporto tra occupati e

includere le assicurazioni facoltative individuali e collettive tra i fini istituzionali dell'INPS. Con riferimento alle prime forme di disciplina della previdenza complementare, la dottrina, in modo univoco, le definisce «riduttive» o «sostanzialmente inadeguate». In merito alle prime forme di disciplina della previdenza integrativa v. R. PESSI, *La previdenza complementare*, Padova, 1999, 12 ss.; E. GHERA, *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *Il diritto del lavoro*, 1988, I, 123 ss.; M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *AIDLASS, Il diritto del lavoro alla svolta del secolo [Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Ferrara, 11-12-13 maggio 2000]*, 28 ss. R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2006, 43 ss.

²¹ Per quanto concerne le caratteristiche del sistema previdenziale dopo gli anni '50, successivamente alla entrata in vigore della Costituzione v. G. CIOCCA, *La libertà ecc.*, cit., pag. 61, secondo cui dopo l'entrata in vigore della Costituzione, l'intero sistema previdenziale è stato caratterizzato dalla volontà di superare schemi assicurativo-mutualistici per affermare una tutela previdenziale di tipo universalistico, realizzata unicamente attraverso il servizio pubblico. Tale scelta avrebbe determinato una evoluzione "marginale" della previdenza complementare, in quanto, la predisposizione di elevate garanzie pensionistiche di base ha reso superflua e, comunque, non "attraente" il ricorso a forme di previdenza privata o integrativa. In proposito v. R. PESSI, *Una lezione di etica della politica...*, cit., pag. 967, dove l'Autore sottolinea che il fenomeno della previdenza complementare era sì presente prima delle riforme degli anni Novanta, ma <<in termini dimensionali aveva connotazioni marginali interessando solo pochi specifici settori (fino a divenire in alcuni previdenza integrativa obbligatoria), in ragione, per un verso, della circostanza che le categorie con maggiore potenzialità economica trovavano nei regimi speciali, esonerati, esclusivi, sostitutivi coperture pensionistiche pari al 90 %-100% dell' ultima retribuzione (ed, in alcuni casi, anche grazie alla c. d. clausola oro, al 100% della retribuzione dei pari grado in servizio con conseguente conservazione dinamica del tenore di vita acquisito), per altro>>, in ragione del fatto che <<il regime generale dopo la riforma del 1969, con la scissione tra prelievo contributivo e retribuzione pensionistica, privava le categorie medio alte della potenzialità economica per coltivare aspirazioni di integrazioni pensionistiche e contestualmente garantiva (tramite un accentuato processo redistributivo) alle categorie medio basse (con l' integrazione al minimo e l' 80% della retribuzione pensionabile) una sostanziale invarianza della situazione reddituale dopo il pensionamento>>.

²² Nel corso degli anni '60 e '70, il sistema previdenziale "di base" italiano "è stato uno dei più protettivi" essendo stato introdotto sia il criterio retributivo per il calcolo della pensione (v. art. 5 D.P.R. n. 484 del 1968 e art. 14 della legge n. 153 del 1969 introdotto con la Legge 30 aprile 1969, n. 153, abrogando la precedente legge 17 luglio 1898, n. 350 che configurava un sistema contributivo a capitalizzazione) sia la pensione di anzianità (art. 22 della legge n. 153 del 1969) determinando un sensibile aumento della spesa pensionistica. "Tale legislazione era volta alla ricerca del consenso sociale e di singoli gruppi piuttosto che di "creare" un coerente sistema di tutela della persona". v. M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata, Relazione svolta in occasione delle Giornate di studio di diritto del lavoro organizzate dall'A.I.D.L.A.S.S. a Ferrara l' 11-12-13 maggio 2000 su La previdenza complementare*, Padova, 2008, pag. 1 e ss. ed anche T. TREU, *Pubblico e privato nella previdenza*, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, n. 1., pag. 10, il quale ritiene che è proprio <<dall'origine mutualistica e dal contributo categoriale alla previdenza e al suo finanziamento che si alimenta storicamente ed anche logicamente la pretesa di una garanzia previdenziale differenziata per i lavoratori>>, laddove, <<viceversa, la visione universalistica del welfare o non conosce o supera la differenza fra garanzie del cittadino e del lavoratore e richiama direttamente il ruolo dello stato "provvidenza" come amministratore ed erogatore di prestazioni appunto I diversi e pregevoli contributi di studiosi esercitatisi sull'analisi delle cause alla base della crisi del sistema pensionistico sono stati pressoché tutti concordi nel riconoscere che il problema di una previdenza pubblica basata sul criterio della ripartizione è quello della sua sostenibilità, ossia della dinamica dell'aliquota di equilibrio rispetto a quella effettiva, aggravato dalla scelta politica-ridistributiva di far svolgere al regime generale di tutela anche una funzione assistenziale accanto a quella prettamente previdenziale universali>>.

quiescenti, le note crisi (demografiche, economiche ed occupazionali) che hanno colpito il nostro paese a partire dalla seconda metà degli anni '70 hanno determinato un "ripensamento" dell'intero sistema²³. Al riguardo, si riporta la tabella²⁴, dalla quale è possibile analizzare la crisi demografica che ha necessariamente determinato un *trend* in aumento della spesa pensionistica a causa dell'allungamento della vita media e della riduzione delle nascite.

	Età 0 -14	Età 15 - 64	Età + 65	Indice di Vecchiaia	Indice di Dipend. Anziani	Indice di Dipend. strutturale
1951	26,1%	65,7%	8,2%	31,42	2,48	52,21
1971	24,4%	64,3%	11,3%	46,31	7,57	55,52
1991	15,9%	68,8%	15,3%	96,23	22,24	45,3
2005	14,1%	66,1%	19,8%	140,43	29,95	51,29
2030	12,2%	60,8%	27,0%	221,31	44,41	64,47
2050	12,7%	53,7%	33,6%	264,57	62,57	86,22

²³ M. CINELLI, *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, pag. 17. e anche, v. M. CINELLI e M. PERSIANI, *Prodromi, svolgimenti e prospettive della riforma previdenziale*, in *Commentario della riforma previdenziale. Dalle leggi "Amato" alla finanziaria 1995*, Milano, 1995 e M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale, op. cit.* L. GAI, *I fondi pensione. Il loro contributo allo sviluppo dei mercati finanziari e all'avvento della democrazia economica*, Torino, 1996, in cui l'Autore, trattando degli squilibri di origine solidaristico dell'ordinamento previdenziale, afferma che i fattori strutturali di debolezza sono espressione di tendenze demografiche ed economiche dei maggiori paesi industrializzati, ma che il problema, in Italia, è che ad essi si sommano gli squilibri creati da fattori che definisce di tipo politico-normativo, derivanti cioè da disposizioni ascrivibili all'esercizio di una funzione assistenziale piuttosto che previdenziale propriamente detta. V. anche A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del Welfare State: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, n. 1, pag. 213, e T. BOERI, *Uno stato asociale, perché è fallito il welfare in Italia*, Bari, 2000.

²⁴ Si riporta la tabella dell'Annuario statistico italiano 2005, ISTAT, in *Quaderni europei sul Nuovo Welfare*, n. 7 /2007, dalla quale è possibile evincersi che la crisi demografica ha determinato aumenti sulla spesa pensionistica a causa dell'allungamento della vita media e della riduzione delle nascite.

Gli indicatori statistici per analizzare l'andamento demografico sono gli "indici di struttura" e sono in particolare l'indice di vecchiaia (dato dal rapporto tra la popolazione ultrasessantacinquenne e la popolazione giovane e, cioè minore di 14 anni), l'indice di dipendenza degli anziani (dato dal rapporto tra ultrasessantacinquenni e la fascia attiva della popolazione e, cioè, quella compresa tra 15 e 64 anni) e l'indice di dipendenza strutturale (e, cioè, il rapporto tra le fasce non produttive, gli ultrasessantacinquenni e la fascia attiva). D'altronde lo stesso TFT (tasso di fecondità totale) che negli anni '60 era intorno al 2,5, all'inizio del nuovo millennio è stato di poco al di sopra dell'1.

La scelta del Legislatore è stata quindi quella di dover (re)introdurre (gradualmente) il sistema contributivo a capitalizzazione per cercare un bilanciamento del sistema (obbligatorio)²⁵

Invero, negli anni novanta, il Legislatore “innova” sensibilmente il sistema previdenziale (obbligatorio e complementare) con la riforma del biennio 1992 – 1993²⁶ (a mezzo della Legge delega n. 421 del 1992 e del D. Lgs. n. 124 del 1993) e, soprattutto, del 1995 (con la legge 8 agosto 1995, n. 335).

Ciò che interessa in questa sede è che con la L. n. 335 del 1995, il Legislatore ha riconosciuto il principio di “*agevolazione delle forme pensionistiche complementari allo scopo di consentire livelli aggiuntivi di copertura previdenziale*” (art. 1, comma 1, legge n. 335 del 1995)²⁷.

²⁵ Con la Legge 8 agosto 1995, n. 335.

²⁶ P. SANDULLI, in AA. VV., *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Ferrara, 11- 12- 13 Maggio 2000*, Milano, 2002, pag. 21. L’art. 3 della legge delega n. 421 del 1992 ha sancito una ridefinizione dell’ordinamento previdenziale italiano, avendolo trasformato da sistema “monistico”, incentrato cioè in modo esclusivo sulla copertura da parte del sistema pubblico di base, in sistema “misto”, nel quale regimi obbligatori e complementari concorrono alla formazione del trattamento pensionistico; infatti uno degli obiettivi di fondo della legge delega era quello di favorire la costituzione di forme di previdenza per l’erogazione di trattamenti pensionistici complementari. Constatando che proprio con la legge n. 421 del 1992 è stata impressa al sistema previdenziale una dinamica fortemente accelerata verso obiettivi prevalentemente economico-finanziari, parte della dottrina aveva mostrato preoccupazione circa l’effettività della tutela previdenziale del lavoratore *ex. art. 38 Cost.*, sottolineando che <<*sarebbero stati tempi tristi*>> se la revisione previdenziale fosse avvenuta <<*avendo riguardo solo ai modi di finanziamento della tutela previdenziale e senza valutare la funzione civile, prima ancora che sociale, di certi interventi*>>, tornando a concezioni tendenti <<*ad obliare la condizione umana*>> (M. PERSIANI, *Legislazione d’urgenza e prospettive di riforma in materia previdenziale*, in *Dir. Lav.*, 1984, n. 2, I, pag. 89). Altra dottrina ha ritenuto, invece, che proprio nel biennio successivo al 1992 il sistema previdenziale ha assunto un assetto coerente con il disegno costituzionale, <<*baricentrando sulla soddisfazione, in chiave di corresponsività-mutualità, del bisogno ad una esistenza libera e dignitosa ed affidando rispettivamente alla previdenza privata funzionalizzata e all’assistenza sociale costituzionalizzata (e quindi divenuta sicurezza sociale) la soddisfazione del bisogno di conservazione del tenore di vita acquisito e quello del minimo vitale*>> R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: La Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 967.

²⁷ G. CIOCCA, *L’evoluzione della previdenza sociale. Previdenza pubblica e previdenza privata, op. cit.*, pag. 156. La legge n. 335 del 1995 ha introdotto elementi di sostanziale novità nel sistema pensionistico obbligatorio, attraverso il ritorno al principio contributivo, accompagnandoli con ulteriori previsioni in materia di previdenza complementare come la nuova pensione di vecchiaia unificata. Qualunque significato funzionale si attribuisca a queste modificazioni, esse giungono a disegnare un nuovo concetto di tutela previdenziale. La novità più rilevante della riforma del 1995 è la disciplina congiunta della previdenza obbligatoria e di quella complementare. E’ la prima volta che il Legislatore compie una scelta in questa direzione, dopo aver disciplinato la previdenza complementare con il D. Lgs. n. 124 del 1993: con la legge n. 335 del 1995, infatti la restrizione della previdenza pubblica viene accompagnata da un presunto incentivo a quella complementare, che dovrebbe colmare, secondo l’intento dichiarato dal Legislatore, quell’area di tutela lasciata libera dallo Stato. V. B. LAPADULA e G. POLLASTRINI, in *I fondi pensione. Che cosa sono, come si costituiscono*.

Orbene, nonostante la volontà legislativa di promozione della previdenza complementare come “supporto” della previdenza pubblica, parte della dottrina ha continuato ad affermare che quest’ultima era necessariamente connotata da quello spazio di “libertà” (ad esempio relativo alla libertà di adesione) tale da configurarla come strumento “intermedio” tra la funzione previdenziale e quella finanziaria.

Sembra, però, potersi affermare che dalle riforme degli anni ’90, emerge che il Legislatore ha ritenuto dover “strutturare” la previdenza complementare come un (secondo) pilastro della previdenza a sostegno di quella pubblica²⁸.

Il sistema che si va ad articolare negli anni novanta è fondato soprattutto su una sorta di pluralismo²⁹ tra una previdenza pubblica obbligatoria ed una previdenza complementare facoltativa rimessa alla libera iniziativa del singolo ed alla autoprotezione solidaristica delle categorie³⁰ rendendo quest’ultima raffigurabile come una “costola di Adamo”³¹ della previdenza pubblica (riformata).

Di fronte alla crisi della previdenza pubblica alla quale la legge n. 335 del 1995³² ha cercato di porre rimedi, la previdenza complementare può svolgere un

²⁸ Secondo A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in AA. VV., *I Fondi Pensione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, XXXV, inserto, IX, anteriormente al decreto legislativo n. 124 del 1993, dalla somma delle varie disposizioni non scaturisce una disciplina organica; v. anche R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2006, 48 ss secondo cui emerge «un disomogeneo insieme di norme particolari di volta in volta introdotte al fine di soddisfare esigenze pratiche rilevanti, ma pur sempre settorialmente circoscritte: norme, tra l’altro, astraendo dalle quali non è infrequente desumere principi embrionali tra loro potenzialmente contrastanti».

²⁹ Secondo R. PESSI, *Una lezione di etica della politica ecc.*, op. cit., pag. 971, la legge n. 335 del 1995 «<mentre introduceva nel sistema pubblico la pensione contributiva secondo un modello analogo a quello introdotto a quello del 1993 per la previdenza complementare (prestazione calcolata convertendo in rendita il montante contributivo accantonato in ragione dell’età di fruizione e quindi dell’attesa di vita identificabile al momento della prima erogazione), irrigidiva ulteriormente i requisiti di accesso ai trattamenti pensionistici integrativi (di cui art. 7 del D. Lgs. 124 del 1993) stabilendo che, anche per le forme di previdenza complementare preesistenti (quasi tutte gestite con il sistema della pensioni definite), l’accesso potesse avvenire solo quando si fosse maturato il diritto a pensione nel sistema previdenziale pubblico (art. 18 comma 8-quinquies del D. Lgs. n. 124 del 1993 introdotto dall’art. 15 della legge n. 335 del 1995, con ulteriore “generalizzazione” operata poi dall’art. 59, terzo comma, della legge n. 449 del 1997)>>. Inoltre l’A. afferma come i passaggi successivi (il Legislatore del 1997) hanno confermato che il percorso non poteva che essere quello di un costante e continuo processo di armonizzazione e connessione delle due discipline.

³⁰ G. ZAMPINI, op. ult. cit., pag. 32.

³¹ A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del Welfare State ecc.*, op. cit., pag. 214. Cfr. anche C. LAGALA, *La previdenza complementare e il suo difficile decollo*, in D. GAROFALO e M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, pag. 712.

³² Autorevole dottrina ha “osservato che l’art. 1 del D. Lgs. n. 124 del 1993, che circoscrive l’ambito di applicazione e, soprattutto, stabilisce lo scopo dell’intervento legislativo, è una delle poche norme rimaste immutate. Parrebbe, pertanto, doversi dedurre che resti immutata anche la finalità delle forme pensionistiche complementari”, consistente nell’«assicurare più elevati livelli di

ruolo decisivo per assicurare una reale protezione del lavoratore nel momento del bisogno. Protezione di cui il lavoratore potrà avere certezza solo nel contemperamento effettivo fra la libertà della previdenza privata complementare e l'obbligo di garantire la previdenza pubblica.

Quindi si può affermare che le riforme degli anni novanta hanno inciso radicalmente sui tratti del sistema pensionistico nazionale: sul fronte del primo pilastro pubblico gli interventi adottati dai governi Amato e Dini hanno operato una significativa riduzione delle prestazioni previdenziali. Al contempo, sul versante delle previdenza complementare³³ i vari interventi normativi hanno cercato di

copertura previdenziale». Ciò nonostante, una più accurata lettura dei principi generali della riforma può rilevare che il Legislatore si sia nuovamente preoccupato di definire gli obiettivi del sistema complementare, affermando che «*l'agevolazione delle forme pensionistiche complementari*» è finalizzata allo «*scopo di consentire livelli aggiuntivi di copertura previdenziale*». Di conseguenza il fenomeno previdenziale complementare, finalizzati ex art. 1, D. Lgs. n.124 del 1993 ad «*assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale*», diviene ora protagonista dell'azione di ripensamento del sistema pensionistico. V. TREU T., *La previdenza complementare nel sistema previdenziale, op. cit.*, pag. 754, il quale ha affermato che seppur la legge n. 335 del 1995 ha arricchito il quadro degli interventi in materia previdenziale, definendone il quadro istituzionale, la riforma Dini presenta due limiti, che spiegano il lento sviluppo della previdenza complementare negli anni successivi alla riforma: da un lato, la debolezza e la configurazione non adeguata degli incentivi fiscali, e più in generale la presenza di una ancora consistente previdenza di base aumentata del TFR, «*anomalo istituto in senso lato previdenziale*», «*che riduce lo spazio ed il bisogno di previdenza complementare; dall'altro il secondo ostacolo è più consistente del primo, perché neppure il consistente miglioramento degli incentivi con il decreto n. 47 del 2000 è stato sufficiente ad accelerare la crescita del secondo pilastro previdenziale così da riequilibrare in modo sostanziale il rapporto con il primo pilastro...Le adesioni continuano ad essere concentrate nelle categorie professionali e nei settori con redditi medio-alti...con la conseguenza, <<non voluta>>, che la previdenza integrativa finisca per favorire proprio quei gruppi di soggetti meno bisognosi, i quali sono anche avvantaggiati sul piano fiscale*».

³³

Si consideri semplicemente la legge di accompagnamento alla finanziaria 1998 (legge 23 dicembre 1997, n. 449), la quale contiene alcune disposizioni che modificano la precedente disciplina, particolarmente per ciò che riguarda il ruolo della Commissione di vigilanza sui Fondi Pensione, l'adeguamento delle forme pensionistiche preesistenti, l'estensione del principio della subordinazione dell'erogazione delle prestazioni complementari alla maturazione del diritto alla pensione nell'assicurazione generale obbligatoria, l'opzione tra rendita e capitale nella liquidazione delle prestazioni, l'estensione alle prestazioni pensionistiche complementari del meccanismo di indicizzazione di cui all'art. 11, D. Lgs. 30 dicembre 503, l'applicazione anche ai trattamenti erogati dalla previdenza privata delle disposizioni in materia di cumulo tra prestazioni pensionistiche e redditi da lavoro dipendente o autonomo previste dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria. V. R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2006, 66 ss. A ciò si aggiunga che modifiche significative sono state apportate anche dal D. Lgs. 17 agosto 1999, n. 299 e dal D. Lgs. 18 febbraio 2000, n. 47, che realizza l'ennesima riscrittura del D. Lgs. n. 124 del 1993, modificando o integrando in varia misura gli artt. 2,3,7,8,10,13,14, e inserendo gli artt. 9-bis, 9-ter, 14-bis, 14-ter, e 14-quater. In particolare, si rileva che il D.lgs. 47 del 2000 parifica, sotto il profilo fiscale, dei fondi previdenziali collettivi (*rectius*, negoziali) e dei regimi pensionistici individuali; estende la facoltà di trasferimento delle posizioni pensionistiche individuali verso i regimi pensionistici integrativi contemplati dal nuovo art. 9-ter, ossia verso le imprese assicurative abilitate a gestire contratti di assicurazione sulla vita, concede la facoltà di aderire individualmente a fondi aperti ed a forme pensionistiche attuate mediante contratti di assicurazione (art. 9-bis e 9-ter, D. Lgs. n. 124

intervenire (anche per mezzo delle leve della fiscalità) per favorire lo sviluppo della previdenza complementare al fine di sostenere la previdenza pubblica³⁴.

D'altronde è possibile evidenziare che nell'ambito dei paesi della Unione europea, minore è l'area della previdenza pubblica, maggiore è lo spazio "conquistato" dalla previdenza privata (che in talune esperienze è obbligatoria o "quasi" obbligatoria). Ponendo a confronto la tabella sottostante, che ha ad oggetto la "spesa pensionistica in rapporto al PIL"³⁵ in varie realtà europee, si rileva che i Paesi nei quali dette esperienze hanno avuto lo sviluppo maggiore, sono proprio quelli (come il Regno Unito) in cui è "minimo" l'intervento pubblico previdenziale.³⁶

	2000 % PIL	2030 %PIL	2050 %PIL	Variazione 2000 - 2050
Italia (prima della riforma del 2005)	14,2	15,9	13,9	- 1,7
Francia	12,1	16,0	15,8	+ 3,7
Germania	10,3	13,2	14,6	+ 4,3
Scandinavia	10,2	13,7	13,1	+ 2,9
Regno Unito	5,1	4,7	3,9	- 1,2

*** **

del 1993 inseriti dal D. Lgs. 47 del 2000) anche in assenza di quelle specifiche previsioni delle fonti istitutive alle quali faceva riferimento la norma che in generale regola l'adesione ai fondi aperti (art. 9, secondo comma).

³⁴ M. JESSOULA, *La previdenza complementare in prospettiva comparata*, in *Biblioteca della libertà*, Novembre- Dicembre 2003, n. 172, pag. 79.

³⁵ Fonte *Economic Policy Committee Report to the Ecofin Council (7-11-2000)*. Le previsioni riportate sono quelle riferite allo scenario meno favorevole (c.d. *current policy scenario*).

³⁶ G. DONDI, *Prime note sulla recente disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, il quale osserva che il ruolo e lo spazio della previdenza complementare sono condizionati dal grado di copertura e dalle caratteristiche del sistema pubblico di tutela e anche P. SANDULLI, *Crisi e riforma dei sistemi pensionistici in Europa*, G. GEROLDI e T. TREU (a cura di), Milano, 1993, in cui asserisce che esiste uno stretto collegamento tra l'estensione e le modalità di applicazione del regime obbligatorio e il ruolo che può essere ricoperto dalle forme complementari. In senso contrario D. PACE, *I fondi pensione e lo sviluppo dei mercati finanziari*, in *Prev. Soc.*, n. 2, 1990, il quale, nell'affrontare il problema della desiderabilità o meno di un esteso sistema di fondi pensione a capitalizzazione e della loro eventuale regolamentazione, si è concentrato sui fondi pensione visti nella loro attività di investitori istituzionali e sugli effetti del loro comportamento nei mercati finanziari sul sistema economico e non quali surrogati più o meno rilevanti del sistema pensionistico obbligatorio.

D. Le “risolutive” pronunce della Corte di Giustizia europea e della Corte Costituzionale

Delineate sommariamente le posizioni dottrinarie e svolti alcuni cenni sullo sviluppo diacronico della disciplina legislativa in materia di previdenza complementare fino alla “fine del secolo”, è ora opportuno segnalare che, nel dibattito inerente la collocazione sistematica della previdenza complementare e la sua collocazione all’interno del comma 2 piuttosto che del comma 5 dell’art. 38 Cost., hanno avuto un ruolo fondamentale la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e della Corte Costituzionale.

*

D.1. Le decisioni della Corte costituzionale

La Corte Costituzionale, con interventi sempre più incisivi³⁷, ha mostrato di sposare l’orientamento che riconduce la previdenza complementare al comma 2 dell’art. 38 della Costituzione, sostenendo che *«la previdenza complementare si colloca nell’alveo dell’art. 38, secondo comma, della Costituzione, secondo la scelta del Legislatore di istituire un collegamento funzionale tra la prima e la previdenza obbligatoria, quale momento essenziale della complessiva riforma della materia al fine di assicurare funzionalità ed equilibrio all’intero sistema pensionistico»*³⁸.

Tra le varie pronunce in materia merita di essere menzionata la sentenza dei Giudici delle leggi n. 427 del 1990, che riconosce la natura previdenziale dei versamenti devoluti alla previdenza complementare. Da tale pronuncia si può evincere il convincimento che sulla omogeneità di funzioni tra previdenza pubblica e previdenza privata, e quindi una funzionalizzazione delle seconda alla prima³⁹.

³⁷ Vanno citate alcune sentenze della Corte costituzionale (la sentenza n. 427 del 1990, la sentenza n. 421 del 1995 e la sentenza n. 178 del 2000).

³⁸ Così, Corte Cost, Ordinanza 319/2001, in www.cortecostituzionale.it

³⁹ Si è così avvertito il legislatore dell’incompatibilità costituzionale di un generale regime esonerativo dell’obbligo di contribuzione all’a.g.o. sul finanziamento datoriale alla previdenza integrativa. Quest’ultima infatti secondo la Corte, *«deve essere incoraggiata, anche in ossequio ad una direttiva della comunità europea, ma il principio di solidarietà di cui all’art. 2 cost. non consente che il suo finanziamento, soprattutto se alimentato da redditi medio – alti, sia interamente esentato da una forma di contribuzione alla previdenza pubblica»*. Pronunciandosi poi esplicitamente sull’art. 9 bis comma 2, legge n. 166/1991 (che sancisce la non ripetibilità nei confronti degli istituti previdenziali pubblici delle somme versate dai datori di lavoro in costanza del previdente regime normativo), la Consulta ha deplorato che l’assenza per il passato di una contropartita analoga al *«contributo di solidarietà, abbia finito con lo sganciare completamente la previdenza privata da quella pubblica, alterando così quel meccanismo di redistribuzione delle risorse individuali che è richiesto dagli inderogabili doveri di solidarietà economica e sociale»* di cui all’art. 2 Cost. Uno dei

Anche con la sentenza della Corte Costituzionale n. 421 del 1995, i Giudici delle leggi hanno ribadito che la previdenza complementare «*deve*» necessariamente contribuire al finanziamento di quella pubblica, poiché il principio di razionalità – equità (art. 3 Cost.) coordinato con il principio di solidarietà, col quale deve integrarsi l'interpretazione dell'art. 38 secondo comma Cost., «*esige che la tutela dell'interesse individuale dei lavoratori provvisti delle risorse occorrenti per fruire di una forma di previdenza complementare, non va disgiunta da un dovere specifico di cura dell'interesse pubblico a integrare le prestazioni previdenziali, altrimenti inadeguate, spettanti ai soggetti economicamente più deboli*»⁴⁰.

fondamenti sui quali venne fondato tale convincimento è che «*il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., non consente che il finanziamento della previdenza integrativa, soprattutto se alimentato da redditi medio – alti, sia interamente esentato da contribuzione alla previdenza pubblica*».

Sul punto v. G. PROIA, *La Corte costituzionale e la previdenza complementare*, in Arg. Dir. Lav., 1995. Da un lato, è stato rilevato come tale affermazione non tenesse conto che, in base alla disciplina all'epoca vigente, l'eventuale assoggettamento a contribuzione previdenziale delle somme erogate ai regimi di previdenza privata non realizzava, di per sé, alcuna forma di solidarietà. In secondo luogo, chi sosteneva l'illegittimità dell'imposizione sulla contribuzione, lo faceva considerando il fatto che i datori di lavoro ed i lavoratori iscritti a forme di previdenza complementare, già adempiono alle obbligazioni fiscali e, essendo iscritti al regime generale, contribuiscono anche a quest'ultimo, esprimendo così in tale contesto una solidarietà analoga a quella degli altri datori di lavoro e lavoratori. Coticché tale dottrina sosteneva che «*le forme di previdenza privata non comportano una sottrazione alla solidarietà generale: i datori di lavoro finanziano sia la previdenza privata che quella pubblica: quella privata in adempimento di un'obbligazione contrattuale; quella pubblica in adempimento all'obbligazione contributiva imposta dalla legge in necessaria attuazione del principio di solidarietà*». V. M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in Giorn. Dir. Rel. Ind., 2000. Tuttavia argomentando ciò, non si teneva conto che la corrispettività rispetto alla prestazione lavorativa si realizzava, non solo attraverso la retribuzione netta percepita dal lavoratore o da quella lorda comprensiva dell'assolvimento da parte del datore di lavoro per conto del prestatore dell'obbligazione fiscale, ma anche attraverso l'assolvimento dell'obbligazione contributiva con il connesso nascere del diritto a prestazioni economiche, differite e permanenti, tra cui, prima fra tutte, la rendita pensionistica. Così R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*, in Mass. Giur. Lav., 2000, pag. 968.

L'indicazione della Corte non venne tuttavia raccolta dal Legislatore che, con l'art. 9 bis del d. lgs. n. 103/1991, convertito nella l. n. 166/1991, esonerava dalla contribuzione obbligatoria le somme versate ai fondi pensione a fronte dell'assoggettamento ad una (meno onerosa) contribuzione di solidarietà. Si è così effettivamente introdotto un obbligo di contribuzione al sistema pubblico che realizza una forma di solidarietà in quanto destinataria esclusiva di quella contribuzione è la gestione previdenziale presso la quale è iscritto il lavoratore, mentre la posizione contributiva di quest'ultimo non beneficia di alcun incremento.

⁴⁰ La Corte, in considerazione del regime di esonero dell'ordinaria contribuzione sociale introdotto dall'art. 9 bis, ha negato la natura retributiva del finanziamento ai fondi, evidenziando la natura innovatrice del suddetto articolo, il quale sarebbe stato «*portatore di un novum nella specie di una nuova accezione da aggiungere a quelle elencate nell'art. 12 comma 2, legge n. 153/1969*». La conseguenza sarebbe stata che solo a far data dalla legge delega n. 421/1992, poi attuata dal d.lgs. 124/1993, i versamenti dei datori di lavoro destinati al finanziamento delle forme pensionistiche complementari, «*non possono più definirsi emolumenti retributivi con funzione previdenziale, ma sono strutturalmente contributi di natura previdenziale*». L'orientamento della Corte non è stato smentito neanche nelle successive pronunce, che proprio basandosi sul presupposto dell'omogeneità funzionale tra previdenza pensionistica pubblica e previdenza complementare, ha sancito la

Decisiva, poi, è stata la sentenza 28 luglio 2000, n. 393⁴¹ con la quale la Corte Costituzionale ha risolto (*rectius*: sembrava avere risolto) la vivace discussione dottrinale sorta intorno alla collocazione costituzionale della previdenza complementare.

La sentenza n. 393 del 2000 può essere definita come una “sentenza di sistema”, proprio perché sancisce che: «*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, della Costituzione*» .

In particolare, i dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 59, terzo comma, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 - per il quale il trattamento di pensione integrativa si consegue esclusivamente in presenza di requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina generale obbligatoria di appartenenza⁴² - sono stati sollevati

compatibilità costituzionale della normativa che ha per un verso imposto – a decorrere dal luglio 1991 – un contributo del 10% escludendo la sottoposizione del finanziamento datoriale alla previdenza complementare al regime di contribuzione previdenziale ordinaria a favore dell’INPS, ed ha, per altro verso, previsto – limitatamente al periodo contributivo 1° settembre 1985 – 30 giugno 1991 – che, in deroga alle disposizioni sulla prescrizione dei contributi previdenziali (art. 3, commi 9 – 10, legge n. 335/1995), i datori di lavoro siano tenuti al pagamento di detti contributi nella misura ben superiore del 15%, Sentenza Corte Cost. n. 178/2000; Sull’illegittimità dell’imposizione sul contributo datoriale vedi soprattutto G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in Arg. Dir. Lav., 2001.

In definitiva, la Consulta sancisce la correlazione della previdenza complementare al sistema pubblico di base, ricomprendendo entrambe le componenti nell’alveo dell’art. 38, comma 2, Cost., e sottolineando così il concorso della previdenza complementare alla realizzazione dell’obiettivo dell’«adeguatezza».

⁴¹ R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare (Nota a sentenza Corte Costituzionale 28 luglio 2000, n. 393)*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, 965 ss. . v. anche TURSI, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, tomo II, 1731 ss., secondo cui «*può ben dirsi che attraverso la previdenza complementare il Legislatore previdenziale ha inteso promuovere la canalizzazione dell’iniziativa privata verso l’obiettivo del mantenimento del tenore di vita attivo*» e, quindi, «*deve riconoscersi che il principio di adeguatezza della tutela ex art 38, secondo comma, cost., si traduce, in materia di previdenza complementare, in un principio di effettività del diritto di accedere a forme di previdenza complementare, cui deve accompagnarsi una tutela legislativa del diritto alla prestazione, di portata analoga a quella riferibile alle prestazioni di previdenza obbligatoria*». T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in AA. VV.(a cura di), *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda ed altri studi*, Padova, 2005, 756 ss., il quale sostiene che «*queste regole e queste agevolazioni si possono giustificare senza far coincidere in toto la previdenza complementare con lo schema pubblico dell’art. 38, ma appunto sottolineando che essa corrisponde al soddisfacimento di interessi non privatistici e neppure necessari in senso pubblicistico ma sempre socialmente rilevanti*».

⁴² Si tratta, in pratica, di «*una disposizione che parifica i requisiti d’accesso alle pensioni pubbliche a quelli relativi alle pensioni integrative*», v. A. ALAIMO, *La previdenza complementare*

in rapporto al principio della libertà di assistenza privata e di organizzazione sindacale ex artt. 38, comma 5, e 39 Cost., dai giudici delle leggi, che dopo una prima ordinanza di rimessione⁴³, hanno ritenuto la disciplina vincolistica in materia di prestazioni erogabili dai fondi di previdenza complementare, non solo ragionevole, ma confermativa dell'esistenza di un «*nesso strutturale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare*».

Secondo la Corte, l'art. 59, comma 3, legge n. 449 del 1997, si pone come espressione 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 all'art. 38, secondo comma, Cost.⁴⁴

La *ratio decidendi* della sentenza n. 393 del 2000 assume un decisivo valore persuasivo nel dibattito dottrinale sulla fondatezza, o meno, della cosiddetta “tesi della funzionalizzazione”, producendo (o perlomeno dovendosi produrre) anche un decisivo «*effetto di indirizzo*» nei confronti della legislazione di riforma.

La previdenza complementare insiste, quindi, nell'area della previdenza sociale ed art. 38, comma 2 Cost., pur avendo il Legislatore previdenziale distinto, all'interno della sfera dei bisogni previdenziali costituzionalmente rilevanti, un livello necessitato ed incomprimibile, da un livello ulteriore che, pur non essendo necessitato, è tuttavia rilevante ai fini del concetto di prestazione adeguata, e merita

nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss.

⁴³ Sentenza Corte Cost. n. 289/1999.

⁴⁴ A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss. Va sottolineato come la diatriba circa il rapporto tra previdenza complementare e previdenza sociale è stata acuita, da ultimo, dalla latente contraddizione, profilatasi a seguito della riforma federalista del titolo V della Costituzione, tra la posizione finora assunta dalla Corte Costituzionale – la quale, come osservato, ha più volte perentoriamente affermato la funzione ancillare della previdenza complementare rispetto alla previdenza obbligatoria di base – e la concezione che parrebbe a prima vista implicita nel novellato art. 117 Cost., in cui la previdenza e sociale e previdenza complementare (nonché “integrativa”) vengono divaricate, attribuendosi la prima alla competenza legislativa esclusiva statale e la seconda a quella concorrente tra lo Stato e le Regioni, v. A. TURSI, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, tomo II, 1731 ss.

quindi considerazione e tutela di natura analoga a quella della previdenza obbligatoria⁴⁵.

In quest'ottica, non possono non trovare giustificazione i limiti e i vincoli adottati all'autonomia individuale e collettiva alla fine della tutela dei mezzi adeguati di sussistenza.

La garanzia dell'adeguatezza di cui all'art. 38 secondo comma, Cost., troverebbe così realizzazione attraverso iniziative e strutture di tipo pluralistico e, dunque anche attraverso il concorso di iniziative pubbliche con impulsi provenienti dall'autonomia privata in generale (forme pensionistiche complementari individuali) e dall'autonomia collettiva in particolare (fonte istitutiva principale dei fondi pensionistici complementari c.d. chiusi), il tutto sostenuto, garantito e controllato dallo Stato⁴⁶, conformemente al comma 4 dello stesso art. 38 Cost., in una evidente logica di profonda compenetrazione tra la sfera dell'autonomia privata medesima ed i meccanismi di regolazione statale⁴⁷.

Secondo parte della dottrina, la Corte Costituzionale si sarebbe limitata a prendere atto di ciò che era ormai sotto gli occhi di tutti: ovvero la direzione intrapresa dal Legislatore, per affrontare l'emergenza del risanamento dei conti pubblici, *«porta la previdenza complementare dei privati verso il sistema della*

⁴⁵ T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in AA. VV. (a cura di), *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda ed altri studi*, Padova, 2005, 756 ss., il quale sostiene che « queste regole e queste agevolazioni si possono giustificare senza far coincidere in toto la previdenza complementare con lo schema pubblico dell'art. 38, ma appunto sottolineando che essa corrisponde al soddisfacimento di interessi non privatistici e neppure necessari in senso pubblicistico ma sempre socialmente rilevanti ». V. Cfr. A. TURSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *RIDL*, I, 2000. Muovendosi lungo una linea di continuità con gli iniziali tentativi tesi a favorire l'autonomia collettiva – e, pertanto, il ruolo delle associazioni sindacali rispetto all'autonomia individuale e alle decisioni dei singoli lavoratori – una parte della dottrina ha ribadito la possibilità che le fonti istitutive, e in particolare la contrattazione collettiva, stabiliscano forme di adesioni implicite ai fondi chiusi o limitino la libertà di recesso da tali fondi, in G. FERRARO, *La problematica giuridica dei fondi pensione*, 2000, I, pagg. 34-35.

⁴⁶ Cfr. G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza, una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *Arg. Dir. Lav.*, I, 2006.

⁴⁷ Rileva al riguardo la COVIP, nella relazione per l'anno 2000, Roma 2001, pag. 33, come «in tale contesto non v'è dubbio che la previdenza complementare viene ad essere fondata su una scala di valori che pone al centro la capacità degli interessi collettivi di sostituirsi parzialmente all'intervento pubblico, integrandolo» e «concorrendo così a ridisegnare un modello di welfare fondato su equilibri sociali piuttosto che sul tradizionale equilibrio finanziario pubblico». Cfr. in particolare R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*, in *Mass. Giur. Lav.*, pag. 973, che rileva come nella sentenza 393/2000, la Corte «abbia voluto svolgere una lezione di etica in ordine al modo nel quale il disegno costituzionale impone di bilanciare gli interessi contrapposti nell'ambito del sistema previdenziale complessivamente inteso».

*previdenza pubblica, piegando la natura della prima alle esigenze della seconda e, in particolare, alla necessità di contenimento della spesa disponibile da parte di quest'ultima».*⁴⁸

Secondo questa autorevole dottrina⁴⁹, la Corte Costituzionale ha, dunque, creduto di cogliere l'esistenza di un nesso strutturale fra la previdenza privata e quella pubblica, non mancando di osservare come l'evoluzione legislativa degli anni Novanta abbia accentuato tale nesso (che, nell'ottica dei giudici delle leggi, la Costituzione evidentemente impone)⁵⁰. Infatti la stessa dottrina si è sforzata di individuare una giustificazione costituzionale di una legislazione di fine secolo così invasiva di quella sfera di interessi che la Costituzione vuole <<libera>>, a tal punto da determinare la compressione dell'autonomia privata collettiva in materia previdenziale. Tale compressione potrebbe essere giustificata dall'esigenza di perseguire un superiore interesse pubblico, rappresentato nella sostanza, dalla necessità di rendere socialmente accettabile la riforma del sistema previdenziale pubblico e l'arretramento dei livelli di tutela da questo garantiti, mediante l'utilizzo vincolato di una parte del risparmio privato.⁵¹ Il processo di funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza pubblica sarebbe quindi il risultato di una scelta politica, in quanto tende a soddisfare <<esigenze contingenti, come tali, estranee alla logica del complessivo sistema previdenziale come risulta disegnato dal legislatore>>⁵².

⁴⁸ Così G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note in margine ad un recente convegno)*, in Arg. Dir. Lav., 2000, pag. 116.

⁴⁹ Cfr. M. PERSIANI, *Retribuzione, previdenza privata e previdenza pubblica*, in AA. VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989, pag. 253; G. CIOCCA, *La libertà...*, Milano, 1998; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, Padova, 2004.

⁵⁰ G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, cit., pag. 291 – 292.

⁵¹ G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema...*, cit., pag. 622.

⁵² M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind*, 2000, pag. 222 -223, dove l'Autore afferma che soltanto la concreta ulteriore evoluzione delle politiche di welfare state, nel medio periodo e, quindi, la razionalizzazione del sistema previdenziale pubblico e il risanamento delle finanze dello Stato <<renderà, prima o poi, inutile la disciplina legislativa che condiziona la previdenza privata in termini di finanziamento e di prestazioni>>, onde quest'ultima tornerà ad essere <<libera perché l'intensità e le condizioni di quella tutela saranno esclusivamente rimesse alle scelte dell'autonomia collettiva che presiedono alla determinazione ed alla destinazione dei trattamenti retributivi>>. Cfr. PROIA G., *Aspetti irrisolti del problema...*, cit., pag. 623, il quale afferma che <<le scelte del legislatore degli anni Novanta non costituiscono lo strumento esclusivo, e tantomeno necessario, per garantire l'attuazione del precetto di cui all'art. 38 Cost. Quelle scelte rappresentano una delle soluzioni ipotizzabili in relazione alla situazione determinatasi, per cui non può essere esclusa la possibilità di una nuova razionalizzazione del sistema, che ripristini la naturale distinzione tra la sfera dei compiti che il Costituente assegna indeclinabilmente all'intera collettività

*

D.2. La previdenza complementare nella prospettiva giurisprudenziale comunitaria

Per quel che concerne la nostra analisi, può essere proficuo cogliere le linee giurisprudenziali di tendenza che, in ambito comunitario⁵³, si registrano in tema di pensioni complementari; e ciò al fine di fornire una collocazione più adeguata alla questione della compatibilità costituzionale di un accrescimento del ruolo della previdenza complementare, nel generale sistema della previdenza sociale, all'interno del nostro ordinamento.

Al riguardo, la Corte di Giustizia della Comunità europea ha svolto una rilevante attività interpretativa, in particolare, nella nota sentenza sul caso *Albany*⁵⁴.

Con la sentenza in parola, la Corte ha affermato che un Fondo Pensione di categoria costituisce un'impresa⁵⁵ che svolge un'attività economica concorrente con quella delle società di assicurazioni che gestiscono regimi pensionistici. La Corte ha poi chiarito - ed è questo il profilo della decisione che qui maggiormente si rileva -, che l'obbligatorietà dell'iscrizione ad un tale tipo di fondo è legittima e non viola i

(art. 38, secondo comma in combinato con l'art. 3, secondo comma) e la sfera della libertà che, in materia previdenziale, è garantita ai privati (art. 38, quinto comma, in combinato con l'art. 47)>>.

⁵³ È altresì opportuno ricordare che l'art. 2 del Trattato CE annovera, tra gli obiettivi della Comunità, il mantenimento di un elevato livello (oltre che di occupazione) di protezione sociale, salvo sempre il principio di sussidiarietà (in base al quale gli Stati membri sono responsabili dei propri regimi pensionistici).

⁵⁴ Corte di Giustizia europea, sentenza 21 settembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C 67/96, in *Il foro italiano*, 1999, IV, 489. In realtà si tratta di tre sentenze distinte, ma rese tutte il 21 settembre 1999: la sentenza resa nel procedimento C-67/96 tra *Albany International BV e Stichtig Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; nel procedimento C-115/117-97 *Brentjens' Hndelsonderneming BV* e nella causa C-219/97 tra *Brijvende Bokken BV*, rispettivamente Fondi pensione di categoria del settore tessile, dei materiali di costruzione e delle imprese di trasporto e portuali; si parla tuttavia comunemente solo di sentenza *Albany* data l'impronunciabilità degli altri soggetti coinvolti nelle varie sentenze.

⁵⁵ Va ricordato che per il diritto della concorrenza assume rilevanza qualsiasi soggetto in grado di svolgere una propria autonoma ed unitaria attività economica. Attività, cioè, idonea, ad incidere sul mercato, configurabile a livello potenziale od attuale. Ne deriva che «*gli elementi che identificano il soggetto impresa nel diritto comunitario non sono gli elementi cosiddetti endogeni – come la struttura del soggetto agente e la sua metodica di gestione – bensì gli elementi cosiddetti esogeni – ovvero l'attività esercitata dal soggetto agente ed il contesto in cui opera. Proprio in ragione del fatto che il diritto della concorrenza ha riguardo all'azione sul mercato dei soggetti economici, la giurisprudenza comunitaria si è concentrata sugli effetti degli atti compiuti dal soggetto agente e sulla loro destinazione elettiva al mercato*».

In definitiva, ove ci sia un mercato aperto sul quale possono intervenire tutti gli operatori privati, lì si è in presenza di impresa, indipendentemente dalla loro natura giuridica. Così, S. PICCININNO, *La sussidiarietà orizzontale in materia di pensioni nella prospettiva dell'ordinamento giuridico comunitario*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, tomo II, 1662 ss.

principi della libera concorrenza nel mercato unico sanciti dagli artt. 81 e seguenti del Trattato⁵⁶ e che «*i contratti collettivi che istituiscono forme di previdenza complementare non costituiscono intese vietate ai sensi dell'art. 85 del Trattato*⁵⁷».

Come non sottolineare la rilevanza dell'affermazione della sentenza *Albany* secondo cui i regimi pensionistici complementari obbligatori sono conformi al diritto comunitario della concorrenza.

Nonostante la riconducibilità alla nozione di impresa, «*i Fondi Pensione che gestiscono regimi pensionistici integrativi di tipo professionale possono insomma condividere, con i regimi pubblici, la funzione sociale della garanzia pensionistica e, proprio in ragione di tale funzione, possono essere resi obbligatori*⁵⁸».

Si può, pertanto, evincere dalla prospettiva dell'ordinamento comunitario una significativa tendenza alla valorizzazione dei regimi pensionistici complementari gestiti dai Fondi Pensione ai fini del conseguimento di quell'elevato livello di protezione sociale dei lavoratori richiamato dall'art. 2 del Trattato CE.

Invero la sentenza *Albany*, con la sua motivazione, fornisce interessanti spunti per una qualificazione giuridica della previdenza complementare.

All'interno del nostro ordinamento tale idea può trovare fondamento in una lettura dell'art. 38 Cost. che, facendo leva sulla lettera del quarto comma, accosti agli enti che gestiscono i regimi pensionistici pubblici i fondi pensione istituiti per via di contrattazione collettiva⁵⁹.

Sembra possibile affermare che la previdenza dei fondi pensione possa assolvere ad una funzione sociale equivalente alla previdenza pubblica; che cioè le prestazioni

⁵⁶ Cfr. M.PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, II, 209 ss.; A. ANDREONI, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia. (Riflessioni sul caso Albany)*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, II, 981.

⁵⁷ S. PICCININNO, *La natura dei Fondi Pensione alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia europea*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, II, 296 ss.

Si noti che la Corte non afferma che le associazioni sindacali non siano imprese. Essa, infatti, non si è posta il problema della natura dei soggetti che pongono in essere quelle forme istitutive, ma ha ragionato in termini di atti. Così ha concluso che quelli posti in essere, per la loro natura e per il loro oggetto, non costituiscono pratica abusiva in quanto hanno una funzione sociale. Nello stesso senso, A. ALLAMPRESE, *Osservazioni alla sentenza Albany*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2000, I, 33 ss.

⁵⁸ A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss.

⁵⁹ In proposito, v. F. MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1998, 12 e ss.

pensionistiche pubbliche e quelle erogate dai regimi professionali possano concorrere al perseguimento del comune obiettivo di realizzazione dei mezzi adeguati, secondo le indicazioni della carta costituzionale e, dunque, all'attuazione del programma dettato dal secondo comma dell'art. 38 Cost. L'orientamento comunitario diventa quindi, secondo questa lettura, una conferma della tesi della funzionalizzazione: previdenza obbligatoria e previdenza complementare hanno la medesima funzione e sono volte a soddisfare entrambe gli stessi interessi: ovvero quelli riconducibili all'art. 38 Cost. secondo comma.

*** **

E. La verifica della tesi della funzionalizzazione alla luce della riforma della previdenza complementare

Prima di affrontare l'analisi del ruolo della autonomia individuale e dell'autonomia collettiva alla luce della (terza) riforma della previdenza complementare (attuata a mezzo della legge delega 23 agosto 2004, n. 243⁶⁰ e del D. Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252⁶¹) è opportuno, anzi doveroso, verificare se i "principi" espressi dai Giudici delle leggi in merito alla funzionalizzazione della previdenza complementare siano stati "adottati" dal legislatore ordinario, atteso che - se la verifica non dovesse essere positiva (o pienamente positiva) - sarebbe necessario procedere con molta più "cautela" nella analisi della "nuova" disciplina.

Invero, se sorgessero dubbi sull'assunto per cui la previdenza complementare (riformata) "continui" ad essere funzionalizzata a quella pubblica (e obbligatoria), potrebbe essere necessario leggere (*rectius*: interpretare) le disposizioni del D. Lgs. n. 252 del 2005 con "lenti diverse" anche per quanto concerne l'oggetto della presente indagine.

In verità un esame del decreto D. lgs. n. 252 del 2005 ingenera alcune incertezze.

⁶⁰ Legge 23 agosto 2004, n. 243, "Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 222 del 21 settembre 2004

⁶¹ Decreto Legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, "Disciplina delle forme pensionistiche complementari", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 289 del 13 dicembre 2005 - Supplemento Ordinario n. 200.

Il Legislatore delegante del 2004, prima, e il Legislatore delegato, poi, non sembrano avere colto (o meglio non sembrano avere voluto cogliere) l'occasione di creare un sistema "veramente" funzionalizzato della previdenza complementare a quella pubblica.

Innanzitutto, ben si sarebbe potuto "scegliere" di rendere la previdenza complementare obbligatoria⁶² ⁶³, ma si è preferito percorrere la strada, certamente più facile, ma che forse va "meno lontano", del conferimento automatico del trattamento di fine rapporto alle forme pensionistiche complementari di cui al D.lgs. n. 124 del 1993, salva «*diversa esplicita volontà espressa del lavoratore*⁶⁴».

L'intero disegno della riforma è, comunque, volto a definire molteplici strumenti di "promozione" della previdenza complementare⁶⁵ e ad incentivare l'adozione di

⁶² Invero, la direzione in cui intendeva originariamente muovere il Governo pareva essere proprio quella più coerente con l'attrazione della previdenza complementare nel comma 2 del citato art. 38: forme di adesione obbligatoria alla previdenza complementare erano, infatti, previste nella primissima versione del d.d.l. n. 2145 presentato il 28 dicembre 2001 alla Camera dei Deputati e nell'intenzione del Governo. Quanto poi alla possibilità di rendere "obbligatoria" la previdenza complementare si dirà nei capitoli successivi.

⁶³ In proposito, v. R. PESSI, *La riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare: principi ispiratori, novità, prospettive*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 950.

⁶⁴ Così l' art. 1, comma 2, lett. e), n.1 della legge delega.

⁶⁵ Tra le maggiori novità si possono ricordare: l'adozione di «misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali, con contestuale incentivazione di nuova occupazione con carattere di stabilità» (art. 1, comma 2, lett. e) ; il perfezionamento dell'unitarietà e dell'omogeneità del « *sistema di vigilanza sull'intero settore della previdenza complementare, con riferimento a tutte le forme pensionistiche collettive e individuali previste dall'ordinamento, e semplificare le procedure amministrative tramite: 1) l'esercizio da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'attività di alta vigilanza mediante l'adozione, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, di direttive generali in materia; 2) l'attribuzione alla Commissione di vigilanza sui Fondi Pensione, ferme restando le competenze attualmente ad essa attribuite, del compito di impartire disposizioni volte a garantire la trasparenza delle condizioni contrattuali fra tutte le forme pensionistiche collettive e individuali, ivi comprese quelle di cui all'articolo 9-ter del D. Lgs. 21 aprile 1993, n. 124, e di disciplinare e di vigilare sulle modalità di offerta al pubblico di tutti i predetti strumenti previdenziali, compatibilmente con le disposizioni per la sollecitazione del pubblico risparmio, al fine di tutelare l'adesione consapevole dei soggetti destinatari; 3) la semplificazione delle procedure di autorizzazione all'esercizio, di riconoscimento della personalità giuridica dei Fondi Pensione e di approvazione degli statuti e dei regolamenti dei fondi e delle convenzioni per la gestione delle risorse, prevedendo anche la possibilità di utilizzare strumenti quale il silenzio assenso e di escludere l'applicazione di procedure di approvazione preventiva per modifiche conseguenti a sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari» (art. 1, comma 2, lett. h); la ridefinizione della disciplina fiscale della previdenza complementare introdotta dal D. Lgs. 18 febbraio 2000, n. 47 in modo da ampliare, anche con riferimento ai lavoratori dipendenti e ai soggetti titolari delle piccole e medie imprese, la deducibilità fiscale della contribuzione alle forme pensionistiche complementari, collettive ed individuali⁶⁶; la previsione che «*tutte le forme pensionistiche complementari siano tenute ad esporre nel rendiconto annuale e, in modo sintetico, nelle comunicazioni inviate all'iscritto, se ed in quale misura siano presi in considerazione aspetti sociali, etici ed ambientali nella gestione delle risorse finanziarie derivanti dalle contribuzioni degli iscritti così come nell'esercizio dei diritti legati**

misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali⁶⁶, anche al fine di “alleggerire” la previdenza pubblica.

alla proprietà dei titoli in portafoglio» (art. 1, comma 2, lett. 1); la previsione secondo cui « tutti i maggiori risparmi e tutte le maggiori entrate derivanti dalle misure previste dai commi 1 e 2 sono destinati alla riduzione del costo del lavoro nonché a specifici incentivi per promuovere lo sviluppo delle forme pensionistiche complementari anche per i lavoratori autonomi» (art. 1, comma 20) ; l'introduzione della possibilità per la normativa statutaria e regolamentare degli enti di diritto privato di cui ai Decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509 (cc. dd. Enti privatizzati), e 10 febbraio 1996, n. 103, di «prevedere, nell'ambito delle prestazioni a favore degli iscritti, anche forme di tutela sanitaria integrativa, nel rispetto degli equilibri finanziari di ogni singola gestione» (art. 1, comma 34); la modifica all'art. 1, D. Lgs. n. 124 del 1993, tramite introduzione del comma 1-bis, che attribuisce agli enti di diritto privato di cui ai Decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103, la facoltà di istituire, con l'obbligo della gestione separata, «sia direttamente, sia secondo le disposizioni di cui al comma 1, lettere a) e b), forme pensionistiche complementari» (art. 1, comma 35).

⁶⁶ Il Legislatore dovrà prevedere: 1) al conferimento, salva diversa esplicita volontà espressa dal lavoratore, del trattamento di fine rapporto maturando alle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, garantendo che il lavoratore stesso abbia una adeguata informazione sulla tipologia, le condizioni per il recesso anticipato, i rendimenti stimati dei fondi di previdenza complementare per i quali è ammessa l'adesione, nonché sulla facoltà di scegliere le forme pensionistiche a cui conferire il trattamento di fine rapporto, previa omogeneizzazione delle stesse in materia di trasparenza e tutela; 2) all'individuazione di modalità tacite di conferimento del trattamento di fine rapporto ai fondi istituiti o promossi dalle regioni, tramite loro strutture pubbliche o a partecipazione pubblica all'uopo istituite, oppure in base ai contratti e accordi collettivi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 3 e al comma 2 dell'articolo 9 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, nonché ai fondi istituiti in base alle lettere c) e c-bis) dell'articolo 3, comma 1, del medesimo decreto legislativo, nel caso in cui il lavoratore non esprima la volontà di non aderire ad alcuna forma pensionistica complementare e non abbia esercitato la facoltà di scelta in favore di una delle forme medesime entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del relativo decreto legislativo, emanato ai sensi del comma 1 e del presente comma, ovvero entro sei mesi dall'assunzione; 3) alla possibilità che, qualora il lavoratore abbia diritto ad un contributo del datore di lavoro da destinare alla previdenza complementare, detto contributo affluisca alla forma pensionistica prescelta dal lavoratore stesso o alla quale egli intenda trasferirsi ovvero alla quale il contributo debba essere conferito ai sensi del numero 2); 4) all'eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla libera adesione e circolazione dei lavoratori all'interno del sistema della previdenza complementare, definendo regole comuni, in ordine in particolare alla comparabilità dei costi, alla trasparenza e portabilità, al fine di tutelare l'adesione consapevole dei soggetti destinatari; la rimozione dei vincoli posti dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, al fine della equiparazione tra forme pensionistiche[□]; l'attuazione di quanto necessario al fine di favorire le adesioni in forma collettiva ai Fondi Pensione aperti, nonché il riconoscimento al lavoratore dipendente che si trasferisca volontariamente da una forma pensionistica all'altra del diritto al trasferimento del contributo del datore di lavoro in precedenza goduto, oltre alle quote del trattamento di fine rapporto; 5) alla possibilità che la contribuzione volontaria alle forme pensionistiche possa proseguire anche oltre i cinque anni dal raggiungimento del limite dell'età pensionabile; 6) al ricorso a persone particolarmente qualificate e indipendenti per il conferimento dell'incarico di responsabile dei Fondi Pensione nonché l'incentivazione dell'attività di eventuali organismi di sorveglianza previsti nell'ambito delle adesioni collettive ai Fondi Pensione aperti, anche ai sensi dell'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124; 7) alla costituzione, presso enti di previdenza obbligatoria, di forme pensionistiche alle quali destinare in via residuale le quote del trattamento di fine rapporto non altrimenti devolute; [...] 10) alla possibilità per i Fondi Pensione di dotarsi di linee d'investimento tali da garantire rendimenti comparabili al tasso di rivalutazione del trattamento di fine rapporto; 11) all'assoggettamento delle prestazioni di previdenza complementare a vincoli in tema di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità analoghi a quelli previsti per la previdenza di base. Per un'analisi degli impatti delle previsioni contenute nella legge n.

É quindi innegabile che anche la Legge n. 243 del 2004 ha il fine di permettere un ulteriore arretramento della spesa pubblica e ciò è desumibile anche dall'analisi del “Nucleo di valutazione della spesa previdenziale” obbligatoria prima e dopo la terza riforma della previdenza complementare⁶⁷.

	2000	2005	2010	2015	2020	2025	2030	2035	2050
Normativa previgente	14,2%	14,3%	14,3%	15%	15,5%	15,5%	15,9%	16%	13,9%
Normativa attuale	14,2%	14,3%	14%	14,3%	14,7%	14,8%	15,2%	15,5%	13,8%

Ad ogni modo e senza alcuna pretesa di completezza, si può evidenziare che il decreto in esame: stabilisce la possibilità di aderire a qualsiasi Fondo Pensione con il conferimento del solo trattamento di fine rapporto⁶⁸; fissa regole comuni per i Fondi Pensione; ridefinisce e rende unitaria la disciplina fiscale, della contribuzione, dei rendimenti e delle prestazioni dei fondi; disciplina le modalità di informazione;

243/2004 sulle problematiche del sistema previdenziale che la né la riforma Amato, né la riforma Dini, né la nuova riforma Maroni, sono riuscite a superare, P. BOER, *Nuova disciplina e vecchie problematiche*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, n. 49, inserto, III; M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004*, in *www.unicz.it/lavoro*, 2004; M. CINELLI, C. A. NICOLINI, *Nuova legge sulle pensioni: riforma scritta “a matita”*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 186.

⁶⁷ Analisi tratta da L. SCIMIA, *La previdenza complementare in Italia*, Firenze, 2008, pag. 40. I dati percentuali si riferiscono al rapporto con il PIL.

⁶⁸ Cfr. A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 593 ss., il quale asserisce autorevolmente che «il cuore delle innovazioni legislative introdotte dal D. Lgs. n. 252 del 2005 risiede indubbiamente nella disciplina inerente la devoluzione del trattamento di fine rapporto ai Fondi Pensione. Non per nulla tale questione ha occupato il centro del dibattito politico-sindacale ed anche i primi contributi esegetici [...] vi si sono soffermati, sia dall'angolazione dell'analisi economica che da quella dell'analisi giuridica».

conferisce unitarietà all'azione di vigilanza della COVIP⁶⁹; procede al ridisegno delle fonti istitutive dei Fondi Pensione⁷⁰.

Senza volere anticipare quanto si dirà nel prosieguo della trattazione, è opportuno evidenziare che dal D. Lgs. n. 252 del 2005 emerge la volontà del Legislatore di rendere la previdenza complementare “appetibile” per l'aderente anche attraverso una forte “implementazione” dell'autonomia privata.⁷¹

Vi è la libertà (già accennata) di scegliere la forma previdenziale alla quale iscriversi (nell'ottica dell'equiparazione delle forme pensionistiche complementari – principio quest'ultimo sancito dall'art. 1, comma 2, lett. e), n. 4, della L. n. 243 del 2004⁷²), di trasferire la posizione previdenziale da una forma pensionistica all'altra, di scegliere le proprie linee di investimento etc.

Difatti - com'è noto - nell'impianto del D. lgs. n. 124 del 1993, in presenza di un fondo c.d. “chiuso”, il lavoratore non avrebbe potuto aderire ad un fondo “aperto”. Al prestatore di lavoro spettava unicamente la scelta di aderire al sistema complementare, ma non godeva dell'ulteriore libertà di scegliere la forma pensionistica.

⁶⁹ Per “COVIP” si intende la Commissione di vigilanza sui Fondi Pensione, istituita ai sensi dell'art. 18 del decreto in parola, con lo «scopo di perseguire la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione delle forme pensionistiche complementari, avendo riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare».

⁷⁰ Sul punto, si veda S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Working paper C. S. D. L. E. “Massimo D'Antona”*, 2007, 62, 11 ss., laddove sostiene che «la distanza tra l'assetto originario delle fonti istitutive, fortemente centrato sul rilievo egemonico del contratto collettivo, e quello policentrico, multipolare (e multilivello), oggi in vigore, risulta immediatamente dal semplice confronto sinottico tra il (primo) testo dell'art. 3 del D. Lgs. n. 124 del 1993 e quello dell'omologa disposizione del D. Lgs. n. 252 del 2005. Il ridisegno del sistema è nel senso di una decisa “erosione della centralità delle fonti istitutive di origine sindacale”, che è chiaramente avvertibile nel testo della norma appena evocata».

⁷¹ Uno degli assi portanti della nuova disciplina è la «valorizzazione della volontà individuale, che si traduce, in primo luogo nella libertà di adesione alle forme pensionistiche complementari» questo parere è D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 117 ss.

⁷² La libertà individuale viene ampliata fino ad investire tutti i profili inerenti alla formazione del piano di previdenza complementare ed alle conseguenti prestazioni pensionistiche. E' possibile scegliere il livello di contribuzione; se proseguire la contribuzione oltre il raggiungimento dell'età pensionabile. La libertà di scelta si spinge fino all'individuazione dei beneficiari, diversi dagli eredi, ai quali consentire il riscatto della posizione dell'aderente in caso di morte prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica ed alla determinazione di modalità di erogazione delle prestazioni pensionistiche ai beneficiari designati dopo aver già iniziato a percepire le prestazioni medesime.

La rimozione, invece, del vincolo di alternatività comporta, oggi, l'ulteriore libertà di scelta della forma pensionistica complementare; tanto è vero che il lavoratore può decidere di aderire ad un fondo "aperto" o addirittura ad una forma pensionistica individuale, anche se esiste un fondo "chiuso" di riferimento.

Se ciò è vero, è altrettanto vero che il D. Lgs. n. 252 del 2005, oggi, si propone lo stesso obiettivo perseguito, ieri, dal D. Lgs. n. 124 del 1993: disciplinare compiutamente le forme di previdenza finalizzate all'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio, al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale^{73 74}.

⁷³ V. Art. 1, comma 1 del D. Lgs. n. 252 del 2005; negli stessi termini statuiva l'art. 1, D. Lgs. n. 124 del 1993.

⁷⁴ Nonostante forme di previdenza privata dirette ad integrare la previdenza pubblica esistevano già prima del D. Lgs. n. 124 del 1993, esse non hanno avuto una grande diffusione. V. D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 118 ss. Come conseguenza necessitata la L. n. 335 del 1995, di riforma del sistema previdenziale, al fine di ridimensionare i livelli delle prestazioni pensionistiche, reintroduce come criterio di calcolo della pensione il sistema contributivo. Il ricorso al sistema contributivo ha contribuito a ridurre la copertura previdenziale della pensione pubblica (v. M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Milano, 2002, 43), ed ha spostato l'attenzione sull'esigenza di instaurare un efficiente sistema di previdenza complementare. M.E. SALERNO, *Fondi Pensione "negoziali", costituzione, gestione e vigilanza*, Milano, 2002, 16 ss. Cfr. C. DAMIANO, *La riforma della previdenza complementare, un anticipo necessario*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2007, V, 721 ss. V. PICCININNO, *La previdenza complementare in Italia*, in G. LOY, P. LOI (a cura di), *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, 2005, 198 ss. M. PROCOPIO, *Finanziamento a favore dei Fondi Pensione: ragioni e opportunità*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XX, 1278 ss. C. GIURO, *La pianificazione previdenziale*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, IX, 593 ss. M.E. SALERNO, *Fondi Pensione "negoziali", costituzione, gestione e vigilanza*, Milano, 2002, 18 ss. M. FERRERA, *Le trappole del welfare*, Bologna, 1998, 13 ss. A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss. T. TREU, *Riforme o destrutturazione del Welfare*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, IV, 534 ss. A. PESSI, *Welfare e previdenza complementare: il pension bill del 2004 e le proposte di riforma in Italia ed in Gran Bretagna*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, I, 233 ss. M. PERSIANI, *Introduzione a R. PESSI, Il Sistema previdenziale europeo*, Padova, 1993, 2 ss. A. PESSI, *Welfare e previdenza complementare: il pension bill del 2004 e le proposte di riforma in Italia ed in Gran Bretagna*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, I, 233 ss. e A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss. G. ZAMPINI, *La previdenza complementare: fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 28 ss. A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del Welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss.; B. VENEZIANI, *La crisi del welfare state ed i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1996, I, 69. L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, I, 14 ss. F. CARINCI, *La previdenza privata nei sistemi di Welfare: principi generali ed evoluzione storica. Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, 3, 3126 ss., M. MINIELLO, *La previdenza complementare*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1993, II, 355 ss.

Sembra, quindi, che, se, da un lato, vengono attribuiti strumenti “operativi” che allentano un rigido collegamento tra previdenza pubblica e complementare attraverso meccanismi di scelta individuale, dall’altro, le linee di indirizzo della riforma sono sempre (ed espressamente) quelle di sostenere la previdenza pubblica.

Questi “chiaro scuri” della disciplina sembrano poi ripetersi anche nella disciplina dei singoli istituti.

Senza volere anticipare quanto si dirà più avanti, per il momento, basti rilevare che alcune disposizioni del D. Lgs. n. 252 del 2005 sembrano essere perfettamente in linea con l’insegnamento dei Giudici delle leggi, atteso che stabiliscono, a titolo meramente esemplificativo, che il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisca solo al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno 5 anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari; che vi sia un controllo pubblico sull’istituzione e sulla costituzione dei fondi pensione; che vi siano le stesse regole in tema di pignorabilità delle prestazioni di previdenza complementare ed obbligatoria. Diversamente, altre disposizioni sembrano essere state del tutto sorde alle pronunce della Corte Costituzionale, quali quelle, ad esempio, relative alla possibilità di portabilità della posizione di previdenza complementare e al regime delle anticipazioni e dei riscatti, che sembrano avvicinare “pericolosamente” la previdenza complementare ad un vero e proprio strumento finanziario.

Un disegno più coerente ai principi enucleati dalla Corte Costituzionale avrebbe determinato la necessità di comprimere maggiormente la libertà privata anche per favorire la funzionalizzazione della previdenza complementare.⁷⁵

Sembra quindi potersi sostenere che il D. Lgs. n. 252 del 2005 più che portare chiarezza, ha fatto sorgere incertezze sulla corretta sistematizzazione della previdenza complementare⁷⁶.

Parte della dottrina⁷⁷ ha ritenuto che sia possibile percorrere o ri-percorrere “una terza via” e cioè una lettura, o meglio due (sotto)letture (e, cioè, due ipotesi di

⁷⁵ Già con riferimento alle ipotesi di anticipazione di cui al d.lgs. n. 124/1993, cfr. R. PESSI, *Posizioni del singolo e sue vicende nel rapporto giuridico di previdenza complementare*, in ID., *La previdenza complementare*, Padova, 1999, 151.

⁷⁶ Sul punto R. PESSI, *Riflessioni sulla obbligatorietà della previdenza complementare per via di autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 910.

“*inquadramento sistematico*”), costituzionalmente orientate e “intermedie” delle previdenza complementare riformata che facciano riferimento sia al secondo sia al quinto comma dell'art. 38 Cost.

La prima “lettura”⁷⁸ della previdenza complementare è quella che la definisce come un fenomeno essenzialmente “privato” (e riconducibile *prima facie* all'art. 38, comma 5, Cost.), ma che non esclude che essa possa tutelare interessi pubblici come quelli “ai mezzi adeguati” di cui all'art. 38, comma 2, Cost.

La previdenza complementare avrebbe, invero, affidato ai privati alcune funzioni pubbliche, secondo un principio di “*libertà nella funzionalizzazione dell'interesse pubblico*”.

Invero, essendo l'attuale previdenza complementare un risultato di quasi venti anni di riforme legislative che hanno come comune denominatore le esigenze di risparmio della spesa pubblica e di ricerca e procacciamento di “nuove” risorse, l'attuale modello previdenziale complementare sarebbe “un mix *di interessi pubblici generali e di norme di tutela*” volto a cercare di rendere più solida la (libera) posizione previdenziale complementare dai rischi del mercato al fine di rendere socialmente sostenibile l'arretramento della previdenza pubblica.

Vi è poi la seconda (sotto)lettura - che sebbene abbia delle premesse logiche diverse dalla prima sembra però sostanzialmente coincidere nelle conclusioni - secondo cui la previdenza complementare è direttamente riconducibile tra gli strumenti che devono tendere a garantire “mezzi adeguati” alle esigenze di vita di cui all'art. 38, comma 2, Cost., anche se la sua stessa fisionomia determina delle diseguaglianze dovute alla libertà di adesione (affievolendo la funzione “sociale” della previdenza complementare) alla onerosità della partecipazione (nel senso di necessaria disponibilità di risorse aggiuntive rispetto a quelle desinate alla previdenza pubblica) e all'aleatorietà della prestazione (alla luce del fatto che non è garantita la prestazione)⁷⁹.

⁷⁷ G. PROIA, Intervento al congresso tenutosi presso la LUISS Guidi Carli di Roma in data 10 maggio 2010, seminario in onore di Paola Olivelli.

⁷⁸ Che è stata ritenuta preferibile da G. Proia nel corso dell'intervento al congresso tenutosi presso la LUISS Guidi Carli di Roma in data 10 maggio 2010, seminario in onore di Paola Olivelli.

⁷⁹ M. CINELLI, *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, pag. 23. A.M.

Invero, la libertà di adesione, la onerosità della partecipazione e la aleatorietà della prestazione, non sono elementi sufficienti a escludere che la previdenza complementare rientri nel comma 2 dell'art. 38 Cost. poiché, a ben guardare, tali criticità - seppur sotto diversi profili - accomunano la previdenza “pubblica” alla previdenza complementare, in quanto, la stessa disciplina vigente in tema di previdenza “obbligatoria” affievolisce, in un certo qual modo, la funzione di solidarietà sociale e intergenerazionale definendo sistemi contributivi a capitalizzazione che non “garantiscono” affatto una prestazione previdenziale obbligatoria e che si basano sul principio di erogazione di una rendita “proporzionata” al sacrificio sostenuto dal singolo (e non a quello sostenibile dalla collettività).

Sembra, quindi, potersi (ancora) sostenere che, anche alla luce della “terza riforma”, la previdenza complementare sia riconducibile all'art. 38, comma 2, della Cost. e posta all'interno di un più ampio disegno costituzionale in cui la libertà dell'individuo assume un più pregnante ruolo nell'ottica sinergica di adottare strumenti pubblici e privati che tendano a garantire l'adeguatezza delle esigenze di vita⁸⁰.

Sembra invero che l'art. 38 Cost. offra al Legislatore un “ventaglio” di possibilità al fine di garantire l'adeguatezza e tra di esse vi rientra anche la previdenza complementare, seppur - ancora - affidata alla volontà di adesione dei “privati”.

Quasi a leggere, quindi, la definizione di “adeguatezza” non tanto in termini di “fonti di sostentamento”, quanto di “strumenti” idonei a garantire adeguati livelli di vita.⁸¹

In conclusione, sembra, quindi, possibile continuare a ricondurre la previdenza complementare al comma 2 dell'art. 38 Cost., seppur è innegabile che gli spazi lasciati alla libertà (soprattutto individuale) determinano un più che legittimo richiamo anche al comma 5 della medesima disposizione.

BATTISTI, *L' “adeguatezza” delle prestazioni tra Costituzione e riforme legislative*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2008, pag. 309.

⁸⁰ R. PESSI, *Corrispettività e solidarietà nel nuovo sistema previdenziale*, in *La riforma del sistema previdenziale*, a cura di R. PESSI, Padova, 1995; P. OLIVELLI, *Previdenza complementare*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1995.

⁸¹ R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, pag. 62.

Invero, oggi più che mai, la previdenza complementare deve necessariamente “muoversi” tenendo presente difficili scelte di equilibrio determinate da due nodi gordiani e, cioè, il punto di incontro tra le necessità del mercato e della solidarietà e la difficile dialettica tra l'autonomia individuale e l'autonomia collettiva. Ovviamente, mutare “l'assetto” degli equilibri di una coppia determinerà delle conseguenze anche sull'altra⁸².

Invero, più si tenta di esasperare aspetti mercantilistici della previdenza complementare al fine di renderla “più appetibile” e più flessibile, maggiori saranno i rischi di un ridimensionamento del ruolo mutualistico della medesima, così come sarà necessariamente mortificata l'autonomia collettiva. Diversamente, maggiore sarà la preoccupazione di definire la previdenza complementare come uno strumento di sostegno della previdenza pubblica, minore sarà lo spazio lasciato ai rischi del mercato e del singolo.

⁸² R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, pag. 484; S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: “conflitto” o “concorso”*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2004, pag. 75.

Capitolo II

Il (ridimensionato) ruolo dell'autonomia collettiva tra le fonti istitutive della previdenza complementare ed i compiti di “controllo” e di “regolamentazione” della COVIP

Sommario

A. Il ruolo della autonomia individuale e dell'autonomia collettiva in tema di fonti istitutive della previdenza complementare nel D. Lgs. n. 124 del 1993 e nelle sue successive modifiche

B. Il “vento riformatore” della legge delega n. 243 del 2004 e le “soluzioni” adottate dal D. lgs. n. 252/05

C. Sul limite in capo alle fonti istitutive della libertà di adesione individuale alle previdenza complementare

D. I limiti e le opportunità del ruolo della COVIP come garante dell' “effettivo” sviluppo del sistema concorrenziale della previdenza complementare

A. Il ruolo dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva in tema di fonti istitutive della previdenza complementare nel D. Lgs. n. 124 del 1993 e nelle sue successive modifiche

Proprio con riferimento alle “scelte” del Legislatore del 1993 in tema di fonti istitutive dei Fondi pensione era possibile desumere un *favor* per la dimensione (o autonomia) “collettiva” nella previdenza complementare.⁸³

⁸³ Si ritiene opportuno ricordare come la scelta di valorizzare l'autonomia collettiva nell'istituzione di forme pensionistiche complementari sia stata ricondotta «*all'obiettivo di rafforzare ed ampliare il governo del complessivo costo del lavoro (e l'interna distribuzione delle sue componenti) ad opera delle parti sociali*». Così, P. TOSI, *Le fonti istitutive dei fondi di previdenza complementare*, in *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 1996, 439 ss. E' perciò, «*con riferimento a tale obiettivo ed alla sua persistenza che si deve misurare il grado di incidenza delle innovazioni apportate in tema di fonti istitutive e soprattutto l'ampliamento a ipotesi estranee al novero delle fonti plurime, ed ancor più contrattual-collettive*». Così, R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 218 ss. .

Parzialmente sulla stessa linea M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, , in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, 344 ss., il quale ritiene, però, che l'attribuzione alla contrattazione collettiva della competenza a istituire e disciplinare forme di previdenza complementare dipenda, oltre che da ragioni storiche, posto che la tutela di interessi comuni ai

L'assetto normativo - ormai abrogato - esprimeva, in modo inequivoco ed esplicito, la scelta di privilegiare il contratto collettivo (*rectius*: l'autonomia collettiva) quale fonte istitutiva dei fondi di previdenza complementare.

Nell'originario "assetto" del D. lgs. n. 124 del 1993 vi era un chiaro "privilegio" per le fonti istitutive di natura "sindacale" anche per garantire le funzioni di solidarietà e mutualità collettiva cui la previdenza complementare doveva tendere.

La "primazia" delle fonti istitutive di natura sindacale è fatto di assoluto rilievo, se non altro perché il compito delle fonti istitutive era (ed è) quello di prefigurare "il programma e l'identità istituzionale del fondo" che, poi, la fonte "costitutiva" realizzerà operando in una posizione di "dipendenza funzionale" rispetto alla prima⁸⁴.

lavoratori rientra nella tradizionale funzione sindacale e che le mutue di soccorso sono «una delle espressioni, se non la matrice del movimento sindacale», dalla «considerazione che all'istituzione di una forma di previdenza complementare corrisponde una scelta riguardante una quota della retribuzione e, quindi, una scelta che il Legislatore ha considerato riservata all'autonomia sindacale» (M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, III, 715 ss.).

Sulle ragioni della centralità dell'autonomia privata collettiva, si veda anche R. PESSI, *Conflitto o concorso tra fonti legali e fonti contrattuali della previdenza pensionistica complementare nell'ordinamento italiano*, *Gli spazi dell'autonomia individuale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, p. 776 e ss.; P. SANDULLI, *Welfare State, riforma pensionistica e sviluppo della previdenza complementare*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000, I, 44 ss. ; A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 228 ss. ; nonché A. ALAIMO, *La previdenza complementare dei dipendenti pubblici*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2002, I, 148 ss. con specifico riferimento all'esclusività della contrattazione collettiva come fonte istitutiva della previdenza complementare per i dipendenti pubblici A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, 205 ss.; A. TURSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, I, 280 ss.

⁸⁴ P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Torino, 1995, 246 ss.; M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 49; G. DONDI, *Le vicende modificative delle fonti istitutive*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di) *La previdenza complementare*, Torino, 2000, 295 ss.; M. BESSONE, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 215 ss. Sebbene la distinzione dei ruoli e delle funzioni tra fonti istitutive e costitutive esuli dal presente lavoro, è necessario, a fini chiarificatori, precisare che la distinzione tra fonti istitutive e fonti costitutive delle forme pensionistiche complementari costituisce un punto fondamentale.

Le fonti istitutive dettano una prima regolazione delle forme pensionistiche e hanno come fine quello di regolamentare gli aspetti essenziali del fondo (l'identità, il programma, l'ambito dei soggetti legittimati all'adesione e le modalità della stessa, il regime delle contribuzioni etc.). Le fonti costitutive, invece, sulla base di quanto disposto, in generale, dalle fonti istitutive, organizzano in concreto la forma pensionistica con una puntuale disciplina di statuto (per la disciplina attualmente in vigore v. art. 4, D. Lgs. n. 252 del 2005). Non vanno, pertanto, confuse le due fonti; anzi, «quello che

Nell'impianto normativo costruito dal D. Lgs. n. 124 del 1993, che relega a funzioni del tutto residuali, marginali ed accessorie i Fondi aperti (rivolti, sostanzialmente, ai soli lavoratori autonomi e, per il lavoro subordinato, come mere "aree temporanee di parcheggio"⁸⁵), non è quindi difficile scorgere il ruolo egemone del contratto collettivo nella gerarchia interna alle fonti istitutive.

L'art. 3, comma 1, del D. Lgs. n. 124 del 1993 prevedeva un'articolazione ben definita e lineare delle fonti istitutive, che racchiude, in ordine gerarchicamente discendente:

a) gli accordi e contratti collettivi, anche aziendali, ovvero in mancanza gli accordi fra lavoratori purché promossi da sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali;

b) gli accordi fra lavoratori autonomi o liberi professionisti, promossi da loro

emerge con nitidezza è piuttosto il dato della sottordinazione gerarchica delle fonti costitutive e statutarie, rispetto a quelle istitutive». V. A. TURSI, La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), La previdenza complementare, Torino, 2004, 264. Il rapporto, dunque, tra le due fonti non è di tipo funzionale ma gerarchico. V. M. PICCARI, Le forme pensionistiche complementari, in G. SANTORO PASSARELLI, Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare, Torino, 2007, 133 ss. e A. TURSI, Le fonti istitutive della previdenza complementare e l'autonomia collettiva, in A. TURSI (a cura di), La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica, Milano, 2001, 194 ss. , il quale ritiene che vada concepito il rapporto tra fonti istitutive e fonti costitutive non in termini di separazione (e sostanziale svuotamento) di competenze, bensì, e più semplicemente, di subordinazione gerarchica. Più precisamente, l'Autore rileva come «considerata la valenza metanegoziale e normativa attribuita alle fonti istitutive della previdenza complementare – eccedente la stessa comune efficacia "normativa" dei contratti collettivi -, il rapporto tra queste e le fonti costitutive delle associazioni e delle fondazioni pensionistiche va letto in termini di dialettica tra eteronomia ed autonomia negoziale». Per quanto concerne la possibile ingerenza tra le "due fonti", si rileva che è intervenuto l'art. 2 del D. M. 14 gennaio 1997 n. 211 che, dopo aver premesso che «i Fondi Pensione devono essere istituiti con atto pubblico» (art. 2, comma 1), precisa cautelativamente (art. 2, comma 2), che «gli atti costitutivi e gli statuti, nel regolamentare l'ordinamento dei Fondi Pensione, salvaguardano le competenze attribuite dal Decreto Legislativo n. 124 del 1993 alle fonti istitutive». Pertanto, si può evincere una nitida definizione di fonte costitutiva: essa è, dunque, l'atto negoziale di costituzione del Fondo Pensione, che può coincidere o essere distinto dallo statuto.

In caso di "contrasto" tra fonte istitutiva e fonte costitutiva, la preminenza delle fonti istitutive è preservata attraverso il meccanismo di controllo che fa capo alla COVIP. A quest'ultima è attribuito, di fatto, un paralizzante potere di "veto" e di coazione indiretta, che può concretarsi dapprima – in sede istruttoria – nella richiesta al Fondo Pensione di trasmissione di «ulteriori elementi conoscitivi e valutativi ritenuti necessari» e poi – in sede deliberativa – nella mancata approvazione dello statuto e del regolamento di attuazione del Fondo. V. anche deliberazione COVIP del 22 maggio 2001, recante il «Regolamento sulle procedure per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività dei fondi pensione». Così, R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 151 ss.

Anche la disciplina di cui al D. lgs. n. 252 del 2005 ha mantenuto la distinzione di ruoli e di funzioni delle fonti istitutive e costitutive. V. A. BOLLANI, *L'assetto delle fonti costitutive*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, pag. 611.

⁸⁵ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 250 ss.

sindacati o associazioni di rilievo almeno regionale;

c) infine i regolamenti di enti o aziende, naturalmente alla condizione che i relativi rapporti di lavoro non siano disciplinati da contratti o accordi collettivi⁸⁶.

L'art. 3 del D. Lgs. n. 124 del 1993 attribuiva all'autonomia collettiva un ruolo *gerarchicamente* sovraordinato alle “altre” fonti istitutive dei Fondi pensione, ponendo, “*al di sopra di tutto*”: gli accordi e i contratti collettivi, anche aziendali (ovvero, in mancanza, di questi gli accordi fra lavoratori purché promossi da sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali).⁸⁷

Tale scelta legislativa era coerente con la tutela di interessi (quelli della previdenza complementare) che riguardano bisogni connessi alla dimensione professionale⁸⁸. Invero, l' “Idea” del Legislatore del 1993 era di definire una previdenza complementare “*intrisa di una coesistente dimensione di solidarietà e mutualità collettiva a scaturigine sostanzialmente sindacale*”.⁸⁹

A ciò si aggiunga che il Legislatore del 1993 ha, con ogni probabilità, voluto accentuare la “dimensione” sindacale delle fonti istitutive anche per “equilibrare” la scelta di attribuire al “singolo” (e solo al singolo) la facoltà di decidere di aderire (o meno) alla previdenza complementare⁹⁰.

⁸⁶ V. A. TURSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, I, 274 ss. secondo cui emerge «una gradualità nella sequenza delle fonti istitutive, che parte dal massimo favore per quelle collettive e contrattuali, passa attraverso quelle collettive ma non contrattuali (gli accordi di lavoro) e termina con quelle non collettive, ma plurime, quali i regolamenti d'azienda». V. anche M. CINELLI, *Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 1986, I, pag. 888 e ss.; R. PESSI, *La previdenza complementare*, Padova, 1999, 1; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Dig. Disc. Priv. - sez. comm.*, XI, 1995, 243 e ss.; M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2008, 141 e ss.

⁸⁷ La rilevanza delle fonti istitutive di origine collettiva aveva determinato il convicimento che erano da considerarsi “*estrane*” alle fonti istitutive i fondi aperti di cui all'art. 9, D. Lgs. n. 124 del 1993, con “l'eccezione” di quanto stabiliva l'art. 9, comma 2, del D. lgs. n. 124/93, ed “esulando” dal tema anche le forme pensionistiche individuali di cui all'art. 2, D. lgs. n. 47/2000 ed attuate con fondi aperti o mediante assicurazioni aventi finalità previdenziali. G. DONDI, *Le vicende modificative delle fonti istitutive*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di) *La previdenza complementare*, Torino, 2000, 295 ss.

⁸⁸ G. DONDI, *Le vicende modificative delle fonti istitutive*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di) *La previdenza complementare*, Torino, 2000, 295 ss.

⁸⁹ S. GIUBBONI, *Fonti Istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, 87. v. anche R. PESSI, *La previdenza complementare*, Padova, 1999, 1 e M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2008, 142.

⁹⁰ Secondo G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1998, 50 ss. l'indiscussa primazia assegnata all'autonomia collettiva nell'originario disegno delle fonti istitutive non è solo funzionale ad un regime che fa della previdenza complementare un fenomeno sostanzialmente unitario e compattamente rimesso – ad eccezione dell'area dei Fondi aperti – alla gestione sindacale, ma serve

In altre parole, in questa prima fase della disciplina legislativa in materia di previdenza complementare, definita da parte della dottrina «fase dirigistica⁹¹», il Legislatore ha enfatizzato soprattutto le funzioni solidaristiche dei Fondi Pensione (chiusi e di categoria), funzioni affidate, in particolare, alla mediazione, nettamente privilegiata, dell'autonomia collettiva.

Come dire, quindi, che all'autonomia individuale era stato conferito il potere di scelta di fare “ingresso” nella previdenza complementare, ma - una volta varcata la soglia - l'individuo diveniva “succube” delle scelte (già) effettuate dalla contrattazione collettiva, alla luce del fatto che era devoluto all'autonomia collettiva o sindacale la gestione del “fenomeno” della previdenza complementare.

Tale scelta non è sembrata, fin da subito, appagante al fine di garantire un effettivo decollo della previdenza complementare (se non altro a causa dell'insussistenza di una effettiva concorrenzialità tra i Fondi). Invero, già prima della riforma del 2005, il Legislatore del 1995 (con la L. n. 335/95) ha dovuto introdurre alcune (poco sensibili)⁹² modifiche all'impianto delle fonti istitutive al fine di assicurare una maggiore pluralità e concorrenza⁹³.

anche a recuperare lo scarto rispetto ai principi generali, consumato con il riconoscimento della libertà di adesione individuale quale momento di elettiva traduzione del principio costituzionale della libertà della previdenza privata.

⁹¹ G. ZAMPINI, *La previdenza complementare : fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 87 ss.

⁹² Il D. lgs. n. 124 del 1993 è stato modificato dalla L. n. 335 del 1995, nei tre “momenti” essenziali della disciplina della vita di un Fondo Pensione (istituzione, gestione, cessazione della partecipazione), ma con riferimento al primo il Legislatore si è limitato ad estendere la sfera soggettiva dei destinatari e l'elenco delle fonti istitutive. v. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 64 ss. Successivamente si sono succeduti altri interventi legislativi che hanno inciso sul quadro normativo precedentemente delineato. Si consideri, ad esempio, la legge di accompagnamento alla finanziaria 1998 (legge 23 dicembre 1997, n. 449), la quale contiene alcune disposizioni che, in maniera esplicita (art. 59, commi 40-43) o «criptica» (art. 59, commi 2-4) modificano (più o meno coerentemente) la disciplina normativa per ciò che riguarda il ruolo della COVIP, l'adeguamento delle forme pensionistiche preesistenti, l'estensione del principio della subordinazione dell'erogazione delle prestazioni complementari alla maturazione del diritto alla pensione nell'assicurazione generale obbligatoria, l'opzione tra rendita e capitale nella liquidazione delle prestazioni, l'estensione alle prestazioni pensionistiche complementari del meccanismo di indicizzazione di cui all'art. 11, D. Lgs. 30 dicembre 503, l'applicazione anche ai trattamenti erogati dalla previdenza privata delle disposizioni in materia di cumulo tra prestazioni pensionistiche e redditi da lavoro dipendente o autonomo previste dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria.

⁹³ Il Legislatore, preso atto della “sterilità” del *corpus* normativo di cui al decreto legislativo n. 124 del 1993, ha ideato - per mezzo di un cospicuo gruppo di disposizioni contenute nella legge di riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare (la L. n. 335 dell'8 agosto 1995) - un intervento “riformatore” volto a rimuovere gli ostacoli che avevano impedito il decollo dei nuovi Fondi Pensione e pregiudicato lo sviluppo di quelli esistenti. Si può ben notare come il «Legislatore riformatore si sia mosso su un piano eminentemente pratico, com'è comprovato dalla circostanza

L'assetto sostanzialmente "monistico" del regime delle fonti istitutive, centrato sul polo dominante del contratto collettivo, si è poi gradualmente modificato verso una «*geografia più articolata e plurale del sistema delle fonti, unitamente all'apertura, da parte del Legislatore, di spazi via via crescenti alla libertà di scelta ed all'autonomia individuale*⁹⁴».

Il Legislatore del 1995, oltre ad introdurre una prima ed embrionale forma di trasferimento della posizione previdenziale (v. in proposito, il novellato art. 19. D. Lgs. n. 124/1993), ha potenziato il ruolo dei Fondi aperti favorendo la possibilità di istituire "nuove" forme di previdenza complementare attraverso atti di iniziativa economica di natura non collettiva o sindacale.

Da qui, una significativa valorizzazione, per un verso, della libertà individuale, e, per l'altro, del ruolo dei Fondi Pensione aperti⁹⁵, in funzione di una più decisa proiezione concorrenziale del sistema della previdenza complementare, concepito – almeno in prospettiva – quale componente strutturale (oltre che del sistema pensionistico integrato) dello stesso mercato finanziario⁹⁶.

Già dal 1995, sembra, quindi, che il Legislatore abbia tolto le "lenti" che configuravano la previdenza complementare come un fenomeno strettamente legato alle organizzazioni sindacali e di natura prettamente mutualistica per mettersi quelle,

[...] *che le norme più vaste, dettagliate e, nel contempo, rivoluzionarie sono quelle volte a regolare il regime tributario dei contributi, delle prestazioni e dei Fondi Pensione» (e, cioè, gli artt. 11, 12 e 15, L. n. 335/1995, che modificano rispettivamente gli artt. 13, 14 e 18 del D. Lgs. n. 124 del 1993)*». R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 56 ss. Di conseguenza il fenomeno previdenziale complementare, finalizzato ex art. 1, D. Lgs. n. 124 del 1993 ad «*assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale*», diveniva protagonista dell'azione di ripensamento del sistema pensionistico, nonché strumento di realizzazione della tutela di cui all'art. 38 Cost. ; sempre ricordando che «*il nodo centrale resta sempre quello della libertà di adesione e della connessa possibilità del singolo di operare scelte alternative*» R. PESSI, *Corrispettività e solidarietà nel nuovo sistema previdenziale*, in R. PESSI (a cura di) *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 57 ss e R. PESSI, *La previdenza complementare tra legge e contratto*, in R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 113 ss. D'altronde l'art. 1, comma 1, L. n. 335 del 1995, riferendosi alle forme pensionistiche complementari, sovrappone all'obiettivo di «*assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale*» (art. 1, D. Lgs. n. 124 del 1993), quello di «*consentire livelli aggiuntivi di copertura prevenzione*», ma anche che il Legislatore del 1995 ha compreso che la base di una determinata scelta di carattere economico è costituita, nel contempo, dalla convenienza fiscale e dalla "povertà" delle scelte alternative C. GUERRA, *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, 2001, II, 13 ss.

⁹⁴ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Working paper C. S. D. L. E. "Massimo D'Antona"*, 2007, 62, 6 ss.

⁹⁵ R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2005, 271 ss.

⁹⁶ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 251 ss.

potremo dire bifocali, con le quali il Legislatore, pur ribadendo la natura solidaristica della previdenza complementare (e cioè, continuando ad esaltare l'autonomia collettiva anche come strumento "istitutivo" delle fonti di previdenza complementare), ha cominciato a "vedere" nella previdenza complementare anche uno strumento di carattere latamente finanziario in cui spazi di autonomia individuale - anche in tema di fonti istitutive - potevano e dovevano garantire un certo grado di concorrenzialità, utile allo sviluppo del sistema.⁹⁷

E' poi con il D. Lgs. n. 47/2000⁹⁸ che il Legislatore "matura" alcune delle scelte del 1995 per determinare una "rivoluzione" copernicana delle fonti istitutive anche attraverso una riconduzione (o meglio una più chiara riconduzione) delle forme individuali di risparmio all'interno del secondo pilastro previdenziale.⁹⁹

Invero, con il D. Lgs. n. 47 del 2000 e, in particolare, con una (almeno tendenziale) parificazione delle forme nate dall'iniziativa sindacale e dall'iniziativa dei soggetti operanti nel mercato finanziario ed assicurativo¹⁰⁰, e quindi con una loro

⁹⁷ G. FERRARO, *La problematica giuridica dei Fondi Pensione*, in Id. (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000, 3 e ss.

⁹⁸ Si precisa che con l'emanazione del D. Lgs. 17 agosto 1999, n. 299 (che si occupa della trasformazione in titoli del trattamento di fine rapporto: cosiddetta cartolarizzazione) e soprattutto con il D. Lgs. 18 febbraio 2000, n. 47, vi è stata l'ennesima novellazione del D. Lgs. n. 124 del 1993, modificando o integrando in varia misura gli artt. 2,3,7,8,10,13,14, e inserendo gli artt. 9-bis, 9-ter, 14-bis, 14-ter, e 14-quater. In particolare, viene in rilievo una rilevante caratteristica del D. Lgs. 47 del 2000, che è quella della parificazione, sotto il profilo fiscale, dei fondi previdenziali collettivi (*rectius*, negoziali) e dei regimi pensionistici individuali. Altre due significative novità sono state inserite nel provvedimento in parola: l'estensione della facoltà di trasferimento delle posizioni pensionistiche individuali verso i regimi pensionistici integrativi contemplati dal nuovo art. 9-ter, ossia verso le imprese assicurative abilitate a gestire contratti di assicurazione sulla vita, nonché la previsione della facoltà di aderire individualmente a fondi aperti ed a forme pensionistiche attuate mediante contratti di assicurazione (art. 9-bis e 9-ter, D. Lgs. n. 124 del 1993 inseriti dal D. Lgs. 47 del 2000) anche in assenza di quelle specifiche previsioni delle fonti istitutive alle quali faceva riferimento la norma che in generale regola l'adesione ai Fondi aperti (art. 9, secondo comma). Così ne risulta un intreccio di fonti estremamente articolato e variegato sia sotto il profilo qualitativo/quantitativo, sia sotto l'aspetto tipologico (concorrendo alla regolamentazione della materia la fonte legislativa e quella contrattuale); da cui la conseguente difficoltà di coordinare i rapporti tra le varie fonti e tra gli stessi diversi livelli di normazione. Sul tema, L. CASALINO, *Trasformazione in titoli del trattamento di fine rapporto e devoluzione ai Fondi Pensione*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, I, *Parte generale*, Milano, 2000, 123 ss.; M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 87 ss.

⁹⁹ L'art. 2 del D. Lgs. n. 47/2000 stabilisce, invero, che le forme pensionistiche individuali attuate attraverso i fondi pensione aperti e soprattutto mediante contratti di assicurazioni sulla vita sono da ricondursi alla previdenza complementare. V. BESSONE, *Fondi pensioni e diritti soggettivi, Portability della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *DLRI*, 2002, 565.

¹⁰⁰ M. CINELLI, *Previdenza pubblica e previdenza complementare nel sistema costituzionale*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, I, *Parte generale*,

riconduzione nella sfera funzionale del secondo pilastro,¹⁰¹ si assiste ad un nuovo rapporto tra autonomia collettiva e libertà individuale.¹⁰²

Tali scelte hanno fissato un diverso equilibrio tra autonomia individuale ed autonomia collettiva in tema di fonti istitutive dei Fondi pensione, atteso che la decisione di accrescere i profili di concorrenzialità del sistema ha - necessariamente - portato ad una maggiore rilevanza della autonomia individuale.¹⁰³

L'entrata in gioco dell'autonomia individuale ha acceso un vivace dibattito sulla possibilità (o meno) di considerare la previdenza complementare "individuale" (caratterizzata da un forte coefficiente di concorrenzialità) e la previdenza complementare collettiva (che ha più spiccati accenti mutualistici e solidaristici) fattispecie aventi un'analogia natura.

Secondo una parte autorevole della dottrina la riconduzione della previdenza complementare individuale all'interno del secondo pilastro sarebbe, al più, "strumentale ad una precisa policy diretta a promuovere una più accentuata dinamica concorrenziale",¹⁰⁴ atteso che sarebbe del tutto assente, nelle forme di previdenza complementare individuale, l'interesse mutualistico e solidaristico (o collettivo)¹⁰⁵ e, conseguentemente, sarebbe, quindi, impossibile poter definire

Milano, 2000, 93 ss; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 139 ss.

¹⁰¹ Il riferimento è, ovviamente, alla previsione, introdotta dall'art. 2 del D. Lgs. n. 47 del 2000, delle forme pensionistiche individuali attuate mediante Fondi Pensione aperti e, soprattutto, mediante contratti di assicurazione sulla vita.

¹⁰² S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 251 ss, il quale asserisce che «è indubbio, infatti, che un sistema improntato al principio della libertà d'adesione che si proietta come strutturalmente articolato nelle componenti della previdenza complementare collettiva ed individuale, dimostri, di per sé, almeno potenzialmente, un maggior grado d'apertura ad una più forte dinamica concorrenziale tra gli stessi fondi (chiusi e aperti), oltre che tra i soggetti gestori».

¹⁰³ M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2008, 156, secondo cui la identità funzionale del risparmio accumulato non sarebbe un elemento sufficiente per addivenire ad una individuazione unitaria di previdenza complementare.

¹⁰⁴ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Informazione previdenziale*, 2007, I, 7.

¹⁰⁵ VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, pag. 372. Secondo una parte della dottrina nella previdenza complementare individuale sarebbe assente l'interesse collettivo, dal momento che «le sue particolari modalità di investimento del risparmio non presuppongono alcuna comunità di scopo, né alcuna comunione di scopo, essendo esclusivamente destinate alla soddisfazione di interessi individuali». v. M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, III, 727 ss. , il quale rileva come «le forme pensionistiche individuali ed i fondi pensioni aperti, sono destinati alla soddisfazione di interessi individuali, anzi di interessi egoistici, che si sottraggono a qualsiasi contemperamento con altri interessi che non siano quelli del soggetto che li gestisce, in quanto

unitariamente il fenomeno della previdenza complementare.¹⁰⁶

Sembra, però, essere maggiormente condivisibile l'ulteriore orientamento dottrinale, secondo cui devono ritenersi integralmente (e senza tentennamenti) inclusi all'interno del secondo pilastro sia i modelli di previdenza complementare collettiva sia i modelli di previdenza complementare individuale.¹⁰⁷

Se, invece, i modelli di autonomia previdenziale complementare individuale rispondono a medesime “regole” previdenziali e fiscali di quelli di previdenza complementare collettiva, i primi devono essere inclusi nell'ottica costituzionalmente orientata di cui all'art. 38, Cost., atteso che anch'essa deve concorrere alle finalità di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale per soddisfare interessi socialmente rilevanti (e, quindi, non individuali).¹⁰⁸

A ben vedere, però, il D. Lgs. n. 47/2000 ha determinato un mutamento degli equilibri tra autonomia individuale e autonomia collettiva non troppo sensibile.

Se, invece, il riformato art. 10 del D. Lgs. n. 47/2000 aveva indotto a ritenere che prevedere una identità di trattamento fiscale in favore di tutte le forme di previdenza complementare (collettive ed individuali) avesse voluto significare attribuire all'autonomia individuale un maggior peso attraverso la possibilità di scelta della forma pensionistica, in realtà è andata privilegiandosi un'interpretazione della disposizione citata maggiormente in linea con il “passato”, determinando una perdurante primazia della previdenza complementare collettiva,¹⁰⁹ anche alla luce della vigenza di una perdurante barriera preclusiva ai fini di una effettiva equiparazione costituita dall'art. 9, comma 2, del D. lgs. n. 123/94.¹¹⁰

orientati alla massimalizzazione del profitto». Da qui, «l'impressione che, ormai, l'individuazione di una nozione unitaria di previdenza privata complementare sia difficile, se non addirittura impossibile». Pertanto, «gli unici elementi comuni a ciascuna delle forme di previdenza privata assimilate dal Legislatore, sembrano essere, da un lato la libertà di aderire ad esse e, d'altro lato, la loro destinazione ad alimentare il mercato finanziario».

¹⁰⁶ M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova 2008, pag. 156.

¹⁰⁷ R. PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in *La previdenza complementare in Italia*, (a cura di) M. Messori, Bologna, 2006, pag. 325.

¹⁰⁸ T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *La Previdenza Complementare*, a cura di M. Bessone e F. Carinci, Torino, 2004, 10.

¹⁰⁹ La stessa COVIP, con regolamento deliberato l'11 ottobre 2000, ha (ri)affermato la primazia delle forme di previdenza complementare collettive in tema di destinazione del TFR e di contributo datoriale in caso di trasferimento della posizione complementare individuale.

¹¹⁰ Vi era, infatti, un sostanziale ostacolo all'effettiva equiparazione delle “fonti istitutive” consistente nella disciplina contenuta nell'art. 9, comma 2, del D. Lgs. n. 124 del 1993. Nonostante vi

B. Il “vento riformatore” della legge delega n. 243 del 2004 e le “soluzioni” adottate dal D. lgs. n. 252 del 2005

Come affermato da autorevole dottrina¹¹¹, la disciplina dettata dalla legge delega n. 243 del 2004¹¹² e definita (seppur con alcune ambiguità) dal D. lgs. n. 252/2005¹¹³ è ricca di novità in tema di fonti istitutive dei Fondi pensione, che - seppur in modo meno eclatante rispetto a quanto stabilito in tema di finanziamento della previdenza complementare - hanno segnato un significativo “mutamento di rotta” della previdenza complementare.

La legge delega del 2004 ha, infatti, introdotto forti elementi di innovazione nella definizione dei ruoli dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva nell'ambito delle fonti istitutive dei Fondi di previdenza complementare.

Lo “spirito” della legge di delega del 2004 è certamente quello di equiordinare il ruolo della autonomia individuale a quella dell'autonomia collettiva con una decisa

siano stati alcuni tentativi di ridurre, dopo la riforma del 2000 (v. M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, pagg. 66 e 67 e orientamenti COVIP dell'11 ottobre 2000), la portata “limitatrice” della citata norma, sembrerebbe preferibile l'opinione di chi riteneva comunque persistente tale “ostacolo” (v. G. ZAMPINI, *La previdenza complementare, Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, p. 89; A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali*, in RDSS, 2002, pag. 407). V. anche, S. GIUBBONI, *Fonti Istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, pag. 86 ed anche A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare (D. lgs. 5 dicembre 2005)*, A. TURSI (a cura di), in *Nuove leggi Civili Commentate*, 2007, 3 e 4, pag. 537.

¹¹¹ A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 595 ss.

¹¹² Legge 23 agosto 2004, n. 243, “Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 222 del 21 settembre 2004. Sul tema della portata innovativa della legge delega del 23 agosto 2003, n. 243, si veda R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 151 ss.; M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica del 2004*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2004, 587 ss.; A. PANDOLFO, *Una prima interpretazione della nuova legge in tema di pensioni complementari, con qualche (utile?) indicazione per il Legislatore delegato*, in *Previdenza e Assistenza pubblica e privata*, 2004, 1225 ss.

¹¹³ Decreto Legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, “Disciplina delle forme pensionistiche complementari”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 289 del 13 dicembre 2005 - Supplemento Ordinario n. 200. V. anche Legge 27 dicembre 2006, n. 296, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 299 del 27 dicembre 2006 - Supplemento ordinario n. 244, la quale ha anticipato al primo gennaio 2007 l'entrata in vigore della riforma della previdenza complementare, modificando in tal senso l'articolo 23 del D. lgs. n. 252 del 2005 che, avrebbe dovuto produrre effetti dal primo gennaio 2008.

inversione della linea di tendenza rispetto al Legislatore del 1993, ma anche con più fermezza rispetto a quello del 1995 e del 2000.

La volontà parlamentare è stata quella di inserire nel sistema di previdenza complementare una forte componente concorrenziale attraverso una “liberalizzazione” del sistema di previdenza complementare (o meglio dei due sottosistemi costituiti dalle varie forme individuali e collettive), ponendo sul medesimo “livello” gerarchico quelle a formazione sindacale e quelle a genesi finanziaria/assicurativa.

L'obiettivo della legge di delega del 2004 è stato ambizioso, in quanto avrebbe voluto trovare un nuovo punto di equilibrio tra obiettivi solidaristici e finanziari.

Tanto è vero che, proprio in tema di fonti istitutive, è possibile riscontrare una significativa erosione della centralità delle fonti istitutive di origine sindacale, rendendo, se possibile, ancor più significativa, la tensione sussistente tra le esigenze mutualistiche e quelle concorrenziali del sistema di previdenza complementare¹¹⁴.

Va notato, però, che la legge delega n. 243 del 2004 era ispirata a scelte più nette e meno compromissorie rispetto a quelle effettivamente compiute nel D. Lgs. n. 252 del 2005.

Difatti, la L. n. 243 del 2004, nell'indicare il principio di parificazione delle forme collettive ed individuali di previdenza complementare, auspicava una “sostanziale” accentuazione dei profili di concorrenzialità all'interno del sistema,¹¹⁵ cercando di realizzare l'equilibrio che era stato solo “auspicato” dal D. Lgs. n. 47 del 2000.

Tale equilibrio è stato realizzato (o meglio si è tentato di realizzare) attraverso una pluralizzazione delle fonti istitutive (e non, come si dirà in seguito, con una loro assoluta parificazione) e con l'ingresso di nuovi soggetti e di “inediti congegni” di adesione collettiva.

¹¹⁴ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 249 ss.T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Diritto del Lavoro. Commentario*, IV, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 3 ss., e soprattutto M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005, 67 ss.G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2006, 976 ss. Sulla possibile accentuazione, nella riforma, delle incoerenze del sistema, si veda R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2006, 484 ss.

¹¹⁵ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Working paper C. S. D. L.E. “Massimo D’Antona”*, 2007, 62, 2 ss.

Invero, dal confronto tra il “vecchio” art. 3, del D. Lgs. n. 124/1993 e il “nuovo” art. 3 del D. Lgs. n. 252/2005 non può non scorgersi una profonda “ristrutturazione” del sistema delle fonti nel senso di un’innovativa erosione della centralità delle fonti istitutive di origine sindacale.¹¹⁶

Sebbene la nuova norma si apra citando, alla lettera a), i “*contratti ed accordi collettivi anche aziendali*” ad essi si “affiancano” anche gli accordi “*tra lavoratori autonomi e liberi professionisti*”, alla lett. b), “*fra soci lavoratori di cooperative*”, alla lett. e), e “*fra i soggetti destinatari del D. Lgs. n. 565 del 1996*”, alla lett. c), oltre ai “*regolamenti di enti o aziende*” (i soli, come in passato, in posizione di esplicita sottordinazione rispetto alla fonte contrattuale collettiva), e alla fonti istitutive attuate dalle “*regioni, le quali disciplinano il funzionamento di tali forme pensionistiche complementari con legge regionale nel rispetto della normativa nazionale in materia*”, alla lett. d), e dagli “*enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103*”¹¹⁷, alla lett. g), ai soggetti abilitati alla istituzione di Fondi pensioni aperti, alla lett. h), e tra essi ancora dalle imprese assicurative per quanto concerne più in particolare le forme pensionistiche individuali accese mediante contratti di assicurazione sulla vita, alla lett. i).¹¹⁸

Già dalla lettura dell'art. 3 del D. lgs. n. 252 del 2005 si può facilmente evincere l'inclusione di una serie, piuttosto, diversificata (soprattutto a confronto con la disciplina abrogata) in tema di fonti istitutive.¹¹⁹

¹¹⁶ A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma di previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III-IV, 595 e ss.

¹¹⁷ INZERILLO, *Previdenza complementare: spazio alle casse privatizzate*, in *Newsletter Mefop*, n. 26, 2006, 4.

¹¹⁸ Invero nella elencazione di cui all'art. 3 del D. Lgs. n. 252 del 2005 sono inclusi i gestori dei Fondi pensioni aperti e le imprese assicurative per ciò che concerne i piani pensionistici individuali. L'esplicita menzione di tali soggetti appare essere una conferma della volontà legislativa di equiparare sul piano funzionale tutte le forme pensionistiche individuali, superando l'impostazione di cui al D. lgs. n. 124/93 anche a prescindere dai destinatari (lavoratori o non lavoratori) di detti Fondi.

Seppur esula dal presente studio è doveroso sottolineare che l'autonomia collettiva (o meglio il contratto collettivo) veda mantenuta la centralità, ed anzi la sostanziale esclusività del proprio ruolo, con riguardo al settore della previdenza complementare dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto privatizzato. Tale settore, escluso dagli effetti della riforma della previdenza complementare di cui al D. Lgs. n. 252 del 2005 (v. art. 23, comma 6, del D. lgs. n. 252/2005) attende ancora i approdare ad assetti, non solo normativi, che ne consentano lo sviluppo. V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del TFR*, in TURSÌ (a cura di), *la Nuova disciplina*, cit., 696 ss.

¹¹⁹ A. TURSÌ, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, A. TURSÌ (a cura di), in *la nuova disciplina delle previdenza complementare*, 2007, 544.

Inoltre, l'art. 3 del D. Lgs. n. 252 del 2005 non può non fare emergere una certa “*commistione tra fonti istitutive e soggetti istitutori*”, atteso che il Legislatore ha affiancato al contratto collettivo (fonte) le Regioni e le Casse di previdenza obbligatoria privatizzate dei liberi professionisti (soggetti istitutori)¹²⁰.

Tale “confusione” è, in un certo senso, chiarificatrice ai fini (non forse della esegesi della disciplina, ma) dell'analisi della *ratio* legislativa sottostante e cioè, unificare (o meglio tentare di unificare) una serie eterogenea di strumenti e soggetti diversi al fine di valorizzare, nella omogeneità dello scopo di sostegno della previdenza pubblica, elementi di concorrenzialità e di mercato.

Può, in un certo senso, sostenersi che il Legislatore per non lasciare dubbi sulla volontà di superare l'assetto di preferenza all'autonomia collettiva definita dall'art. 3 del D. Lgs. n. 124 del 1993 (e almeno indirettamente confermato dallo stesso D. lgs. n. 47 del 2000) abbia voluto “strafare” definendo una elencazione il più possibile “pluralistica” delle fonti istitutive.

Invero, la riunione di fonti e soggetti così diversi significa sottolineare la volontà di rendere manifesto il tentativo di unificare l'insieme della fonti riconducibili alla autonomia collettiva e alla autonomia “privata”, quasi a voler suggerire che la comunanza di scopo (e, cioè, quello di garantire un “supporto” alla previdenza complementare) sia un minimo comune denominatore più che sufficiente a garantire una sorta di unità della categoria.¹²¹

In proposito, sembra doveroso sottolinearsi che la omogeneizzazione delle fonti istitutive determina una sicura unificazione della previdenza complementare, ma contestualmente l'accettazione di una nozione “debole” o “leggera”¹²² della medesima, poiché fondata unicamente sulla comunanza di “scopo” consistente nel vincolo di destinazione del risparmio, a sostegno della previdenza pubblica.

Al riguardo, si sottolinea che il Legislatore ha inserito tra le fonti istitutive anche le Regioni (all'art. 3, lett. *d*, del D. Lgs. n. 252 del 2005) determinando,

¹²⁰ Secondo una altra lettura della norma (che, comunque determina delle considerazioni simili a quella precedente), l'art. 3 del D. Lgs. n. 252/2005 individua una serie di fonti di cognizione di tipo oggettivo e di fonti di produzione di tipo soggettivo.

¹²¹ S. GIUBBONI, *Fonti istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, 113.

¹²² S. GIUBBONI, *Fonti Istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, 86

quindi, un'esasperazione (almeno nelle intenzioni e forse molto meno da un punto di vista pratico/operativo) della pluralità delle fonti istitutive.¹²³

Inoltre, in modo certamente significativo, vi è stata, in forza della nuova disciplina, un'attrazione tra le fonti istitutive dei promotori (e gestori) dei c.d. Fondi

¹²³ M. PICCARI, *Le forme pensionistiche complementari*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 133 ss. La formulazione letterale e la stessa collocazione della norma sembrano invero tradire la chiara intenzione del Legislatore di attribuire alle Regioni una funzione, non solo regolativa, ma propriamente istitutiva della previdenza complementare. La legge regionale è così abilitata a farsi fonte istitutiva (oltre che regolativa) di forme pensionistiche complementari nel senso più proprio e pieno. Secondo un parte della dottrina (v. S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Informazione Previdenziale*, 2007, 1, 10) le Leggi regionali per essere destinate a rivolgersi “*seppur nei limiti di competenza territoriale, allo stesso bacino di utenza dei fondi negoziali di origine sindacale, potrebbero ipoteticamente attivare, per propri connotati istituzionali, dinamiche concorrenziali in potenza ancor più incisive di quelle disponibili ai fondi aperti*”. Invero alcune Regioni, ad esempio il Trentino Alto Adige, già svolgono un significativo ruolo nella promozione delle forme di previdenza complementare, che contemplano l'espresso e formale coinvolgimento quale fonte istitutiva della contrattazione collettiva. Sennonché in una logica di valorizzazione della competenza legislativa concorrente ex art. 117, comma 3, Cost., le Regioni possono ora intervenire come “*soggetto che istituisce la forma pensionistica in alternativa ad altre fonti, fra cui anche il contratto collettivo*”. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare, a mo' di (parziale) commento del D. lgs. n. 252/2005*, in PAPP, 2006, I, 145 ss. V. anche PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e mercato finanziario*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, pag. 715 che peraltro sottolinea le modeste prospettive di operatività concreta di siffatta potestà istitutiva, nel senso che le Regioni avrebbero, come in passato, una competenza, oltre che a regolare nei limiti dei principi fondamentali posti dalla legge dello Stato, solo ad “*operare quali promotrici o coordinatrici di iniziative pensionistiche a genesi negoziale e non anche come soggetti che istituiscono direttamente i fondi pensione*”. V. anche BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in TURSÌ (a cura di), *la nuova disciplina*, cit., 608. tale interpretazione “minimalista” del ruolo delle Regioni sarebbe confermata anche dalla certa non chiara definizione dell'art. 3, lett. D) del D. lgs. n. 252 del 2005 che sembrerebbe rendere più coerente il ruolo delle Regioni come un semplice soggetto “promotore” della previdenza complementare. Così risolta la questione si tradurrebbe in quella, altrettanto incerta, relativa ai limiti di competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di previdenza “integrativa e complementare” ai sensi dell'art. 117 Cost. Anche con riferimento a tale “problematica” appare preferibile una visione “minimalista” del ruolo che dovrebbero ricoprire le Regioni in quanto il D. Lgs. 252 del 2005 si porrebbe interamente (nel senso di ogni sua singola disposizione) come un limite “invalidabile” dalla competenza regionale, anche perché nella materia della previdenza complementare, oltre alla potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost., entrano “in gioco” anche altre materia di competenza esclusiva della Stato come quella dell'ordinamento civile, al rispetto delle prerogative della autonomia collettiva, alla materia previdenza sociale “in senso lato”, alla tutela del risparmio e al controllo del mercato finanziario e, soprattutto, alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni e della libera circolazione dei lavoratori sul territorio nazionale. Ad ogni buon conto è da rilevarsi che l'inserimento della legge regionale tra le fonti istitutive contribuisce in modo rilevante a ridimensionare la originaria supremazia del contratto collettivo ed esalta la concorrenza tra fondi chiusi. V. TOSI P., *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, II, 1999, 1309. Anche la COVIP, con gli orientamenti approvati il 12 novembre 2003 ha affrontato la questione .

Pensione Aperti e delle imprese assicurative che perfezionano contratti di assicurazione sulla vita, all'interno del già citato art. 3 del D. Lgs. n. 252 del 2005.¹²⁴

La disciplina prevista dall'art. 3 del D. Lgs. n. 252 del 2005 è, quindi, esemplificativa del conflitto tra la finalità mutualistica della previdenza complementare e la necessaria concorrenza del sistema al fine di permetterne un effettivo ed indispensabile “decollo”¹²⁵.

In altri termini, le “due anime” della previdenza complementare sembrano cozzare (anche e soprattutto) sul terreno delle fonti istitutive¹²⁶.

Invero, l'art. 3 del D. Lgs. n. 252 del 2005 imprime un segno che caratterizza la fisionomia complessiva dell'intervento legislativo del 2005 volto non solo ad “pluralizzare” le forme pensionistiche complementari, ma conseguentemente (o forse preliminarmente) a parificare (almeno tendenzialmente) il ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale.¹²⁷

Emerge quindi (rispetto all'art. 3 del D. Lgs. n. 124/93) un mutamento sensibile degli “equilibri” del sistema delle fonti istitutive della previdenza complementare e del nuovo assetto dei ruoli dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva.

¹²⁴ La L. n. 335/95 nel consentire l'adesione su base collettiva ai fondi aperti pur nella confermata persistenza del rapporto di sussidiarietà degli stessi aveva a ben vedere compiuto un atto di promozione della iniziativa sindacale. Come è stato osservato “*il dato essenziale dell'art. 9, L. n. 335/95 finisce per consistere nell'attenuazione dell'emarginazione della contrattazione collettiva (e, più in generale, delle fonti collettive) in materia di Fondi aperti*” (VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, pag. 253), atteso che la previsione di adesione collettiva a Fondi aperti – quale forma di adesione collettiva a soggetti di mercato – accresce gli spazi della iniziativa sindacale in materia previdenziale, senza abbattere le barriere tra le diverse forme di previdenza complementare. Mentre è su questo vincolo che incide la riforma del 2005, realizzando quel “*programma di riunificazione di tutte le forme pensionistiche individuali*” solo abbozzato dal D. Lgs. n. 47/2000. V. Tursi, *Note introduttive*, cit., 540).

¹²⁵ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 249 ss.

¹²⁶ Sulla «*visione dicotomica del fenomeno della previdenza complementare*», che oppone la previdenza c.d. sindacale, espressione di una solidarietà intercategoriale riconducibile alla logica del rapporto di lavoro, alla previdenza delle forme mercantilistiche quale strumento di partecipazione al mercato finanziario finalizzato alla massimizzazione del rendimento del risparmio investito e perciò espressione di interessi egoistici, si veda, anche, A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2006, III, 794 ss.

¹²⁷ A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma di previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III-IV, 596, il quale altresì osserva come il dettato dell'art. 3 faccia “*pervenire al pettine significativi nodi sistematici del nostro sistema di diritto sindacale; nodi, questi, che (...) travalicano ampiamente i confini della previdenza complementare*”.

Tanto è vero che, oggi, possono definirsi fonti istitutive *«gli atti e soggetti che possono istituire le forme pensionistiche complementari, che prevedono l'istituzione di fondi pensione negoziali, aperti o l'attuazione di forme pensionistiche individuali»¹²⁸*.

Tale lettura dell'art. 3 del D. lgs. n. 252 del 2005 è confermata dall'analisi di numerose altre disposizioni del decreto in esame.

A mero titolo esemplificativo, ma già esaustivo, si rileva che non ha trovato ingresso nella disciplina del D. Lgs. n. 252 del 2005 il principio dettato dall'oramai abrogato art. 9, comma 2, del D. lgs. n. 124 del 1993, che determinava un forte privilegio per le fonti istitutive collettive,¹²⁹ atteso che ad oggi, tutte le forme pensionistiche complementari sono liberamente accessibili, ad iniziativa dei destinatari¹³⁰.

Sembra, quindi, esservi stato un “vento riformatore” che ha equiparato le “varie” fonti istitutive dei Fondi pensioni.

¹²⁸ Definizione delle “fonti istitutive” consultabile sul sito www.tfr.gov.it/tfr/menuAlto/glossario

¹²⁹ Il quale disponeva che ai Fondi c.d. aperti potessero aderire i *«destinatari delle disposizioni del presente decreto legislativo per i quali non sussistano o non operino le fonti istitutive di cui all'art. 3, comma 1, ovvero si determinino le condizioni di cui all'art. 10, comma 1, lettera b); ove non sussistano o non operino diverse previsioni in merito alla costituzione di fondi pensione ai sensi dei precedenti articoli, la facoltà di adesione ai fondi aperti può essere prevista anche dalle fonti istitutive su base contrattuale collettiva»*.

¹³⁰ A tale facoltà, che sembrerebbe premiare l'autonomia individuale, fa, però, da contraltare l'art. 14, comma 6, del D. lgs. n. 252/2005 secondo cui compete alla contrattazione collettiva, anche aziendale, regolare i limiti e le modalità della c.d. portabilità. Sul punto, su cui si tornerà più approfonditamente nel prosieguo, v. M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, VI, 1487 ss.; S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 362 ss.; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 249 ss., il quale asserisce, al riguardo che, le indicazioni desumibili dalla legge delega non sembrano invero equivoche sul punto : *«l'eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla libera adesione e circolazione dei lavoratori all'interno del sistema della previdenza complementare»* deve avvenire, tra l'altro e soprattutto, attraverso il *«riconoscimento al lavoratore dipendente che si trasferisca volontariamente da una forma pensionistica all'altra del diritto al trasferimento del contributo del datore di lavoro in precedenza goduto, oltre alle quote del trattamento di fine rapporto»*.. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del D. lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 181 ss., il quale pone in evidenza come *«se è vero che solo aderendo al fondo pensione originato dal contratto collettivo si può fruire del contributo previsto dal contratto collettivo, sussiste almeno nelle valutazioni di convenienza che possono farsi all'inizio, un sicuro interesse ad aderire al fondo negoziale, come unica sede cui si può fruire contemporaneamente del conferimento del t.f.r. e della contribuzione del datore di lavoro che il contratto collettivo, seguendo uno schema diverso da quello adottato per il t.f.r. dalla legge, può legittimamente vincolare ad una specifica destinazione»*.

Occorre però chiedersi quale sia stata la effettiva portata di tale rivoluzione, e, cioè, interrogarsi sulla verifica di una reale equiparazione della Fonti istitutive, con ciò significando che se ad una uguaglianza “formale” si opponesse una distinzione sostanziale (nel senso di un *favor* “indiretto” per le fonti “collettive”) le scelte adottate dal Legislatore del 2005 si dimostrerebbero prive di significatività.

A tal proposito, si rileva che, ai sensi dell'art. 3, del D. lgs. n. 252 del 2005, l'istituzione di forme pensionistiche di tipo negoziale, basate sulla appartenenza ad una categoria professionale è ancora prevalentemente appannaggio della autonomia collettiva, atteso che alle altre fonti sembrerebbe preclusa la costituzione di veri e propri fondi professionali.

Sembra, invero, che il contratto collettivo continui ad essere la fonte istitutiva “preferita” rispetto a quelle:

- relative agli accordi tra lavoratori (che possono operare solo in assenza di accordi o contratti collettivi, v. art. 3, lett. A), D. lgs. n. 252 del 2005)¹³¹;
- relative ai regolamenti di aziende o enti (che possono esser attivati qualora non vi siano contratti collettivi, anche aziendali, che disciplinino la materia, v. art. 3, lett. C) D. lgs. n. 252 del 2005)¹³².

Da questo punto di vista, quindi, non sembra affatto essersi perso un privilegio verso la autonomia collettiva che, peraltro, non risulta essere stata neanche “selezionata” dal Legislatore che (in coerenza con l'abrogata disciplina) non si è

¹³¹ Per essi è quindi confermata una funzione residuale rispetto alle fonti dell'autonomia collettiva, ovviamente solo per ciò che concerne l'area del lavoro subordinato, atteso che per l'area del lavoro autonomo (v. art. 3, lett. B), D. lgs. n. 252 del 2005) gli accordi tra lavoratori sono la fonte istitutiva “tipica”. A ciò si aggiunga che, anche in ipotesi di accordi di lavoratori, che rientrano nella categoria associati ed organizzativi, il Legislatore ha comunque deciso di attribuire una certa rilevanza all'autonomia collettiva prevedendo che la fase promozionale sia devoluta ad organizzazioni sindacali firmataria di contratti collettivi a livello nazionale. F.D. MASTRANGELI, *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Nuove Leggi civili Commentate*, a cura di M CINELLI, 1995, n. 1, 183.

¹³² In coerenza con la disciplina abrogata, i regolamenti rimangono fondi gerarchicamente sottordinate a quelle che fanno capo all'autonomia collettiva. Anche tale fonte si sostanzia, fondamentalmente, in un contratto plurilaterale tra il datore di lavoro che “propone” il regolamento e l’ “accettazione” dei lavoratori. Una volta accettato il regolamento del Fondo “entra” a far parte del contratto individuale di lavoro e potrà essere oggetto di una eventuale modifica da parte della contrattazione collettiva solo se la medesima contrattazione collettiva stabilisca un trattamento migliorativo. A. TURSI, *Previdenza aziendale e regolamento d'impresa*, in *Quad. Dir. lav. rel. ind.*, 1988, 3, 161. Anche se è da fare presente che Cass. Civ., SS.UU., 13 dicembre 2007, n. 26107, in *Riv. it. dir. Lav.*, 2008, II, 539, con nota di G. QUADRI, *Usi aziendali, “fonti sociali” e autonomia collettiva*, parifica l'efficacia degli usi aziendali, degli atti autonomia collettiva e dei regolamenti in quanto fonti che non si rivolgono a tutelare meri interessi individuali, ma una uniformità di disciplina dei rapporti.

preoccupato di adottare specifici criteri di scelta in merito alla “rappresentatività” dei sindacati “stipulanti” (con l'eccezione, forse, per la categoria dei quadri per cui è richiesta, alla lettera A) del D. Lgs. n. 252 del 2005, la partecipazione di sindacati che abbiano rappresentanti in seno al CNEL)¹³³.

É poi da rilevare che non solo non si è del tutto persa una certa preferenza dell'autonomia collettiva, ma che il Legislatore si è dimostrato particolarmente interessato all'autonomia collettiva di livello aziendale, che, oggi, può prevedere una disciplina difforme a quella di livello nazionale, con effetti limitati “*ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi*” accordi.¹³⁴

Invero il Legislatore del 2005 non sembra avere del tutto abbandonato la promozione dell'autonomia collettiva come fonte istitutiva dei fondi pensione¹³⁵, anche se limitatamente alla sola “famiglia” dei fondi negoziali, nel senso che il contratto collettivo gode di considerazione preferenziale rispetto ad altre fonti tese ad istituire tale genere di fondi, che però sono comunque esposti alla concorrenza degli altri fondi pensione di diversa matrice.^{136 137}

¹³³ S. GIUBBONI, *Fonti Istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, 117. L'Autore osserva che tale scelta è coerente con quella di lasciare all'autonomia individuale l'autonomia di aderire alla previdenza complementare ed, oggi, quella di “scegliere” il Fondo di adesione, atteso che una individuazione di criteri selettivi quali quelli della maggiore rappresentatività o della rappresentatività comparata determinerebbero una sensibile riduzione della pluralizzazione delle fonti istitutive così fortemente voluta dal Legislatore della riforma.

¹³⁴ BOLLANI, *Fonti istitutive*, p. 603, che li descrive come “*un fascio di atti negoziali individuali, posti in essere da una collettività non organizzata*”. Invece Tursi né da una lettura più restrittiva, in *Note introduttive*, cit., 546, atteso che: “*imputa in un equivoco in cui sarebbe incorso il legislatore in ordine all'efficacia del contratto collettivo aziendale. In questa ottica la norma non farebbe che specificare un principio già operante nell'ordinamento*”.

¹³⁵ A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, 187 ss.

¹³⁶ A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 597 ss., il quale rileva come «*il contratto collettivo gode di considerazione preferenziale rispetto ad altre fonti tese ad istituire tal genere di fondi, i quali sono tuttavia pienamente esposti alla concorrenza degli altri fondi pensione, di diversa matrice*». In proposito, è da rilevarsi, però, che se questo è vero è opportuno chiarire anche quanto previsto dall'art. 3 lett. A), del D. lgs. n. 252 del 2005, in cui è stabilita la facoltà di istituire Fondi di previdenza complementare da parte di accordi “*anche aziendali, limitatamente, per questi ultimi, anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi*”. Tale ultima disposizione ha destato non poche perplessità proprio con riferimento al ruolo da assegnare alla autonomia collettiva ed alla autonomia individuale. Parte della dottrina ha inteso ritenere che tale disposizione si preoccuperebbe di disciplinare la possibilità, da parte del singolo lavoratore, di sottoscrivere l'accordo aziendale già stipulato in sede sindacale, si rileva che tale interpretazione, alla luce della libertà di scelta del lavoratore ribadita dallo stesso art. 3, comma 3, del D. lgs. n. 252 del 2005, secondo cui le istitutive devono garantire “*la libertà di adesione (o di non adesione, n.d.r.) individuale*”, risulta avere una portata non innovatrice e superflua, v. PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit. 157.

In definitiva, il Legislatore della riforma ha deciso di “prendere le distanze” da un atteggiamento di assoluta preferenza dell'autonomia collettiva con riferimento ai Fondi pensione di natura collettiva, al fine di tentare di accentuare profili concorrenziali tra i Fondi. Se questo è vero, è possibile, scorgere tra le righe del Decreto una prevalenza “carsica” in favore della autonomia collettiva, anche per salvare quella funzione mutualistica che *deve* avere la previdenza complementare e che non può essere assicurata da una disciplina puramente “finanziaria”¹³⁸.

Quindi, se prima del 2005 la preferenza del Legislatore era “manifesta”, nel senso di stabilire a priori una gerarchia della fonti istitutive che premiava quelle di origine collettiva, oggi il Legislatore si limita ad offrire alle relazioni sindacali alcuni strumenti per rimanere protagonisti della previdenza complementare (attraverso, come si vedrà in seguito, la disciplina della portabilità del contributo datoriale e la possibilità di stipulare accordi aziendali inerenti la destinazione del TFR)¹³⁹.

D'altronde, il Legislatore del 2005 deve cercare una “difficile coerenza” tra la scelta di fondo di accentuare i caratteri della concorrenzialità in tema di previdenza complementare con gli scopi mutualistici di cui quest'ultima deve essere

Al riguardo è anche intervenuta la COVIP, la quale ha interpretato la disposizione in esame nel senso di “nuova” facoltà da parte dei lavoratori di aderire collettivamente, attraverso accordi plurimi individuali, alla previdenza complementare per i lavoratori che svolgono la propria attività in realtà dimensionalmente più piccole in cui non vi sia una contrattazione a livello aziendale. COVIP, *Direttive generali del 28 giugno 2006*, in www.covip.it; v. anche S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo*, cit., pag. 12.

A ben guardare, quindi, tale strumento si mostra per nulla a favore di una “esaltazione” del ruolo dell'autonomia collettiva, ma, piuttosto, un atteggiamento del Legislatore piuttosto scettico sulle possibilità di successo del decollo di un autonomia collettiva a livello aziendale. R. PESSI, *La riforma nel sistema pensionistico*, cit., pag. 366.

¹³⁷ A ciò si aggiunga che una preferenza verso l'autonomia collettiva è desumibile anche nel caso di adesione ai Fondi aperti, ai sensi della previsione dell'art. 12, comma 2 del D. Lgs. n. 252 del 2005, secondo la quale «*l'adesione ai Fondi pensione aperti può avvenire, oltre che su base individuale, anche su base collettiva*». Senza anticipare quanto si dirà in seguito una significativa preferenza all'autonomia collettiva è da ravvisarsi anche nella disciplina del conferimento tacito del TFR, ai sensi dell'art. 8, comma 7, del D. lgs. n. 252/2005, v. P. SANDULLI, *Il decreto legislativo n. 124 del 1993 nel sistema pensionistico riformato*, in AA. VV., *I fondi pensione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, XXXV, inserto, VI ss.; A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in AA. VV., *I fondi pensione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, XXXV, inserto, IX.

¹³⁸ R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 644 ss., e di R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2005, 488; G. FERRARO, *La problematica giuridica dei fondi pensione*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000, I, 12 ss.; T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 3 ss.;

¹³⁹ P. TOSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, 358 ss.

connotata¹⁴⁰.

Parte della dottrina, al riguardo, ha, addirittura, efficacemente sottolineato come «*ne risultino confermate la centralità dell'autonomia collettiva – e, in particolare, della contrattazione collettiva, presumibilmente considerata come la “fonte più adatta ad affrontare contestualmente i problemi della nascita dei Fondi e del loro finanziamento*¹⁴¹» – e, a monte la “necessità della solidarietà collettiva” come indice dell’ “esistenza di bisogni ai quali possono trovarsi esposti tutti gli appartenenti al gruppo di solidarietà”.^{142 143}

*** ** *

C. Sul limite in capo alle fonti istitutive sulla libertà di adesione individuale alle previdenza complementare

E' doveroso sottolineare che un insuperabile limite al contenuto delle Fonti istitutive (quale che sia la “fonte”) è quello stabilito dagli art. 1, comma 2 e 3, del D. lgs. n. 252 del 2005 in tema di libertà individuale di adesione ai fondi pensione.

In coerenza con quanto già stabilito con il D. Lgs. n. 124 del 1993, la libertà di adesione individuale ai Fondi pensione rappresenta un'espressione immediata della prevalente centralità dell'autonomia individuale rispetto all'autonomia collettiva e si pone, per quello che interessa nella trattazione dal presente capitolo, come un limite posto alle fonti istitutive¹⁴⁴.

¹⁴⁰ R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2005, 488. M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, III, 737ss. Sulla compresenza delle due prospettive, quella emergente del mercato finanziario e quella della solidarietà, si veda G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2006, 976 ss.

Discorso a parte merita il ruolo della autonomia collettiva per la materia del pubblico impiego, atteso che l'art. 3, comma 2, del D. lgs. n. 252 del 2005 conferma che la specialità della disciplina e, soprattutto, l'esclusività della contrattazione collettiva per la istituzione di fondi di previdenza complementare in materia di pubblico impiego privatizzato. La materia della previdenza complementare nel pubblico impiego sembra essere influenzata dall'interesse a controllare i flussi della spesa pubblica. Ciò è confermato dall'art. 8, comma 3, del D.lgs. n. 252/05 il quale prevede che i contributi alle forme pensionistiche complementari dei pubblici dipendenti devono essere definiti in sede di determinazione del trattamento economico.

¹⁴¹ Così, A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in AA. VV., *I fondi pensione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, XXXV, inserto, XI ss.

¹⁴² R. PESSI, *Previdenza pubblica e previdenza integrativa*, in AA. VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro – previdenza obbligatoria e integrativa*, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1989, II, supplemento, 278 ss.

¹⁴³ R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 156 ss.

¹⁴⁴ D'altro canto, il tema della libertà d'adesione e della sua permanenza nel tempo rimane forse quello di maggior rilevanza se si considera come essa incida in modo diretto su tutte le problematiche

Sebbene il D. lgs. n. 252 del 2005 abbia ampliato la platea dei destinatari¹⁴⁵ della previdenza complementare, esso Decreto ha mantenuto fermo il principio secondo cui ci si possa riferire solo a “potenziali” destinatari, in quanto l'ingresso nel sistema è sempre “condizionato” ad una libera scelta dell'individuo.

Invero, è sempre necessaria l'iniziativa del singolo lavoratore (vedremo poi con quali modalità) perché si attivino, in suo favore, regimi pensionistici integrativi del regime pubblico.

Difatti, anche quando la fonte della forma di previdenza complementare è un contratto o un accordo collettivo, l'adesione non discende, automaticamente, dall'appartenenza ad una delle organizzazioni che hanno stipulato l'accordo¹⁴⁶. La norma, richiedendo una adesione individuale, impone una distinta manifestazione di volontà¹⁴⁷.

Si ricordi come in alcuni primi commenti al D. Lgs. n. 124 del 1993 furono fornite interpretazioni del testo legislativo – in particolare dell'art. 3, comma 4 – che hanno tentato di “neutralizzare” la garanzia della libertà individuale di adesione, legittimando forme di «*iscrizione quasi automatica, sottoposta a conferma o a disdetta entro un termine definito*»¹⁴⁸ o ritenendo possibili previsioni contrattuali collettive che considerino «*manifestazione tacita di adesione la mancata*

del finanziamento e sulla stessa valutazione della congruità delle agevolazioni fiscali. Così, R. PESSI, *La previdenza complementare tra legge e contratto*, in R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 113 ss. M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, III, 728 ss.A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss.

¹⁴⁵ L'aumento del potenziale numero dei destinatari della previdenza complementare è coerente con la pluralizzazione delle fonti istitutive dei Fondi di previdenza. Se, invero, in una prima fase la previdenza complementare si rivolgeva soprattutto alle fonti collettive e si interessava ai lavoratori subordinati, ora la previdenza complementare si rivolge a più fonti e ad una platea di destinatari che include non solo i lavoratori subordinati (e autonomi), ma anche soggetti che non appartengono al “mondo del lavoro”. V. S. GIUBBONI, *Fonti istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, pag. 147.

¹⁴⁶ P. BOER, *La previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1998, 310 ss.

¹⁴⁷ D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 124 ss.

¹⁴⁸ P. SANDULLI, *Il decreto legislativo n. 124 del 1993 nel sistema pensionistico riformato*, in AA. VV., *I fondi pensione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, XXXV, inserto, VI ss.

*esplicitazione della volontà di non aderire*¹⁴⁹».

In sostanza, si è trattato di tentativi tesi a riportare, per via interpretativa, il rapporto tra autonomia collettiva e autonomia individuale entro la cornice della generale regola dell'efficacia oggettiva del contratto collettivo nei confronti del singolo lavoratore, «*neutralizzando*» la deroga legale a tale naturale efficacia¹⁵⁰.

Oggi, l'art. 1, comma 2, del D. lgs. n. 252/2005 ribadisce che l'adesione alla previdenza complementare è “*libera e volontaria*” e l'art. 3, comma 3, del D. lgs. n. 276/2003 esclude che la stipulazione di un contratto collettivo istitutivo di una forma pensionistica complementare possa essere considerata – nei confronti degli iscritti alle associazioni stipulanti – quale espressione di “volontaria adesione”. Invero l'unica volontà di adesione non può essere “collettiva” ma sempre individuale.

Se ciò è vero è altrettanto vero che il meccanismo (su cui si tornerà in seguito) del conferimento tacito del TFR alla previdenza complementare, secondo quanto stabilito dall'art. 8, comma 7, del D. lgs. n. 252/05 introduce una sorta di aggiramento del principio della libertà di adesione individuale, determina per alcuni, una sorta di via italiana all' “obbligatorietà”¹⁵¹.

Obbligatorietà della previdenza complementare che, comunque, il Legislatore del 2005 non ha voluto sancire (nonostante il primo testo della legge delega) e che, da un lato, avrebbe (forse) posto termine al dibattito sulla collocazione costituzionale della previdenza complementare e, dall'altro, avrebbe attribuito all'autonomia collettiva un luogo certamente prevalente su quella individuale.¹⁵²

¹⁴⁹ A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in AA. VV., *I fondi pensione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, XXXV, inserto, XI ss.

¹⁵⁰ Contro queste “aperture” della dottrina si veda A. TURSI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Lavoro e diritto*, 1994, I, 103 ss.

¹⁵¹ P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2007, I, 47 ss.

¹⁵² R. PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 325 ss.; R. PESSI, *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in *La previdenza complementare nella riforma del welfare*, a cura di Ferraro, I, p. 59. G. ZAMPINI, *La previdenza complementare: fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 101 ss. Contra G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1998, 122 ss.

Sul punto è interessante rilevare l'accesso dibattito in merito alla facoltà da parte del Legislatore regionale di disporre l'obbligatorietà dell'adesione e, cioè, se tale scelta determinerebbe una lesione del principio, nell'ambito delle materie affidate alla legislazione concorrente, dei «principi fondamentali», la cui determinazione è «riservata alla legislazione dello Stato». La dottrina al riguardo pone, invero, l'interrogativo se si possa con sicurezza ritenere che il carattere volontario dell'adesione

alla previdenza complementare assurga a principio fondamentale. P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2007, I, 65 ss. A. RUGGERI, *Quale «sistema» delle fonti dopo la riforma del Titolo V?*, in www.federalismi.it, 2006, 39 ss., il quale sottolinea come sia «ampiamente provata, da noi come altrove, l'incapacità di tenuta della distinzione tra principi e regole su cui poggia il modello della legislazione ripartita». La giurisprudenza della Corte Costituzionale, sulla base della formula utilizzata in passato nell'ambito del precedente testo dell'art. 117 Cost. , aveva ritenuto che, in mancanza di una esplicita individuazione da parte del Legislatore statale, fosse possibile desumere i principi costituzionali anche dalla legislazione vigente. M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della legge cost. n. 3 del 2001*, in *Il nuovo Titolo V della Costituzione Stato/Regioni e Diritto del lavoro, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, I, suppl. , 19 ss. L. ELIA, *Introduzione*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001, 14 ss. Ciò nonostante, tal certa acquisizione viene sottoposta a nuova verifica in relazione alla diversa formulazione del nuovo art. 117 Cost. , che risulta non coincidente con quanto disposto dal testo previgente. Difatti, se l'art. 117 Cost. , ora dispone che «nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato», il vecchio testo disponeva al riguardo che «la Regione emana per le seguenti materie norme legislative "nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle legge dello Stato». Non può non risaltare il fatto che sia venuto meno l'esplicito riferimento a «limiti», che potessero essere ritenuti preesistenti, e che venga disposta una esplicita riserva alla legislazione dello Stato per la loro determinazione. Data la manifesta non coincidenza delle due formule, parte della dottrina ha ritenuto che non sia più possibile desumere i principi fondamentali dalla legislazione ordinaria vigente, ma che questi debbano essere indicati in modo esplicito dal Legislatore statale. A seguire questa prospettiva, l'intervento del Legislatore regionale risulterebbe paralizzato nelle materie in cui il Legislatore statale non avesse esplicitamente enunciato i principi fondamentali. Conseguentemente come non asserire che «ciò avverrebbe anche nell'ambito della previdenza complementare, dove il Legislatore non ha né in precedenza, né attraverso il recente D. Lgs. n. 252 del 2005, provveduto ad enunciare in modo esplicito i suddetti "principi fondamentali» della materia». Nonostante quest'ultima soluzione appare non priva di plausibili e convincenti motivazioni, va doverosamente osservato che l'interpretazione maggioritaria, fatta propria dalla dottrina giuspubblicistica nonché dalla Corte Costituzionale, tende a recuperare e riproporre anche nel quadro del mutato testo costituzionale la consolidata ricostruzione che riteneva possibile desumere quei "principi fondamentali" anche dalle leggi ordinarie. Di questa opinione sono U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2004, 1256; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della legge cost. n. 3 del 2001*, in *Il nuovo Titolo V della Costituzione Stato/Regioni e Diritto del lavoro, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, I, suppl. , 19 ss.; A. ANZON, *Le potestà legislative dello Stato e delle Regioni*, appendice di aggiornamento a *I poteri delle Regioni nella transazione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2005, 50 ss. Questa lettura – è bene ribadirlo – è stata "consacrata" dal Legislatore , ricevendo una sua codificazione da parte della c.d. legge La Loggia del 2003. Accogliendo, pertanto tale linea interpretativa, non resta che desumere dalla normativa dettata dal D. Lgs. n. 252 del 2005 i "principi fondamentali". Vengono a prospettarsi, tuttavia, due soluzioni. Da un lato, si potrebbe ritenere che «l'intera normativa sulla previdenza complementare dettata ora dal D. Lgs. n. 252 del 2005 assurga a principio fondamentale, cosicché una eventuale legislazione regionale potrebbe svilupparsi soltanto alla stregua di normativa di dettaglio di quella». Dall'altro, si potrebbe, invece, distinguere, all'interno della stessa normativa, le disposizioni che assurgono a "principi fondamentali" da quelle che non lo sono, e che quindi potrebbero essere tacciate di violare le regole poste in materia di legislazione concorrente, in quanto lesive delle attribuzioni regionali. Cfr. Corte Cost. sent. n. 4 del 2004 ed anche Corte Cost. n. 12 del 2004, per cui «Lo Stato deve limitarsi alla predisposizione di un principio di disciplina, che la Regione possa svolgere nell'esercizio delle competenze legislative ad essa spettante». Si deve comunque tener presente che la Corte Costituzionale pare aver accolto la lettura secondo la quale anche in relazione al nuovo quadro normativo le norme statali di dettaglio acquisirebbero la qualità di norme c.d. "cedevoli", come tali aperte cioè ad un superamento da parte di una eventuale successiva

In tema di obbligatorietà della previdenza complementare è doveroso, in ogni caso, sottolineare che, secondo un primo orientamento dottrinale, l' «*obbligatorietà anche della previdenza complementare*» sarebbe «*chiaramente esclusa nell'ordinamento vigente per il necessario rispetto del principio di libertà sancito dall'art. 38, comma 5 Cost.*¹⁵³».

Altra autorevole dottrina, invece, è giunta a chiedersi «*se non sarebbe stato più coerente* – in sintonia con il riconoscimento dell'ascrivibilità della previdenza complementare all'art. 38, 2° comma Cost., e della sua distinzione dalla previdenza privata «*seguire la via dell'obbligatorietà dell'adesione*», poi ribadendo che «*la libertà di adesione individuale costituisce elemento centrale di contraddizione*»¹⁵⁴.

Rinviando a quanto già esposto e dedotto nel primo capitolo sull'insegnamento dei Giudici delle leggi e sulla *ratio* della previdenza complementare, si rileva che tale secondo orientamento appare non solo più coerente con la tesi della funzionalizzazione della previdenza complementare a quella pubblica, ma anche come possibile ed auspicabile soluzione per garantire un effettivo (anche se forzoso) decollo del secondo pilastro.

Il Legislatore del 2005 ha invece deciso per una soluzione diversa (e in un certo senso intermedia) in cui proprio l'esaltazione del principio di libertà di adesione (e di scelta) avrebbe voluto determinare un aumento del livello di concorrenza tra le forme pensionistiche complementari a tutto vantaggio degli aderenti.

Invero, la concorrenza tra Fondi avrebbe dovuto determinare l'interesse dei

legislazione regionale. Parte della dottrina sostiene sul punto che «*tale lettura, tesa ad enucleare norme "cedevoli" nel novero delle disposizioni del D. Lgs. n. 252 del 2005 si presenta* – in mancanza di qualsiasi indicazione da parte della stessa legge – *operazione irta di difficoltà, che risulta esposta al vaglio ex post da parte della giurisprudenza costituzionale*». Tuttavia l'art. 3, lett. d), del D. Lgs. n. 252 del 2005, presuppone il rispetto da parte del Legislatore regionale «*della normativa nazionale in materia*», ergo, sembra accogliere la prima lettura proposta sul carattere di «*principio fondamentale*» dell'intera normativa dettata dal D. Lgs. n. 252 del 2005 e quindi sicuramente, anche della regola della volontarietà dell'adesione.

¹⁵³ L'assunto secondo cui il principio di libertà di adesione è fondato sul «rispetto» dell'art. 38, comma 5, Cost. è espresso da ampia ed autorevole dottrina. V. A. VALLEBONA, *I limiti legali all'autonomia dei Fondi Pensione*, in *Il Diritto del lavoro*, 2000, I, 340 ss. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2002, 40 ss, M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, pag. 71; O. BONARDI, *Tassonomie*, per una configurazione giuridica «ibrida» della previdenza complementare si veda M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 1998, 61 ss; in tal senso anche E. GHERA, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale: alcune considerazioni generali*, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, VI, 105 ss. che ne sottolinea la valenza polifunzionale.

¹⁵⁴ R. PESSI, *La previdenza complementare*, Padova, 1999, 186 ss.

Fondi a ottimizzare le risorse e i rendimenti annuali, per tentare di accaparrare il maggior numero di adesioni ¹⁵⁵.

In realtà, la libertà individuale di adesione che - nonostante gli auspici - dovrebbe essere garantita a tutti i potenziali aderenti, sembrerebbe essere solo “formale”, in quanto l'accesso alla previdenza complementare, non sembra, a tutt'oggi, garantito a “tutti” i lavoratori (o meglio a tutti i potenziali destinatari).

Se, invero, la previdenza complementare dovesse essere (come si legge neanche troppo difficilmente tra le righe del D. lgs. n. 252 del 2005) un fenomeno a “vocazione formalmente universalistica”, ¹⁵⁶ nel senso che si rivolge ad una platea quasi indistinta ed eterogenea di destinatari, di fatto, la previdenza complementare, proprio per il fatto che è indissolubilmente legata alla “libera” scelta dell'individuo di farne parte, si risolve in un fenomeno selettivo e settoriale.

Invero, come è accaduto in un passato neanche troppo lontano per la previdenza obbligatoria, la discrezionalità della adesione alla previdenza complementare, si risolve, in concreto, nella inclusione nella medesima solo di quei destinatari che possono “permettersi” un “ulteriore” risparmio previdenziale.

Al riguardo, è opportuno quantificare quanti siano, secondo la la COVIP,¹⁵⁷ i “lavoratori potenzialmente interessati alla previdenza complementare” alla soglie della riforma e cioè nel 2004.

Lavoratori dipendenti del settore privato	12.450.000
Lavoratori autonomi	4.300.000
Lavoratori parasubordinati puri	700.000
Liberi professionisti	860.000
Settore pubblico	3.300.000
Totale	21.610.000

Orbene confrontando la tabella precedente con quella che indica il numero

¹⁵⁵ Così, M. PROCOPIO, *D.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 recante “Disciplina delle forme pensionistiche complementari”*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, I, 211 ss.

¹⁵⁶ S. GIUBBONI, *Fonti istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, pag. 147.

¹⁵⁷ COVIP, *La previdenza complementare in Italia a fine 2004*, in www.covip.com.

degli iscritti alla data del novembre 2007¹⁵⁸ nelle varie forme di “previdenza complementare” e di seguito riportata:

	Numero (totale)	Numero (di soli lavoratori subordinati)
Fondi pensione negoziale	1.979.000	1.823.000
Fondi pensione aperti	726.000	320.000
“nuovi” PIP	390.000	240.000
“vecchi” PIP	800.000	-
Fondi pensione preesistenti	650.000	550.000
Totale	4.545.000	2.954.000

è possibile rinvenire un quadro di sviluppo “non” universale della previdenza complementare, anche con riferimento all'area del lavoro subordinato.

Sia consentito sottolineare che l'aumento del numero degli aderenti alla previdenza complementare non può, a parere di chi scrive, passare “soltanto” attraverso la stimolazione della concorrenza tra Fondi fin quando vi sarà la libertà di adesione del “destinatario”. Orbene, a prescindere dalla “convenienza” di aderire (o meno) alla previdenza complementare, la libertà individuale di accesso al secondo pilastro determinerà, comunque, la configurazione di un sistema particolaristico e non universalistico, legato alle capacità di potenziale risparmio previdenziale di ciascun aderente e ciò anche nell'ambito del lavoro subordinato.

Invero, anche nell'area del lavoro subordinato, in cui è certamente prevalente un'influenza dell'autonomia collettiva con più spiccate caratteristiche mutualistiche, è possibile, da una semplice indagine “empirica”, verificare che anche la previdenza complementare “collettiva” è sempre stata destinata a ristrette categorie di lavoratori in grado sostenere, con il contributo dei datori di lavoro, gravosi oneri di risparmio

¹⁵⁸ L. SCIMIA, *La previdenza complementare in Italia*, Firenze, 2008, p. 241; M. MESSORI, *La previdenza complementare in Italia: un quadro introduttivo*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare*, 2005, pag. 17.

previdenziale.

Nella tabella¹⁵⁹ sottostante sono riportati i Fondi pensione negoziali destinati ai lavoratori dipendenti del settore privato con i maggiori tassi di adesione.

Denominazione Fondo	Destinatari/Fondo	Iscritti totali a novembre 2007	Tasso adesione
Previvolo	Piloti - tecnici volo (prevalente Alitalia)	3.075	102,5%
Quadri e Capi Fiat	Quadri e Capi aziende del gruppo FIAT	12.393	88,5%
Fondenergia	Energia (prevalentemente gruppo ENI)	42.438	86,6%
Fopen	Aziende del gruppo ENEL	46.561	84,7%
Fonchim	Industria Chimica e Farmaceutica	166.215	82,3%

É evidente che solo nei settori merceologicamente o settorialmente più ricchi oppure in quelli in cui vi è una forte potere contrattuale dei prestatori, i tassi di adesione alla previdenza complementare sono davvero significativi e, ciò perché la scelta individuale di aderirvi è resa “concreta” da migliori livelli retributivi e contributivi.

In altri settori settorialmente e merceologicamente più poveri o in quelli dove il potere contrattuale (individuale e collettivo) è meno intenso, la previdenza complementare ha meno “successo”, come si desume dalla tabella¹⁶⁰ sottostante

¹⁵⁹ COVIP, *La previdenza complementare in Italia a fine 2007*, in www.covip.com.

¹⁶⁰ COVIP, *La previdenza complementare in Italia a fine 2007*, in www.covip.com

Denominazione Fondo	Destinatari/Fondo	Iscritti totali a novembre 2007	Tasso adesione
Filcoop	Dipendenti cooperative settore bonifiche	8.309	5,2%
Artifond	Lavoratori dipendenti aziende artigiane	11.430	1%
Marco Polo	Commercio, turismo, servizi	4.860	0,6%
Agrifondo	Operai agricoltori florovivaisti	1.923	0,3%
Previprof	Dipendenti studi professionali	555	0,1%

Tali dati dimostrano che bisogna essere consapevoli che, anche a prescindere dai tassi di concorrenzialità o dai rendimenti (più o meno) garantiti dai Fondi, finché sarà attribuita al singolo la scelta (formalmente) libera di aderire o meno alla previdenza complementare, quest'ultima continuerà (concretamente) ad essere un fenomeno necessariamente non universale.

Né, sembra possibile, che il solo conferimento del TFR alla previdenza complementare possa essere uno “strumento” da solo sufficiente a “generalizzare” il secondo pilastro, per il semplice fatto che la (tendenziale) corresponsione di una rendita (incerta), in luogo di una somma in capitale (garantita) può essere un “rischio” assumibile solo dalle categorie di lavoratori più ricche (ma sul punto si tornerà nel prossimo capitolo).

*** **

D. I limiti e le opportunità del ruolo della COVIP come garante dell'“effettivo” sviluppo del sistema concorrenziale della previdenza complementare

Nei precedenti paragrafi si è sottolineato che il “riassetto” delle fonti istitutive è stato determinato dalla volontà di aumentare la concorrenzialità del sistema di previdenza complementare, anche a scapito del ruolo rivestito, in passato, dall'autonomia collettiva.

Se, però, lo spirito della riforma è quello di aumentare la concorrenzialità del sistema, è fin troppo ovvio far notare che tale concorrenzialità può essere garantita

solo in presenza di una effettiva condivisione di informazione e di trasparenza dei rapporti¹⁶¹.

Strumento essenziale per il raggiungimento degli obiettivi della riforma della previdenza complementare è, quindi, la previsione di un assetto che garantisca l'uniformità delle regole in vigore per tutte le forme pensionistiche complementari e l'omogeneità del sistema di vigilanza sull'intero settore.¹⁶²

Così, il D. Lgs. n. 252 del 2005 provvede ad uniformare tutte le forme pensionistiche, prevedendo l'applicazione di regole omogenee in materia di trasparenza e confrontabilità dei costi e dei risultati e di modalità di autorizzazione nonché la sottoposizione di tutte le forme pensionistiche alla vigilanza della COVIP¹⁶³ (Commissione di vigilanza sui Fondi Pensione).

Orbene, l'art. 18, comma 2, del D. Lgs. 252/05 stabilisce che la COVIP ha il compito di *«perseguire la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione delle forme pensionistiche complementari, avendo riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare...»*.

¹⁶¹ R. PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 325 ss.

¹⁶² Pertanto, il Legislatore del 2005 ha ritenuto di dover ricondurre ad unità il sistema di vigilanza, individuando nella COVIP l'unico soggetto cui demandare le relative funzioni *«a prescindere dalla tipologia di forma ed indipendentemente dalla natura del soggetto gestore della forma in oggetto e con l'obiettivo ultimo di tutelare gli iscritti ed i beneficiari delle prestazioni e di garantire il buon funzionamento del sistema»*. Così, F. MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 827 ss. A livello internazionale è utile far notare che da parte del *Working party on private pensions* (WPPP) dell'OCSE, in collaborazione con l'*International Network for Pensions Regulators and Supervisors* (INPRS) vi è stata una tripartizione delle Autorità deputate al controllo della previdenza complementare: il modello “specialistico”, fondato su una o più autorità dedicate esclusivamente alla vigilanza dei fondi pensione, adottato in nazioni in cui vi è una maggiore “esperienza” in ambito delle pensioni integrative (Italia, regno Unito, Irlanda, Stati Uniti, Giappone, Messico, Svezia, Svizzera e Repubblica Slovacca); il modello “parzialmente integrato”, fondato su un'unica entità preposta alla vigilanza delle imprese di assicurazione e delle forme pensionistiche complementari, che sembra essere ormai un modello “in abbandono” anche alla luce del progressivo passaggio da modelli a prestazione definita a modelli a contribuzione definita, che sono più distanti da quelli assicurativi; il modello “integrato”, con un'unica istituzione responsabile della vigilanza su tutto il settore finanziario.

¹⁶³ Nella prima versione del D. Lgs. n. 124 del 1993 la COVIP era configurata come una struttura incardinata presso il Ministero del Lavoro, priva di personalità giuridica propria e con un limitato potere organizzativo interno. La Commissione non aveva il potere di autorizzare l'esercizio dei nuovi Fondi, prerogativa attribuita al Ministero del Lavoro.

La COVIP ha, peraltro, un potere generale di tipo normativo¹⁶⁴, che si esprime con l'emanazione di regolamenti, circolari, e disposizioni finalizzate ad orientare e disciplinare nel dettaglio l'operatività della previdenza complementare e lo sviluppo del mercato dei Fondi Pensione¹⁶⁵ e ad essa sono affidati poteri di controllo su tutti i momenti rilevanti della vita del Fondo¹⁶⁶, a partire dalla sua costituzione (approvazione della scheda informativa, approvazione dei regolamenti e degli statuti, autorizzazione all'esercizio dell'attività), durante lo svolgimento dell'attività (approvazione delle modifiche statutarie, controllo sulla gestione), fino allo scioglimento del Fondo (obbligo di comunicazione alla COVIP delle eventuali cause di squilibrio del Fondo, partecipazione nel processo di nomina del commissario liquidatore).

In altri termini, per assicurare la trasparenza¹⁶⁷ e la correttezza nella gestione e nell'amministrazione dei Fondi Pensione, la COVIP :

1) autorizza i fondi pensione ad esercitare la propria attività¹⁶⁸ e approva i loro statuti e regolamenti¹⁶⁹;

¹⁶⁴ Si tenga presente che nella definizione della normativa regolamentare di propria competenza, la COVIP compie preliminari verifiche in ordine al prevedibile impatto delle stesse, anche in termini di costi-benefici, valutando l'opportunità, in caso di significative innovazioni, di prevedere fasi iniziali di applicazione a carattere sperimentale.

E' assicurata, e periodicamente verificata, la chiarezza e la comprensibilità dei Provvedimenti di carattere generale adottati e degli Orientamenti interpretativi emanati, oltre che la loro diffusione tra i Fondi pensione.

¹⁶⁵ Si evidenzia come sia stata assegnata alla COVIP una posizione istituzionale di forte consistenza. Così, M. BESSONE, *I fondi pensione chiusi. «Fonti istitutive», regime delle autorizzazioni, disciplina di statuto della forma previdenziale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, II, 323 ss., il quale asserisce che, stabilendo che alla Commissione compete anche una valutazione sulla «compatibilità» dei contenuti statutari e regolamentari con i «provvedimenti di carattere generale» eventualmente da essa «emanati», si sia voluto «riconoscere alla Commissione di vigilanza consistenti poteri di normazione secondaria [...] integrati da proposizioni di moral suasion molto rilevanti in materia di regime statutario dei fondi pensione chiusi».

¹⁶⁶ I Fondi Pensione sono i soggetti verso i quali è, in primo luogo, rivolta l'attenzione della COVIP. Nel rapporto con gli stessi, la COVIP garantisce eguaglianza di trattamento, a parità di condizioni, impegnandosi ad agire in modo obiettivo, equo ed imparziale. I Fondi pensione sono informati delle decisioni che li riguardano e delle loro motivazioni. Inoltre, si consideri come la COVIP incoraggi l'adozione da parte dei fondi pensione di pratiche di investimento socialmente responsabile e si impegni, in linea generale, ad effettuare studi e approfondimenti sul ruolo dei fondi pensione in connessione al tema della responsabilità sociale delle imprese.

¹⁶⁷ L. SCIMIA, *I compiti della COVIP nella riforma della previdenza complementare italiana*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, III-IV, 808 ss., il quale asserisce che «la nozione di trasparenza che viene ora in gioco non è semplicemente limitata all'ambito dell'informativa sul singolo strumento (fondo pensione negoziale o aperto ovvero polizza assicurativa), ma viene espressamente estesa alla confrontabilità tra i vari prodotti, [...] alla comparabilità dei costi e dei risultati di gestione».

- 2) tiene l'albo dei fondi pensione autorizzati ad esercitare l'attività di previdenza complementare;
- 3) vigila sulla corretta gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile dei fondi pensione e sull'adeguatezza del loro assetto organizzativo;
- 4) assicura il rispetto dei principi di trasparenza nei rapporti tra i fondi pensione ed i propri aderenti¹⁷⁰;
- 5) cura la raccolta e la diffusione delle informazioni utili alla conoscenza dei problemi previdenziali e del settore della previdenza complementare¹⁷¹.

¹⁶⁸ Tale autorizzazione viene concessa solo se i Fondi si costituiscono nelle forme indicate nel paragrafo primo del presente capitolo: cioè come associazioni non riconosciute o come soggetti con personalità giuridica, mentre «è espressamente esclusa (art. 5 della L. n. 335 del 1995) la possibilità di autorizzare all'esercizio nuovi fondi aziendali nella forma del patrimonio interno al complessivo patrimonio aziendale. Detto potere di preventiva autorizzazione riguarda anche i fondi aperti». Così, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007, 578 ss.

¹⁶⁹ La COVIP «approva statuti di Fondi Pensione negoziali (e regolamenti di Fondi Pensione aperti) a conclusione di un procedimento amministrativo espressamente inteso a verificare la ricorrenza dei requisiti del Fondo Pensione di cui al comma 3 dell'art. 4 - del D. Lgs n. 124 del 1993 – e delle altre condizioni richieste». Così, M. BESSONE, *I fondi pensione chiusi. «Fonti istitutive», regime delle autorizzazioni, disciplina di statuto della forma previdenziale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, II, 322 ss.

¹⁷⁰ In particolare, ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. g. del D. Lgs. n. 252 del 2005, la COVIP «detta disposizioni volte a garantire la trasparenza delle condizioni contrattuali di tutte le forme pensionistiche complementari, al fine di tutelare l'adesione consapevole dei soggetti destinatari e garantire il diritto alla portabilità della posizione individuale tra le varie forme pensionistiche complementari, avendo anche riguardo all'esigenza di garantire la comparabilità dei costi; disciplina, tenendo presenti le disposizioni in materia di sollecitazione del pubblico risparmio, le modalità di offerta al pubblico di tutte le predette forme pensionistiche, dettando disposizioni volte all'applicazione di regole comuni per tutte le forme pensionistiche complementari, sia per la fase inerente alla raccolta delle adesioni sia per quella concernente l'informativa periodica agli aderenti circa l'andamento amministrativo e finanziario delle forme pensionistiche complementari, anche al fine di eliminare distorsioni che possano arrecare pregiudizio agli aderenti; a tale fine elabora schemi per gli statuti, i regolamenti, le schede informative, i prospetti e le note informative da indirizzare ai potenziali aderenti a tutte le forme pensionistiche complementari, nonché per le comunicazioni periodiche da inoltrare agli aderenti alle stesse; vigila sull'attuazione delle predette disposizioni nonché, in generale, sull'attuazione dei principi di trasparenza nei rapporti con gli aderenti, nonché sulle modalità di pubblicità, con facoltà di sospendere o vietare la raccolta delle adesioni in caso di violazione delle disposizioni stesse».

¹⁷¹ Pertanto si consideri che La COVIP sta progressivamente ampliando gli strumenti d'informazione e di comunicazione verso l'esterno tenendosi anche al passo con l'evoluzione tecnologica.

Fino ad ora la COVIP ha espletato l'attività di comunicazione attraverso il servizio d'informazione agli utenti contattando l'Ufficio Relazioni con il pubblico è possibile acquisire informazioni e chiarimenti sull'attività istituzionale, avere notizie sulla effettiva iscrizione di un fondo all'Albo, di ricevere documentazione su provvedimenti ed orientamenti interpretativi definiti dalla Commissione – ed attraverso le pubblicazioni.

In merito a quest'ultime, si può agevolmente riscontrare una suddivisione delle stesse in “Relazione Annuale”, che illustra l'attività svolta nell'anno precedente, le questioni in corso, gli indirizzi e le linee programmatiche che la Commissione intende seguire; fornisce dati e informazioni sull'andamento della previdenza complementare; i “Bollettino”, che rappresenta la pubblicazione ufficiale della COVIP e riporta i provvedimenti di maggiore rilevanza adottati dalla Commissione nel

La COVIP inoltre ha il potere di formulare proposte di modifica legislativa in materia di previdenza complementare¹⁷².

Al fine di garantire l'esercizio della funzione di vigilanza, la COVIP dispone di poteri autoritativi nei confronti degli organi del Fondo, che può convocare presso di sé ed ai quali può ordinare la presentazione di comunicazioni periodiche, di dati e di documenti (art. 19, comma 4 del D. Lgs. n. 252 del 2005)¹⁷³.

Occorre, poi non trascurare l'elemento della collaborazione¹⁷⁴ della COVIP con le altre Autorità di vigilanza dei diversi settori (Banca d'Italia, ISVAP, CONSOB)¹⁷⁵. Difatti, al complessivo funzionamento del sistema della previdenza

trimestre di riferimento nonché altre notizie sull'attività istituzionale; e in "Quaderni tematici COVIP", nati dall'esigenza di valorizzare il bagaglio di esperienze e di conoscenze acquisito in COVIP, che raccolgono approfondimenti e riflessioni sul tema della previdenza complementare nonché studi di ricerca prodotti o promossi dalla Commissione

¹⁷² Pertanto, si sottolinei come dall'attuale quadro normativo, si evince «un'ampia potestà regolamentare» in capo alla COVIP. Così, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007, 578 ss.

¹⁷³ Per l'esercizio della vigilanza, la COVIP può «disporre che le siano fatti pervenire, con le modalità e nei termini da essa stessa stabiliti: a) le segnalazioni periodiche, nonché ogni altro dato e documento richiesti; b) i verbali delle riunioni e degli accertamenti degli organi interni di controllo delle forme pensionistiche complementari» (art. 19, comma 3 del Decreto in esame). Tra i poteri sanzionatori attribuiti alla COVIP, sulla scorta delle modifiche apportate al D. Lgs. n. 252 del 2005 dal decreto legislativo attuativo della Direttiva 2003/41/CE in tema di attività di supervisione degli enti pensionistici aziendali e professionali, si aggiunge il potere di inibire, fino ad un massimo di 60 giorni, l'attività della forma pensionistica. Si tratta di uno strumento teso a favorire la tutela dei diritti pensionistici degli aderenti alla forma pensionistica attraverso la tempestiva adozione di un provvedimento che, ancorché con effetti temporanei, impedisce la prosecuzione dell'attività in presenza di elementi che prefigurino la presenza di gravi violazioni. Così, F. MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 840 ss.

¹⁷⁴ Rileva al riguardo l'articolo 21 della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 " *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari* ", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 301 del 28 dicembre 2005 - Supplemento ordinario n. 208, alla cui stregua le Autorità amministrative indipendenti (Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP, COVIP ed Autorità garante della concorrenza e del mercato) sono tenute, «in ossequio al principio di leale collaborazione tra amministrazioni, a collaborare tra loro anche mediante lo scambio di informazioni per meglio esercitare le rispettive funzioni senza possibilità di opporsi reciprocamente il segreto d'ufficio». Così, F. MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 837 ss. . Si noti, invece come con le altre amministrazioni pubbliche italiane la COVIP collabora e coopera per lo scambio di informazioni nei limiti consentiti dal segreto d'ufficio. In particolare, essa promuove e facilita la partecipazione delle Associazioni maggiormente rappresentative (Abi, Ania, Assogestioni, Assoprevidenza, Assofondopensioni) e degli enti di settore (Mefop) organizzando anche incontri periodici. La loro collaborazione è di fondamentale importanza per l'esame di questioni di carattere generale relative al sistema della previdenza complementare.

¹⁷⁵ G. ZAMPINI, *La previdenza complementare : fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 316 ss. , il quale osserva come «le funzione di vigilanza al complesso network della previdenza complementare non si esauriscono nella COVIP; vengono, infatti, coinvolte altre authorities, rispetto alle quali si pongono alcuni delicati problemi di coordinamento». Ogni anno la COVIP trasmette al Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali una relazione sull'attività svolta, sulle questioni in corso e sugli indirizzi e le linee programmatiche che intende seguire e diffonde

complementare concorrono anche altre Amministrazioni pubbliche, Autorità di settore e vari organismi rappresentativi del settore economico e sociale^{176 177}.

Per quanto riguarda, poi, le delicate competenze della COVIP sui Fondi Pensione, per effetto del D. Lgs. n. 252 del 2005, la COVIP, ferme restando le attribuzioni già svolte sui fondi pensione negoziali, vede ampliate in modo significativo quelle sui fondi pensione aperti e sulle forme individuali e diviene titolare di una serie di competenze nuove sulle forme pensionistiche individuali e su alcune categorie di fondi pensioni preesistenti prima sottratte alla propria vigilanza¹⁷⁸.

informazioni sull'andamento del settore della previdenza complementare. La relazione viene poi trasmessa dal Ministro, con le proprie eventuali osservazioni, al Parlamento. Così, A. SGROI, *La previdenza complementare*, in AA. VV. (a cura di), *Manuale di diritto previdenziale*, Napoli, 2007, 305 ss., il quale evidenzia come l'«attività della COVIP si svolge sotto la vigilanza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Ministero che esercita altresì attività di alta vigilanza nel settore della previdenza complementare, mediante l'adozione, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, di direttive generali alla COVIP, volte a determinare le linee di indirizzo in materia di previdenza complementare».

¹⁷⁶ In particolare, la COVIP collabora e coopera a livello nazionale con: il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e il Ministero dell'Economia e delle Finanze. La Banca d'Italia, la CONSOB, l'ISVAP e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. In aggiunta, a livello internazionale collabora e coopera con tutte le Istituzioni e le Autorità attive sui temi della previdenza complementare.

In particolare, in ambito europeo è membro del CEIOPS (il Comitato europeo delle Autorità divigilanza sulle assicurazioni e sui fondi pensione), e dell'INPRS (International Network of Pension Regulators and Supervisors), e partecipa ai lavori dell'OCSE (l'Organizzazione di cooperazione e di sviluppo economico), con particolare riferimento al Working Party on Private Pensions.

Inoltre, contribuisce ai lavori dei Gruppi di esperti istituiti presso il Consiglio Europeo per la valutazione delle proposte di direttive in materie attinenti ai fondi pensione, nonché ai lavori in sede di EUROSTAT.

Non va neanche trascurato il fatto che la COVIP ritenga utile l'interazione con le Regioni, anche in considerazione del quadro costituzionale risultante dalla nuova ripartizione delle competenze operata dalla riforma del Titolo V della Costituzione, al fine di favorire lo sviluppo delle iniziative regionali in materia di previdenza complementare e di collaborare alla concreta evoluzione delle potenzialità dell'intervento regionale nel settore

¹⁷⁷ A tal fine, la COVIP reputa opportuno sviluppare un canale informativo con le Regioni. In particolare, il confronto con le Regioni può risultare particolarmente proficuo anche per la realizzazione di interventi sul territorio regionale volti a favorire la crescita di una educazione finanziaria e previdenziale della popolazione, con iniziative che favoriscano la comprensione delle esigenze alla base dell'attuazione di programmi pensionistici complementari, nonché lo sviluppo di forme di consulenza per coloro che intendano aderire, o anche abbiano già aderito, a forme di previdenza complementare.

Inoltre, la COVIP reputa assai utile un dialogo con le Regioni per la possibile realizzazione in sede regionale di misure di sostegno nei confronti degli aderenti ai fondi pensione e di momenti di raccordo con i fondi pensione stessi, anche al fine di perseguire un adeguato standard di servizi offerti agli aderenti.

¹⁷⁸ Il D. Lgs. n. 252 del 2005, difatti riporta in capo alla COVIP le funzioni di controllo della trasparenza delle condizioni contrattuali dei Fondi Pensione aperti, precedentemente affidate alla CONSOB, nonché la vigilanza sui comportamenti delle forme pensionistiche individuali attuate tramite contratti di assicurazione sulla vita (c.d. PIP), in origine attribuita all'ISVAP. Così, F.

In particolare, con riferimento ai fondi aperti e alle forme individuali, vengono attribuite alla COVIP le competenze in materia di regolamentazione e vigilanza sulle modalità di offerta al pubblico sia per la fase di raccolta delle adesioni sia per quella relativa all’informativa periodica durante il rapporto di partecipazione.

Per quanto concerne, poi, le forme pensionistiche individuali, viene assegnato alla COVIP il potere di approvare il regolamento di tali forme richiesto dalla nuova normativa a corredo del contratto di assicurazione e necessario per l’iscrizione anche di tali forme nell’albo tenuto dalla COVIP.

Infine, vengono assoggettati alla vigilanza della Commissione le forme preesistenti istituite all’interno di enti, società o gruppi sottoposti ai controlli in materia di esercizio della funzione creditizia e assicurativa attualmente sottoposte alla vigilanza delle Autorità che esercitano i controlli sul soggetto al cui interno la forma è costituita.

Alla Commissione viene anche demandato il compito di indirizzare i soggetti vigilati nell’adeguamento alle nuove disposizioni mediante l’adozione di specifiche direttive destinate a tutte le forme pensionistiche.

In sintesi e per riprendere il *fil rouge* della presente trattazione, si osservi come *«se il sistema intende rafforzare le opportunità e la tutela degli iscritti – sia in fase di adesione sia nel prosieguo del rapporto previdenziale – assicurando la concorrenzialità delle forme complementari attraverso la definizione di regole comuni in materia di trasparenza, comparabilità e portabilità della posizione previdenziale, la valorizzazione dell’autonomia individuale in queste scelte non può che essere supportata dall’azione regolatrice e di vigilanza di un organismo indipendente, quale è la COVIP¹⁷⁹»*.

Vi è invero la necessità di attribuire al singolo la possibilità di “capire” per “poter scegliere” il fondo previdenziale che ritiene più concorrenziale.

Appare quindi, oggi più che mai, necessaria ed opportuna la centralità del ruolo della COVIP nel sistema di previdenza complementare e, soprattutto, la sua duplice funzione di garante della stabilità e della trasparenza del sistema. Invero, qualora

MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 827 ss.

¹⁷⁹ L. SCIMIA, *I compiti della COVIP nella riforma della previdenza complementare italiana*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 2006, III-IV, 816 ss.

mancasse un approccio unitario alla materia (ad esempio con una scissione delle funzioni della COVIP in più Autorità o con l'affidamento della funzione di vigilanza sui rischi di stabilità finanziaria in un'unica Autorità dedicata non solo al “mercato” dei Fondi pensioni, ma a tutto il mercato) si rischierebbe di perdere di vista il fatto che il “settore” della previdenza complementare é del tutto “particolare” (alla luce della specificità degli accordi di previdenza complementare, della modalità di finanziamento etc.) e funzionalmente collegato a quello della previdenza pubblica, il che determina necessariamente un “impatto sociale” che rende opportuna la presenza di una unica Authority a ciò espressamente ed esclusivamente deputata.

Non solo. Rispetto ad altri settori “di investimento”, quello della previdenza complementare necessita di una Autorità dedicata anche in ragione del carattere in un certo senso “pubblicistico” della medesima, così come confermato dalle agevolazioni fiscali gravanti sulla finanza pubblica.

Il ruolo della COVIP deve, invero, porsi a metà tra garante della trasparenza finanziaria e della impronta solidaristica del sistema di previdenza complementare¹⁸⁰.

É possibile, però, che una eccessiva ingerenza della COVIP determini, sostanzialmente, una mortificazione del ruolo degli stessi “operatori”. Spieghiamoci meglio. Un eccessivo protagonismo della COVIP in materia di regolamentazione secondaria determina necessariamente una omogenizzazione delle “condizioni” del mercato e cioè, tutti i soggetti interessati che doverosamente si dovranno adeguare a quelli che sono i precetti indicati dalla COVIP (ad esempio in materia di fonti istitutive e attraverso la redazione di schemi tipo di statuto e di regolamenti troppo rigidi) potranno, in misura sempre minore, differenziare i comportamenti degli uni da quelli degli altri e, conseguentemente, dovranno adottare scelte uniformi.

É ovvio rilevare che un'eccessiva uniformità di comportamenti non può che determinare un abbassamento del livello di concorrenzialità, atteso che scegliere un fondo piuttosto che un altro determinerebbe “conseguenze” simili.

Anche il rischio di un “abbassamento” del livello di concorrenzialità del sistema della previdenza complementare appare (nonostante le intenzioni del

¹⁸⁰ Come sembra essere confermato anche dalla Direttiva del Ministero del Lavoro del 28 aprile 2006.

legislatore) un “prezzo” comunque ragionevole proprio alla luce della funzione solidaristica che la previdenza complementare deve assumere nel nostro sistema.

Invero, sarebbe “inaccettabile” una rilevante ingerenza della COVIP “nella” previdenza complementare se si volesse concepire la previdenza complementare come un mero strumento del mercato finanziario.

Condividere la forte ingerenza della COVIP nella nascita e nella “vita” dei fondi pensioni significa necessariamente ammettere che la previdenza complementare è e deve rimanere comunque riferita al comma 2 dell'art. 38 Cost.

Sempre in tema di disciplina delle fonti istitutive dei Fondi pensione potrebbe ritenersi che se il Legislatore del 1993 aveva affidato alla autonomia collettiva il compito di vigilare sulla tutela delle finalità solidaristiche legate alla previdenza complementare, il Legislatore del 2005 ha preferito, da un lato, equiparare le varie forme pensionistiche per tentare di aumentare il livello di concorrenzialità del sistema, ma, allo stesso tempo, affidare alla COVIP un forte ruolo di eterodeterminazione delle “regole” secondarie del sistema, al fine di garantire la tutela di interessi che non sono solo di carattere finanziario, ma anche - e soprattutto - di tutela solidaristica, in ottemperanza all'art. 38, comma 2, Cost.

Capitolo III

Il sistema di finanziamento della previdenza complementare e il tema della portability

Sommario

A. Premessa

B. Sulla disciplina del finanziamento e, in particolare, sulla determinazione della “misura” delle somme da destinare alla previdenza complementare

C. Libertà di adesione e libertà di scelta del soggetto nel nuovo sistema di finanziamento della previdenza complementare: conferimento espresso e conferimento tacito del TFR

D. Sui “risultati” raggiunti: la previdenza complementare è effettivamente “decollata”?

E. Sulla “mobilità” tra le forme pensionistiche: la nuova “portabilità”

F. Sempre in tema di portabilità: sul trasferimento delle quote del TFR e del contributo datoriale

G. Sull'impossibilità di uscita dal sistema della previdenza complementare e sulle ipotesi di riscatto

A. Premessa

Il sistema di finanziamento della previdenza complementare è stato sensibilmente innovato dal D. lgs. n. 252 del 2005, il quale ha introdotto forti elementi di novità rispetto alla disciplina previgente.

È necessario svolgere una precisazione preliminare. La già menzionata scelta del Legislatore di continuare ad attribuire alla previdenza complementare il “*connotato della facoltatività*”¹⁸¹ determina, anche nella fase del finanziamento, l'instaurarsi di una peculiare dialettica tra autonomia individuale ed autonomia collettiva.

Proprio sul campo del finanziamento, invero, emerge in modo drastico (e in alcuni casi contraddittorio) la scelta del Legislatore del 2005 di definire soluzioni legislative idonee, da un lato, ad offrire all'individuo elastici e duttili strumenti volti a raccogliere “masse critiche” di risorse economiche sufficienti ed a stimolare la concorrenza tra Fondi e, dall'altro, a garantire la partecipazione della autonomia

¹⁸¹ M. CINELLI – S. GIUBBONI, *La disciplina del finanziamento*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, a cura di M. CINELLI, Milano, 2010, 252.

collettiva come “garante” del rispetto della funzione solidaristica e mutualistica della previdenza complementare¹⁸².

In generale, è possibile affermare che, ai sensi dell'art. 8, D. lgs. n. 252 del 2005, il finanziamento si attua attraverso il versamento di somme di denaro da parte dei lavoratori (o degli aderenti), dei datori di lavori e dei committenti.

Il sistema di finanziamento è “influenzato” dal fatto che l'adesione al sistema di previdenza complementare è vincolato dalla (libera) scelta dell'individuo di aderirvi. Tale principio, già enunciato dal testo originario del D. lgs. n. 124 del 1993, è stato ribadito con la riforma attuata dal D. lgs. n. 252 del 2005.¹⁸³

Invero, sebbene la contrattazione collettiva rappresenta il motore primo della previdenza complementare, è sempre necessaria l'iniziativa del singolo lavoratore perché si attivino, in suo favore, regimi pensionistici integrativi a quello pubblico.

Almeno in linea generale è possibile affermare che, anche quando la fonte della forma di previdenza complementare è un contratto o un accordo collettivo, l'adesione non discende dall'appartenenza ad una delle organizzazioni che hanno stipulato l'accordo¹⁸⁴.

Il nuovo testo introduce, però, un'innovazione di assoluta portata e, cioè, stabilisce che l'individuo non è solo “libero” di scegliere “se” aderire alla previdenza complementare, ma anche di scegliere “a quale” forma pensionistica aderire¹⁸⁵, così come di “trasferire” la posizione previdenziale da una forma pensionistica ad un'altra.¹⁸⁶

Parte della dottrina riduce tale spazio della autonomia individuale laddove la

¹⁸² M. CINELLI – S. GIUBBONI, *L'inquadramento sistematico delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, a cura di M. CINELLI, Milano, 2010, 40.

¹⁸³ Il tema della libertà d'adesione e della sua permanenza nel tempo rimane forse quello di maggior rilevanza se si considera come essa incida in modo diretto su tutte le problematiche del finanziamento e sulla stessa valutazione della congruità delle agevolazioni fiscali. Così, R. PESSI, *La previdenza complementare tra legge e contratto*, in R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 113 ss.

¹⁸⁴ P. BOER, *La previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1998, 310 ss.

¹⁸⁵ D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 124 ss.

¹⁸⁶ Tali libertà sono riconosciute dal D. Lgs. n. 252 del 2005, in attuazione del principio di equiparazione delle forme pensionistiche complementari sancito dall'art. 1, comma 2, lett. e, n. 4 della legge delega n. 243 del 2004.

previdenza complementare sia riferibile, quanto alla sua origine, ad un atto di autonomia collettiva¹⁸⁷ e vi siano dei comportamenti inerziali dell'individuo (come ci si appresta ad approfondire in seguito).

Altra parte della dottrina sostiene, invece, che «*se all'inizio la libertà stava soprattutto a significare libertà di scegliere se aderire o meno, sulla base della nuova normativa a questa libertà, si aggiunge anche la libertà di scegliere fra vari sbocchi una volta che si scelga di aderire*¹⁸⁸».

In sostanza, è da verificare se il maggior peso che - innegabilmente - la riforma previdenziale attribuisce all'individuo abbia definitivamente fatto tramontare il ruolo dell'autonomia collettiva in tema di finanziamento della previdenza complementare e di disciplina della portabilità dei contributi versati.¹⁸⁹

Ad ogni buon conto - e prima di affrontare il tema centrale della questione - è opportuno ricordare che, anche in tema di finanziamento della previdenza complementare e di portabilità della posizione, il Legislatore si è “preoccupato” di cercare di assicurare un maggior livello di concorrenzialità.

Invero, la maggiore libertà - soprattutto in tema di libertà di scelta e di portabilità della posizione - è volta a ottimizzare le attività dei Fondi pensione che avranno interesse a rendere “appetibili” i loro rendimenti per aumentare il numero degli aderenti e per impedire che essi “trasmigrino” verso altri Fondi¹⁹⁰.

*** **

B. Sulla disciplina del finanziamento e, in particolare, sulla determinazione della “misura” delle somme da destinare alla previdenza complementare

In tema di finanziamento della previdenza complementare, l'art. 8, comma 2, del D. lgs. n. 252 del 2005 stabilisce la facoltà per tutti i lavoratori di determinare

¹⁸⁷ R. PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 325 ss.

¹⁸⁸ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 184 ss.

¹⁸⁹ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Working paper C. S. D. L. E. “Massimo D’Antona”*, 2007, 62, 16 ss.

¹⁹⁰ Così, M. PROCOPIO, *D. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 recante “Disciplina delle forme pensionistiche complementari”*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, I, 211 ss.

liberamente l'entità della contribuzione a proprio carico¹⁹¹.

Invero, l'individuo può decidere di conferire una parte della retribuzione al Fondo di previdenza complementare e di determinare la misura della contribuzione.

Sotto questo profilo, quindi, vi è una prevalenza dell'autonomia del singolo che può determinare il *quantum* della propria contribuzione.

A ciò sia aggiunta che l'art. 8, comma 2, del D. lgs. n. 252 del 2005 prevede che per i lavoratori che aderiscono a forme collettive di previdenza complementare «*le modalità e la misura minima della contribuzione a carico del datore di lavoro e del lavoratore stesso possono essere fissati dai contratti e dagli accordi collettivi, anche aziendali*».

Se, quindi, vi è autonomia da parte dell'individuo nel determinare l'entità della retribuzione, all'autonomia collettiva è lasciata la facoltà di determinare le modalità e la misura minima (ad esempio in misura fissa per percentuale della retribuzione o dei compensi) della stessa.

L'utilizzo del verbo “potere” sembra determinare «*la non essenzialità del contratto collettivo nel sistema di finanziamento*¹⁹²».

Diversamente dal passato, quindi, il contratto collettivo non potrà più¹⁹³

¹⁹¹ Seppur il settore del pubblico impiego non voglia essere oggetto della presente disamina, merita sottolinearsi che, come già esposto, l'art. 23, comma 6, del D. lgs. n. 252 del 2005 prevede che, ai dipendenti pubblici, fino alla entrata in vigore del “decreto legislativo di attuazione” della delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. P), L. n. 243 del 2004, si applica la precedente disciplina. I motivi della differenziazione delle discipline per il lavoro pubblico e per il lavoro privato si sostanziano nella qualità delle fonti istitutive e, soprattutto (ed è ciò che interessa al momento) nelle “caratteristiche” del finanziamento. Nella sostanza i Fondi dei pubblici dipendenti possono, in forza del D. lgs. n. 165 del 2001, essere istituiti solo in sede di contrattazione collettiva nazionale di comparto o da quella di secondo livello solo in caso di una espressa norma di rinvio. A ciò si aggiunga che tale modello determina che solo in sede di determinazione del trattamento economico può essere definita la contribuzione ai Fondi e, conseguentemente, qualora non vengano previste erogazioni specifiche i Fondi non avranno alcun finanziamento. Tali peculiarità, insieme alla particolare disciplina del Trattamento di fine servizio (poi sostituito dal TFR) e alla esiguità delle risorse hanno determinato un lungo periodo di immobilismo della previdenza complementare nel settore del pubblico impiego. Solo con l'accordo quadro tra ARAN e organizzazione sindacali del 29 luglio 1999 si è determinato un certo e timido “avvio” della previdenza complementare del pubblico impiego. V. A. ALAIMO, *La previdenza complementare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2003, pag. 139.

¹⁹² A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 181 ss.

¹⁹³ Si consideri, infatti, che il regime precedente, era viceversa caratterizzato da una penalizzante «*completa eterodeterminazione da parte delle fonti istitutive dell'entità della contribuzione*». Così, L. FRANCARIO, *La ridefinizione della governance nei fondi pensione con pluralità di forme previdenziali*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 345 ss. . Secondo quanto chiarito dalla COVIP con delibera del 18 giugno 1997 (*Orientamenti in*

sottrarre spazi alle libere scelte di incremento delle quote di risparmio con funzione previdenziale del lavoratore.

Il lavoratore può, quindi, decidere di destinare quota parte della propria retribuzione oltre la (eventuale) soglia minima prevista dal contratto collettivo¹⁹⁴.

Come si andrà ad analizzare nel prossimo paragrafo, il lavoratore potrà altresì decidere di finanziare il Fondo con il conferimento del proprio TFR (anzi è proprio su tale modalità di finanziamento che il Legislatore del 2005 ha riposto le maggiori aspettative di successo della riforma).

È necessario chiarire da subito, però, che il lavoratore può aderire a forme di previdenza complementare (versando ad esempio una parte della propria retribuzione) e, contestualmente, decidere di mantenere presso l'azienda gli accantonamenti del TFR.

Anche in caso di conferimento (esplicito o tacito) del TFR (art. 8, comma 10, D. Lgs. n. 252 del 2005), si può agevolmente riscontrare che non è dovuta da parte del datore di lavoro e del lavoratore alcuna (necessaria) ulteriore contribuzione e, in particolare, il lavoratore potrà decidere (o meno) di destinare una parte della sua retribuzione alla forma pensionistica prescelta in modo autonomo ed anche in assenza di contratti collettivi;¹⁹⁵ il datore di lavoro potrà, a sua volta, pur in mancanza di previsioni collettive, decidere di contribuire alla forma di previdenza complementare alla quale il dipendente ha già aderito e deciso di versare il proprio contributo qualora il lavoratore decida di scegliere un fondo diverso da quello

materia statutaria per i Fondi pensione di origine contrattuale o regolamentare), al lavoratore associato era, infatti, precluso di «incrementare la contribuzione a proprio carico oltre la misura della contribuzione obbligatoria al Fondo, in assenza di indicazioni delle fonti istitutive e statutarie che ne fissino contestualmente limiti e modalità».

¹⁹⁴ P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2007, I, 64 ss.

¹⁹⁵ M. PROCOPIO, *D.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 recante "Disciplina delle forme pensionistiche complementari"*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, I, 212 ss., il quale rileva come la facoltà in parola rappresenti novità di assoluto rilievo rispetto al previgente sistema. «Incomprensibile appariva, in verità, la ragione per la quale doveva precludersi la possibilità per l'aderente di eseguire versamenti ulteriori rispetto a quelli previsti dagli accordi collettivi. Veniva in tal modo a vietarsi all'iscritto la possibilità di effettuare un meritevole investimento previdenziale che avrebbe potuto consentirgli di mantenere, da pensionato, un inalterato tenore di vita». L'autore prosegue, asserendo che «la libera determinazione delle contribuzioni ai Fondi pensione è inoltre coerente con la ratio della previdenza complementare: ad un più elevato livello di finanziamento corrisponde infatti una maggiore prestazione previdenziale complementare e quindi il perseguimento degli obiettivi cui è diretta la disciplina dei Fondi Pensione».

negoziale¹⁹⁶.

Sotto questo profilo, vi è una maggiore libertà individuale, del sistema di finanziamento della previdenza complementare riformata.

Ciò potrebbe determinare sensibili conseguenze nella dialettica tra autonomia individuale ed autonomia collettiva, atteso che lo “sbilanciamento” posto a favore della volontà del lavoratore e del datore possa determinare finalizzazioni degli accantonamenti diverse da quelle prefigurate dalla stessa contrattazione collettiva.¹⁹⁷

*** **

C. Libertà di adesione e libertà di scelta dell'individuo nel nuovo sistema di finanziamento della previdenza complementare: conferimento espresso e conferimento tacito del TFR

Al fine della disamina relativa all'analisi degli equilibri tra autonomia individuale e autonomia collettiva in tema di previdenza complementare “riformata”, sembrerebbe che la disciplina del finanziamento e del conferimento del TFR sia la *Waterloo* per il ruolo fino a ieri assunto dalla autonomia collettiva.

Vi è, invero, la diffusa opinione secondo cui la disciplina stabilita dal Legislatore del 2005 in tema di modalità di conferimento del TFR mostri apertamente la «*tendenziale individualizzazione del sistema di finanziamento*»¹⁹⁸.

Vi è, inoltre, un (quasi) unanime orientamento secondo cui la libertà di scelta attribuita al lavoratore in ordine alla destinazione previdenziale del TFR, e soprattutto il suo smobilizzo verso le forme di previdenza complementare individuale, costituisca la più significativa “novità” del D. lgs. n. 252 del 2005 e il più spiccato elemento da cui dedurre la preferenza ad una visione “individualizzatrice” della previdenza complementare riformata.¹⁹⁹

La (tanto pubblicizzata) novità rispetto a quanto stabilito dal D. lgs. n. 124 del

¹⁹⁶ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Working paper C. S. D. L.E. “Massimo D’Antona”*, 2007, 62, 19 ss.

¹⁹⁷ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 182.

¹⁹⁸ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 176 ss. V. anche G. SIGILLO' MASSARA, *Ammortizzatori sociali di Fonte collettiva e Fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008, 44 e ss. sul rapporto tra previdenza complementare, devoluzione del TFR e ammortizzatori sociali.

¹⁹⁹ S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 352 ss.

1993 consiste nel fatto che il lavoratore può esprimere la volontà di conferire il TFR maturando alla forma di previdenza complementare “preferita” a prescindere dalle scelte (magari già compiute) dall'autonomia collettiva.²⁰⁰

Così letta, non vi è dubbio che sembrerebbe del tutto depauperato di qualsiasi significatività il ruolo (fino ad ieri) assunto dalla autonomia collettiva.

Il D. lgs. n. 252 del 2005 consente, in realtà, al lavoratore di scegliere liberamente le modalità di conferimento del TFR maturando alla previdenza complementare, di scegliere il Fondo cui destinare detto conferimento e di decidere di mantenere il TFR “in azienda”.

Parte della dottrina ha invero espressamente sostenuto che si sarebbe verificato «*il passaggio da un mix di autonomia collettiva ed individuale, che prevalentemente caratterizza l'assetto delineato dal D. Lgs. n. 124 del 1993, ad un mix di regolamentazione legislativa, che non rinvia più alla necessaria mediazione del contratto collettivo, e di autonomia individuale*²⁰¹».

In realtà, tali conclusioni se sembrano pienamente condivisibili con riferimento al conferimento esplicito del TFR alla previdenza complementare, sembrano molto meno convincenti in tema di conferimento tacito.

Non vi è dubbio, invero che, per quanto concerne la destinazione previdenziale del TFR²⁰², la libertà di adesione si traduce con la libertà individuale di scelta (anche

²⁰⁰ Per brevità espositiva, ci si riferisce qui al lavoratore cui si applica interamente la nuova disciplina sul conferimento, esplicito o tacito, del t.f.r. , ex art. 8, comma 7, lett. *a e b* del D. Lgs. n. 252 del 2005; il Decreto in questione contempla, peraltro, come noto, alla lettera *c* della medesima disposizione, una articolata griglia di previsioni transitorie per i lavoratori di prima iscrizione alla previdenza obbligatoria in data antecedente al 29 aprile 1993.

²⁰¹ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 176 ss.

²⁰² Secondo alcuni, S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Informazione previdenziale*, 2007, 1, 14, più che di libertà di scelta di destinazione del TFR alla previdenza complementare, è possibile ritenere che il Legislatore incentivi in modo esplicito la destinazione del TFR alla previdenza complementare. Ciò sarebbe confermato dalla legge finanziaria del 2007 (L. n. 296/2006), che ha istituito, presso la Tesoreria dello Stato, un “*Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile*”. Il Fondo ha la funzione di garantire ai lavoratori del settore privato dipendenti da datori che occupino almeno 50 dipendenti l'erogazione del TFR per la quota corrispondente ai versamenti pari, appunto, alla quota di cui all'art. 2120 c.c. al netto del contributo di cui all'art. 3, ultimo comma, L. n. 297/1982, maturata a decorre dal 1° gennaio 2007 e non destinata alle forme prevenzionistiche complementari. A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 179 ss. ; si veda, inoltre, M. CINELLI, C. A. NICOLINI, *La manovra finanziaria per il 2007: smembramento e metamorfosi del trattamento di fine rapporto*, in

sulla individuazione del Fondo) del lavoratore, senza alcuna mediazione dell'autonomia collettiva.

Pertanto, l'adesione espressa alla previdenza complementare con il conferimento del TFR non incontra e non può incontrare alcun limite che non sia quello (già noto nella previgente disciplina) della volontà individuale del lavoratore di non aderire al secondo pilastro pensionistico.²⁰³

Tale conclusioni non sembrano, però, condivisibili in tema di conferimento tacito del TFR alla previdenza complementare, in quanto il ruolo dell'autonomia collettiva sembra essere, sotto questo profilo, di assoluto rilievo.²⁰⁴

Innanzitutto, è da rilevare che l'introduzione del meccanismo di devoluzione tacita è una ulteriore (almeno sotto alcuni profili) novità del D. lgs. n. 252 del 2005.

Con ogni probabilità, il Legislatore - ben consapevole che nell'ambito delle scelte previdenziali i comportamenti inerziali assumono la massima rilevanza²⁰⁵ - ha deciso, nel tentativo di addivenire ad un effettivo decollo della previdenza complementare, di affidarsi alle scelte "tacite" dei lavoratori.

Orbene, diversamente da quanto già rilevato in tema di conferimento espresso, il Legislatore sembra, però, avere rinnegato se stesso, tanto è vero che parte della dottrina è arrivata ad affermare che il conferimento tacito del TFR si traduce in "una sorta di via italiana all'obbligatorietà"²⁰⁶ o definisce "un sistema quasi obbligatorio di iscrizione".²⁰⁷

Rivista italiana di diritto del lavoro, 2007, I, 7 ss.

²⁰³ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 179 ss. ; si veda, inoltre, M. CINELLI, C. A. NICOLINI, *La manovra finanziaria per il 2007: smembramento e metamorfosi del trattamento di fine rapporto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, I, 7 ss.

²⁰⁴ P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del t.f.r. al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 176 ss. , il quale sottolinea come «il conferimento esplicito esalta le connotazioni liberiste dell'impianto normativo, il conferimento tacito evolve nella direzione opposta».

²⁰⁵ Sul modesto sviluppo della previdenza complementare in Italia rispetto ad altre esperienze europee, v. G. AMATO, M MARE', *Le pensioni. Il pilastro mancante*, Bologna, 2001 e M. MESSORI, *La previdenza complementare in Italia: un quadro introduttivo*, in Messori (a cura di), *La previdenza complementare*, pag. 38.

²⁰⁶ P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2007, I, 57.

²⁰⁷ G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2006, 979. Quantunque sia stato autorevolmente sostenuto che questa modalità di adesione «non appare destinata ad incidere sul principio di facoltà

Invero, si è sottolineato che mentre «*il conferimento esplicito esalta le connotazioni liberiste dell'impianto normativo, il conferimento tacito evolve nella direzione opposta*»²⁰⁸.

E' opportuno ricordare che, nella vigenza del D. lgs. n. 124 del 1993, nonostante una parte della dottrina²⁰⁹ avesse delineato la possibilità per un accordo collettivo di stabilire la devoluzione del TFR in assenza di una diversa manifestazione di volontà da parte del singolo, era prevalsa la tesi per cui era da escludere la facoltà, da parte dell'autonomia collettiva, di prevedere meccanismi di adesione come “semi automatici” alla previdenza complementare.²¹⁰

La disciplina di cui all'art. 8 del D. lgs. n. 252/05 prevede, invece, tale possibilità e, in ipotesi di silenzio del lavoratore, il TFR maturando sarà quindi

dell'adesione”; v. M. CINELLI, P. SANDULLI, *Riflessioni sul disegno di legge di delega n. 2145 in materia previdenziale*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2002, 516 ss. e M. CINELLI, P. SANDULLI, *Sugli emendamenti al disegno di legge di delega in materia previdenziale, e dintorni*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2003, 211, secondo cui «*la tecnica di opzione in parola*» – il silenzio assenso – è funzionale alla realizzazione del «*massimo di libertà delle scelte di investimento (rectius destinazione), ma nel contesto di una necessaria, inderogabile, partecipazione al sistema*». Contra M. BESSONE, *L'adesione ai Fondi Pensione. Disciplina del contratto, rapporto obbligatorio e recesso «per giusta causa»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 70 e ss., il quale osserva che, anche in assenza di un regime di obbligatoria adesione a Fondi Pensione, «*già un ben congegnato regime di “presunzioni” della volontà di adesione in via di fatto consegue risultati non lontani da quel regime*». E delle stesso tenore v. R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2006, 81 ss., secondo cui «*evidentemente non [è] ancora raggiunto, ma comunque assai più vicino di quanto non lo fosse anteriormente all'introduzione del meccanismo del cosiddetto “silenzio-assenso” e talvolta ventilato come auspicabile anche nel corso del dibattito che ha preceduto l'approvazione della legge delega*». Sul meccanismo di conferimento tacito del TFR v. anche A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 593 ss., il quale asserisce autorevolmente che «*il cuore delle innovazioni legislative introdotte dal D. Lgs. n. 252 del 2005 risiede indubbiamente nella disciplina inerente la devoluzione del trattamento di fine rapporto ai Fondi Pensione. Non per nulla tale questione ha occupato il centro del dibattito politico-sindacale ed anche i primi contributi esegetici [...] vi si sono soffermati, sia dall'angolazione dell'analisi economica che da quella dell'analisi giuridica*». Ed ancora v. S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Working paper C. S. D. L. E. “Massimo D'Antona”*, 2007, 62, 11 ss.

²⁰⁸ P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del t.f.r. al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 176 ss.

²⁰⁹ P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Torino, 1995, 255 che riteneva possibile che le fonti istitutive disponessero “*per una iscrizione considerata alla stregua di un effetto naturale, ma non necessario, del contratto individuale, sottoposta a conferma o a disdetta entro un termine definito, in combinazione eventualmente con le modalità di effettuazione del primo prelievo contributivo*”

²¹⁰ M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 70.

necessariamente devoluto alla previdenza complementare²¹¹, ma - rispetto alla disciplina del conferimento esplicito - il meccanismo del conferimento tacito rimette al centro del sistema di funzionamento della previdenza complementare l'interesse collettivo²¹², e la “canalizzazione” del conferimento tacito del TFR è determinata dall'autonomia collettiva.²¹³

L'art. 8, comma 7, lett. B), nn. 1) e 2), del D. lgs. 252/2005 determina, in prima analisi, che il TFR maturando tacitamente conferito sarà devoluto alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi collettivi²¹⁴.

Non solo. Il D. lgs. n. 252 del 2005 prevede espressamente che l'autonomia collettiva a livello aziendale è titolare del “potere” di stabilire una destinazione diversa da quella stabilita dall'accordo nazionale,²¹⁵ con ciò determinando una prevalenza dell'accordo aziendale su quello nazionale, con una applicazione “legislativa” del criterio di specialità volto alla soluzione dei conflitti tra diversi livelli di contrattazione collettiva²¹⁶.

É poi da sottolineare che il Legislatore del 2005 si preoccupa altresì di risolvere eventuali contrasti tra eventuali Fondi negoziali che incidono sul medesimo gruppo di aderenti, prevedendo che, in assenza di uno specifico accordo aziendale

²¹¹ Ovviamente, deve essere garantita al lavoratore un'idonea e completa informazione sugli effetti dei suoi comportamenti (o meglio della sua inerzia) così come peraltro previsto dallo stesso D. lgs. n. 252/05. V. P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del t.f.r. al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 255.

²¹² R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 359.

²¹³ P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del t.f.r. al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 183. A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, pag. 793. Si tiene, inoltre, a precisare che, in caso di conferimento tacito del TFR, l'investimento delle risorse, ai sensi dell'art. 8 comma 9, del D. lgs. n. 252 del 2005 debba avvenire “nella linea a contenuto più prudenziale, tale da garantire la restituzione del capitale e rendimento comparabili, nei limiti previsti dalla normativa statale e comunitaria, al tasso di rivalutazione del trattamento di fine rapporto”, così come peraltro confermato dalla COVIP, v. delibera del 28 giugno 2006, in *Gazz. Uff.*, 11 luglio 2006, n. 159. Tale scelta legislativa determina una difformità di tutela tra “conferenti espressi” e “conferenti taciti” difficilmente giustificabile, se non dalla mera consapevolezza che, in caso di conferimento espresso, i rischi di investimento da parte degli aderenti sarebbero, forse, più consapevoli.

²¹⁴ La destinazione alla forma pensionistica complementare costituita presso l'INPS può avvenire solo in via residuale.

²¹⁵ Laddove debba trattarsi di un accordo collettivo aziendale in senso stretto e proprio, non potendo trovare spazio forme di contrattazione individuale plurima.

²¹⁶ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 189.

selettivo (volto a chiarire gli ambiti di applicazione dei Fondi) il conferimento debba esser destinato alla forma pensionistica “*alla quale abbia aderito il maggior numero dei lavoratori dell'azienda*” (art. 8, comma 7, lett. B), n. 1).

Sempre l'art. 8 del D. lgs. n. 252 del 2005 stabilisce che, solo in assenza della possibilità di una canalizzazione del TFR attraverso le “scelte collettive”, vi sarà una devoluzione in favore del fondo residuale previsto dall'art. 8, comma 7, lett. B), n. 3, del D. lgs. n. 252/2005, e, cioè, del c.d. FONDINPS.²¹⁷

Anche tale previsione sembra essere stata adottata per auspicare una soluzione di carattere “collettivo” in caso di conferimento tacito del TFR.

In effetti, nella destinazione al FONDINPS del TFR vi è una “permanente temporaneità”, atteso che il lavoratore ha sempre diritto, in qualunque momento (e quindi anche in assenza dei requisiti di permanenza di cui all'art. 14 del D. lgs. n. 252/2005) di trasferire la relativa posizione presso altro fondo. Tale caratteristica fa emergere inequivocabilmente un certo disfavore verso la canalizzazione del TFR al FONDINPS, e un auspicio del Legislatore a che si possa “sempre” trovare una soluzione, anche (e soprattutto) a livello aziendale, che impedisca il transito “provvisorio” delle somme di denaro nel Fondo “pubblico”²¹⁸.

Ciò posto, lo studio delle “forme” della disciplina del conferimento tacito e del conferimento espresso in tema finanziamento della previdenza determina un distinguo profondo del ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale.

Se, invero, la disciplina del conferimento espresso del TFR alla previdenza complementare esalta senza dubbio il ruolo dell'autonomia individuale (e fa, di fatto, scomparire ogni rilevanza dell'autonomia collettiva), diversamente, in tema di conferimento “inespresso” del TFR, il ruolo dell'autonomia collettiva sembra essere ancora centrale, con particolare riferimento al livello collettivo aziendale che può autonomamente decidere “dove” destinare le quote di TFR, senza alcun intervento della legge e (ovviamente) della autonomia individuale.

*** **

²¹⁷ Così come istituito e regolamentato dal D.M. 30 gennaio 2007, in attuazione dell'art. 1, comma 765, della L. n. 296 del 2006.

²¹⁸ La destinazione del TFR al FONDINPS potrebbe altresì essere letta come il “primo passo” nella direzione della pubblicizzazione del TFR cioè di un suo concorso (diretto) alla integrazione del montante contributivo della pensione pubblica. G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2006, 976 ss.

D. Sui “risultati” raggiunti: la previdenza complementare è effettivamente “decollata”?

E' innegabile che la riforma della previdenza complementare ha investito molte delle sue aspettative in merito all' effettivo decollo del secondo pilastro previdenziale sull'auspicio che una gran quantità di lavoratori (attraverso un conferimento espresso o “perlomeno” tacito) devolvessero il TFR maturando ai Fondi.

D'altronde, come è noto, la volontà legislativa di “investire” il TFR nel secondo pilastro previdenziale si è scontrata, in modo esplicito²¹⁹, con il “desiderio” dei datori di lavoro di continuare a “trattenere” le somme di denaro a titolo di TFR presso le aziende, atteso che il TFR (come definito dal 1982) è stato ed è un'importante forma di “autofinanziamento”, che (perlomeno fino al 1993) erano le uniche titolate a gestire questo accantonamento forzoso di ricchezza.

Le aziende hanno invero sempre “concepito” il TFR come una sorta di prestito forzoso dei lavoratori ai datori di lavoro²²⁰ e, attraverso una serie di “giochi bilancistici”, hanno sempre gestito tale denaro fino al momento di cessazione del rapporto di lavoro dei dipendenti.

Sul punto, si rileva che la tabella²²¹ sottostante fornisce un'indicazione circa il “costo/opportunità” che il solo trasferimento del TFR all'esterno delle imprese implica per le medesime aziende.

²¹⁹ Si pensi a dibattito tra il Governo e Confindustria che ha accompagnato il processo di riforma e, in particolare, gli artt. 8 e 10 del D. lgs. n. 252 del 2005.

²²⁰ L. SCIMIA, *La previdenza complementare in Italia*, Firenze, 2008, pag. 107.

²²¹ Tratta da L. SCIMIA, *La previdenza complementare in Italia*, Firenze, 2008, pag. 108, la cui fonte è *Alcuni dati per le valutazioni sullo smobilizzo del TFR per i lavoratori dipendenti privati*, CERM (Competitività, Regolazione, Mercati), ottobre, 2006.

Numero addetti	Monte medio annuale ²²² (2004) accantonamenti TFR per impresa (valori espressi in Euro)
1-9	680,00
10-19	14.120,00
20-49	40.400,00
50-249	152.980,00
> 250	1.649.630,00

Dalla tabella si evince che il “costo/opportunità”, medio ponderato, per le imprese con meno di 50 dipendenti, che costituiscono il 99% del numero delle imprese sul suolo nazionale²²³, è pari ad una media di € 1.620,00 euro /annuo²²⁴.

Orbene, come già esposto, l'art. 8 del D. lgs. n. 252/05 attribuisce la facoltà di “deviare” tale “ricchezza” per vie diverse da quelle dell'accantonamento in azienda e tale scelta è devoluta alla volontà dell'individuo (che non è nella massima parte dei casi un “esperto”) il quale può decidere “se” conferire il TFR alla previdenza complementare o se “trattenerlo” nell'alveo della disciplina di cui all'art. 2120 c.c.

D'altronde la scelta non appare “facile” per nessuno. In merito al confronto tra i rendimenti offerti dai fondi pensioni (esclusi i fondi preesistenti) e il rendimento garantito dal TFR è possibile rilevare che i rendimenti (in un'analisi che copre l'arco temporale dal 2003 al 2010) determina, in linea di massima e con eccezioni più che

²²² Numero medio dei dipendenti per retribuzione annua lorda media per 6,91%. In merito al TFR, occorre specificare come questo ammontare cresca di anno in anno per effetto di due fattori: la nuova quota di TFR accantonata per l'ulteriore anno di lavoro trascorso e gli interessi riconosciuti sul TFR fino a quel momento accumulato. Per quanto riguarda il flusso annuale di TFR che viene accantonato, risulta espresso dalla formula: “Quota annua del TFR = retribuzione annua lorda : 13,5”. La quota che viene accantonata annualmente è pari a circa una mensilità, più precisamente corrisponde al 7,41% della retribuzione annua lorda; occorre però ricordare che lo 0,50% della retribuzione viene versato al Fondo di garanzia presso l'INPS, quindi il flusso annuo di TFR accantonato risulta in definitiva pari al 6,91% della retribuzione annua.

²²³ Al riguardo basti rilevare che in Italia, il 94,90% delle imprese ha meno di dieci dipendenti, contro il 93% della Francia, l'87,98% della Germania e il 92,37 della Area UE a 15 paesi. *Alcuni dati per le valutazioni sullo smobilizzo del TFR per i lavoratori dipendenti privati*, CERM (Competitività, Regolazione, Mercati), ottobre, 2006.

²²⁴ A ciò si aggiunga che al 31 dicembre di ogni anno, oltre all'accantonamento deve essere “aggiunta” la rivalutazione costituita da “un tasso dell'1,5% in misura fissa e dal 75% dell'aumento dell'indice dei prezzi al consumo... accertato dall'ISTAT, rispetto al mese di dicembre dell'anno precedente”V. art. 2120, comma 4, c.c.

rilevanti in periodi di stagflazione o difficoltà macroeconomica, un favore per i Fondi (si veda la tabella di seguito riportata)²²⁵.

Fondi pensione e PIP. Rendimenti netti per categorie di fondo/comparto (dati provvisori per il 2009; valori percentuali)							
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Fondi pensione negoziali	5,0	4,6	7,5	3,8	2,1	-6,3	8,5
Fondi pensione aperti	5,7	4,3	11,5	2,4	-0,4	-14,0	11,2
PIP "nuovi"							
Gestioni separate						- 3,5	-
Unit Linked						-24,9	16,5
Rivalutazione del TFR	2,8	2,5	2,6	2,4	3,1	2,7	2,0

La lettura della tabella dimostra che, in linea di massima, sarebbe preferibile la scelta di devolvere il TFR alla previdenza complementare, salvo nelle non rare e difficilmente prevedibili ipotesi di grave crisi economica finanziaria (vedere dati relativi agli anni 2007 e 2008).

Altrettanto vero, però, che, in un'ottica di risparmio, quale è, per più che condivisibili motivi, quella del "lavoratore medio" appare certamente condivisibile e prudente la scelta di non devolvere il TFR nei "più rischiosi" Fondi, ma di continuarlo a legare alla disciplina di cui all'art. 2120 c.c.

Ciò posto è altresì opportuno, al fine di capire se la previdenza complementare è effettivamente "decollata", verificare quante siano state le adesioni espresse o tacite alla previdenza complementare attraverso i meccanismi di cui all'art. 8, D. lgs. n. 252 del 2010.

Sul punto appare utile riportare quanto riferito, in data 29 aprile 2009, di fronte alla 11^a Commissione permanente del Senato della Repubblica (Lavoro, Previdenza sociale) dal Presidente della Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione²²⁶.

²²⁵ Tratta da COVIP, *La previdenza complementare – principali dati statistici, aggiornamento al dicembre 2009*, gennaio 2010.

²²⁶ A. FINOCCHIARO, *Indagine conoscitiva sulla disciplina delle forme pensionistiche complementari*, Senato della Repubblica, 11^o Commissione Permanente, (Lavoro, Previdenza Sociale), 21 aprile 2009.

Nonostante l'impegno profuso, anche a livello "pubblicitario", i risultati quantitativi, in termini di adesioni e di patrimonio accumulato, non sembrano essere stati del tutto soddisfacenti.

Invero, sul piano quantitativo la diffusione dei fondi pensione tra i lavoratori "resta insufficiente" atteso che il successo della riforma previdenziale "*è stato finora parziale*".

A fine marzo del 2009, le adesioni alla previdenza complementare sono stati pari a "*4,9 milioni di unità, con un incremento di oltre il 50 per cento rispetto alla fine del 2006, anno che precede l'attuazione della riforma*". Le adesioni dei lavoratori dipendenti del settore privato, maggiormente interessati dalla riforma, "*hanno raggiunto i 3,6 milioni, con un incremento pari a due terzi*".

Pur trattandosi di cifre importanti, tuttavia, in rapporto al totale dei soggetti potenzialmente interessati, questi risultati non possono dirsi soddisfacenti: infatti "*gli occupati totali sono attualmente 23 milioni circa, i lavoratori dipendenti del settore privato direttamente coinvolgibili dalla riforma del TFR sono stimati in oltre 12 milioni*", mentre una significativa diffusione della previdenza complementare si registra solo fra i lavoratori "*che beneficiano di sentieri di occupazione più stabili, di retribuzioni migliori, di prestazioni previdenziali di base più elevate*".

Appare, pertanto, di assoluto rilievo sottolineare che "*Se si pone attenzione alla distribuzione delle adesioni dei lavoratori dipendenti del settore privato per età anagrafica, per genere, per area geografica, per dimensione media dell'impresa di appartenenza, la situazione si diversifica molto*".

I dati disponibili sulla distribuzione per età anagrafica indicano che la percentuale di lavoratori con meno di 35 anni di età che aderiscono alla previdenza complementare è pari al 25 per cento del totale, a fronte di un peso del 39 per cento delle stesse classi di età sul totale dei lavoratori considerati.

Rispetto al genere, gli uomini aderenti a forme di previdenza complementare sono pari al 67 per cento del totale degli iscritti, a fronte del 33 per cento delle donne.

Nella ripartizione geografica, i lavoratori residenti nel nord del Paese sono pari al 64 per cento circa del totale degli iscritti alle forme previdenziali complementari, a fronte del 57 per cento dei lavoratori residenti al nord. Solo il 15 per cento del totale degli aderenti risiede al sud e nelle isole; l'analoga percentuale riferita al totale dei

corrispondenti lavoratori è pari al 23 per cento. Riguardo infine alla dimensione dell'impresa, le stime effettuate indicano che nelle imprese con meno di 50 addetti il tasso di adesione è pari al 12 per cento, rispetto al 42 riferito ai dipendenti di imprese con più di 50 addetti.

Il “parziale” successo (o insuccesso) della riforma sembra potersi anche spiegare dalle attuali difficoltà che caratterizzano i mercati finanziari e l'economia reale che hanno imposto ai fondi pensione una prova severa, atteso che ne hanno irrimediabilmente risentito i rendimenti e conseguentemente le risorse investite e le adesioni²²⁷.

Ad oggi, quindi, l'auspicio del Legislatore di tentare di aumentare sensibilmente il numero degli iscritti alla previdenza complementare valorizzando anche condotte “inerziali” non sembra avere raggiunto gli auspicati risultati.

*** **

E. Sulla “mobilità” tra le forme pensionistiche complementari: la nuova “portabilità”

Il recente D. Lgs. n. 252 del 2005, oltre all'obiettivo di incentivare lo sviluppo delle forme di previdenza complementare dei lavoratori incrementando l'entità dei flussi di finanziamento – si è posto, altresì, l'obiettivo di realizzare la libera “circolazione” dei lavoratori all'interno del sistema della previdenza in parola, attraverso la facoltà, descritta con il termine di «portabilità», di trasferire la posizione individuale da una forma pensionistica ad un'altra²²⁸.

Nel dibattito del ruolo tra autonomia collettiva ed autonomia individuale è centrale la tematica della portabilità della posizione individuale, prima della maturazione del diritto alla prestazione previdenziale.²²⁹

E' possibile delineare tre fattispecie:

- il trasferimento (o portabilità) della posizione ad altro Fondo Pensione;
- il mantenimento della posizione individuale, anche in assenza di

²²⁷ Analoga valutazione emerge in ambito internazionale, come risulta da un recente documento pubblicato congiuntamente dall'OCSE e dallo IOPS, le due organizzazioni, ai cui lavori la COVIP partecipa, che costituiscono punti di riferimento per la fissazione di standard in materia di regolamentazione e di vigilanza delle forme pensionistiche complementari.

²²⁸ M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, VI, 1486 ss.

²²⁹ L'esercizio di queste opzioni rappresenta un diritto per l'iscritto, e non può essere limitato da parte dei Fondi Pensione.

contribuzione²³⁰;

- il riscatto della posizione (su cui si tornerà in seguito)²³¹, e cioè la riscossione di un capitale equivalente alla giacenza sul conto individuale (art. 10, comma 1, D. Lgs. n. 124 del 1993)²³².

Orbene, in tema di previdenza complementare la disciplina sui trasferimenti e sui riscatti delle posizioni individuali ha subito notevoli cambiamenti nel corso del tempo e l'art. 14 del D. lgs. n. 252 del 2005 prevede una disciplina “innovativa” sotto vari profili, ma - allo stesso tempo - conseguente ad una “*complessa stratificazione normativa*”.²³³

La disciplina previgente consentiva - all'art. 10 del D. lgs. n. 124 del 1993 - il trasferimento della posizione individuale solo ove fossero venuti meno i requisiti di

²³⁰ Per quanto riguarda il mantenimento della posizione individuale, ci si limita a rilevare che, in tal caso, la posizione, salvo diverso avviso del lavoratore, dovrà continuare ad essere gestita dalla forma pensionistica ed essere incrementata dai rendimenti conseguiti. Con deliberazione del 26 giugno 2006, la COVIP ha precisato che: “*in difetto dell'esercizio dell'opposizione da parte dell'iscritto dovrà trovare automatica applicazione la regola del mantenimento della posizione presso la forma pensionistica*”. Invero, il mantenimento presso il Fondo della propria posizione anche una volta che siano maturati i requisiti per l'erogazione della prestazioni è una scelta concessa che consente, ad esempio, di beneficiare di eventuali attese di future rivalutazioni, legate agli andamenti dei mercati finanziari.

²³¹ La nuova disciplina del riscatto si compone di due tipologie dello stesso. Difatti, ai sensi dell'art. 14, comma 2, si prevede «b) il riscatto parziale, *nella misura del 50 per cento della posizione individuale maturata, nei casi di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria*; c) il riscatto totale della posizione individuale maturata per i casi di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi», a meno che i suddetti eventi si verifichino nel quinquennio precedente la maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari. In tale ultimo caso è consentito il pensionamento per effetto dell'anticipazione dell'età pensionabile, ai sensi dell'art. 11, comma 4 del D. Lgs. n. 252 del 2005. Così, R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 560 ss.

²³² Agevolazioni al trasferimento volontario della posizione individuale sono rappresentate, altresì, dall'esenzione dell'operazione da ogni onere fiscale (art. 14, comma 7) e dalla previsione, a garanzia degli iscritti, del termine di 6 mesi dalla data di esercizio della facoltà di trasferimento per l'attuazione da parte dei Fondi Pensione degli adempimenti conseguenti all'esercizio della facoltà (art. 14, comma 8). Così, R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 560 ss. Secondo S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 362 ss. la legge delega del 2004 - e la prima versione del decreto delegato proposta dal Governo - esprimevano, sul punto, una chiara direttiva per l'omogeneità di disciplina tra le due diverse e dominanti voci di finanziamento della previdenza complementare dei lavoratori dipendenti, accomunandole sotto un principio di libertà di scelta del soggetto e svincolandole entrambe, nel momento della decisione di trasferimento, dalle previsioni dell'autonomia collettiva.

²³³ G. ZAMPINI, *Trasferimento e riscatto delle posizioni individuali*, in *La previdenza complementare - Art. 2123 c.c.*, M. Cinelli (a cura di), Milano, 2010, pag. 541 e ss.

partecipazione alla forma pensionistica²³⁴, determinando quindi la configurabilità di una portabilità solamente “*occasionata*”²³⁵ dal verificarsi di alcune fattispecie tipizzate.²³⁶

La portabilità “*occasionata*” è ora prevista dall'art. 14, comma 2, lett. A), D. lgs. n. 252 del 2005 secondo cui: “*ove vengano meno i requisiti di partecipazione alla forma pensionistica complementare gli statuti e i regolamenti stabiliscono .. il trasferimento ad altra forma pensionistica complementare alla quale il lavoratore acceda in relazione alla nuova attività*”.

L'art. 14 del D. lgs. n. 252 del 2005 disciplina altresì un sorta di portabilità “*discrezionale*”, già introdotta dall'art. 10, comma 1, L. n. 335 del 1995, secondo cui è consentita la portabilità della posizione anche in caso di “*mancata*” perdita dei requisiti di appartenenza al fondo originario e a condizione che fosse già decorso un periodo minimo di partecipazione al detto fondo.²³⁷

Secondo la disciplina oggi in vigore, in linea di tendenziale continuità con la disciplina introdotta dalla l. n. 335 del 1995, l'iscritto ha la facoltà di trasferire la propria posizione contributiva da un Fondo ad un altro, o a causa dell'inizio di una nuova attività lavorativa o, più semplicemente, perché, in base ad una scelta volontaria ed individuale, decida di trasferire la propria posizione anche se non sono venuti meno i requisiti di appartenenza, a condizione che siano trascorsi almeno due

²³⁴ M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, pag. 247. La abrogata disciplina della portabilità aveva la finalità, in caso di “*portabilità in uscita*” dai fondi negoziali, di assicurare la continuazione della fase di accumulo delle risorse quando l'aderente non conservava più i requisiti di partecipazione della forma complementare originariamente prescelta, mentre, in caso di “*portabilità in entrata*” verso i fondi negoziali, il fine era quello di unificare la posizione previdenziale precedentemente maturata presso un fondo pensione aperto e di incentivare l'afflusso delle risorse ai fondi negoziali.

²³⁵ G. ZAMPINI, *Trasferimento e riscatto delle posizioni individuali*, in *La previdenza complementare - Art. 2123 c.c.*, M. Cinelli (a cura di), Milano, 2010, pag. 543.

²³⁶ F. MAZZIOTTI, *Sub. Art. 10, D. lgs. n. 124/1993*, in M. Cinelli (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1997, pag. 168.

²³⁷ In tema di portabilità, la legge delega n. 242 del 2004 aveva previsto la «*eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla libera adesione e circolazione dei lavoratori all'interno del sistema della previdenza complementare, definendo regole comuni, in ordine in particolare alla comparabilità dei costi, alla trasparenza e portabilità, al fine di tutelare l'adesione consapevole dei soggetti destinatari*», nonché nel «*riconoscimento al lavoratore dipendente che si trasferisca volontariamente da una forma pensionistica all'altra del diritto al trasferimento del contributo del datore di lavoro in precedenza goduto, oltre alle quote del trattamento di fine rapporto*» (art.1, comma 2, lett. e, n. 4, L. n. 243 del 2004).

anni²³⁸ dalla data di iscrizione alla forma pensionistica complementare (la precedente disciplina stabiliva un requisito minimo di almeno tre/cinque anni)²³⁹.

Con maggiore “coraggio” rispetto alla disciplina precedente, l'art. 14, comma 6, del D. lgs. n. 252/05 prevede espressamente che: “*gli statuti e i regolamenti delle forme pensionistiche prevedono esplicitamente la predetta facoltà e non possono contenere clausole che risultino, anche di fatto, limitative del suddetto diritto alla portabilità dell'intera posizione individuale*”²⁴⁰. Tale facoltà è espressamente prevista anche, senza condizioni né limiti, agli iscritti a forme pensionistiche individuali (art. 13, comma 3, D. Lgs. n. 252 del 2005).

Nonostante l'assenza di analoga disposizione, per evitare irragionevoli disparità, si deve ritenere che quella facoltà sia attribuita anche agli iscritti ai Fondi aperti per effetto della disposizione che assoggetta il regime delle prestazioni di quei Fondi alla disciplina generale (art. 12, comma 3).

La facoltà (o forse meglio il diritto) alla portabilità assume rilevanza «*strategica*» nell'effettiva strutturazione del rapporto tra scelte individuali ed interesse collettivo e tra apertura alla concorrenza e istanze di chiusura intrinseche alla dimensione mutualistica e solidaristica della previdenza complementare (collettiva).^{241 242}.

²³⁸ Sotto la vigenza della precedente normativa, la COVIP ha ritenuto che si tratti di termini minimi, aumentabili dalle fonti istitutive “soprattutto in ipotesi di trasformazioni o di complessivo riassetto del Fondo” (v. deliberazione COVIP del 15 febbraio 2001, *Orientamenti sulla disciplina dei trasferimenti, dei riscatti e delle anticipazioni con riferimento ai fondi pensioni preesistenti*). Diversamente P. TOSI, *Le Fonti istitutive dei Fondi pensione di previdenza complementare*, in *Massimario giurisprudenza lavoro*, 1996, pag. 441, secondo cui si tratterebbe di termini massimi, inderogabili *in pejus* dalle fonti istitutive.

²³⁹ Si veda l'art. 10, comma 3-quinquies del D. Lgs. n. 124 del 1993, il quale dispone che « *I regolamenti e i contratti di cui agli articoli 9-bis e 9-ter prevedono la facoltà di trasferimento dell'intera posizione individuale dell'iscritto stesso presso altro fondo pensione, di cui agli articoli 3 e 9, o presso forme pensionistiche individuali di cui ai medesimi articoli 9-bis e 9-ter, non prima che siano trascorsi tre anni dalla data di adesione o di conclusione del contratto*».

La necessità di stabilire un periodo minimo di permanenza è da rinvenirsi nella opportunità di non prevedere periodi di permanenza troppo breve che determinerebbero effetti di *moral hazard*. In proposito v. M. MESSORI – A. SCAFIDDI, *Lo sviluppo dei Fondi pensione “chiusi”: il possibile ruolo del TFR e del regime fiscale*”, in *QMEFOP*, 1999, 1, 13.

²⁴⁰ Nell'inammissibilità delle clausole che penalizzino un'eventuale fuoriuscita dalla forma, è da ricercare la ratio che ha spinto la COVIP ad imporre la cessazione dei meccanismi di preconto tipici di alcuni contratti assicurativi sulla vita con finalità previdenziale, in quanto l'applicazione dei costi precontati direttamente con il versamento della prima annualità di premio, richiedono un tempo di permanenza il più esteso possibile, usualmente ben oltre i due anni, per ammortizzare questo onere iniziale.

²⁴¹ S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 361 ss.

Secondo una parte della dottrina la facoltà dell'aderente di trasferire la propria posizione individuale avrebbe avvicinato i Fondi alle logiche delle Banche o delle Compagnie assicurative, fondando le scelte sulla ricerca del miglior rendimento individuale, piuttosto che a garanzia di un coretto ed armonico sistema mutualistico complementare²⁴³.

Tali considerazioni sono certamente condivisibili, in linea generale, ma devono essere temperate dalla riflessione secondo cui la libertà del singolo alla portabilità della posizione previdenziale non è assoluta, ma trova dei limiti ben precisi e “ontologici”.²⁴⁴

Vi è, invero, il limite della “predeterminazione del bacino d'utenza del fondo chiuso”. Se vi è la libertà del singolo di scegliere il fondo previdenziale, vi è la libertà della forma pensionistica negoziale di “definire” i destinatari cui rivolgersi.

Alla luce di quanto disposto all'art. 14, comma 6, D. lgs. n. 252 del 2005 in caso di trasferimento da fondo chiuso a fondo chiuso, la citata norma consente solamente il passaggio tra fondi che si rivolgono alla medesima base collettiva e, cioè, vi deve essere una corrispondenza tra il profilo professionale contemplato dalla fonte istitutiva e quello in forza del quale il lavoratore chiede l'adesione al fondo.²⁴⁵

Ragionare diversamente significherebbe escludere un coordinamento tra l'assetto iniziale del fondo e l'ipotesi di mobilità in entrata, con ciò significando che ad un “modello strutturale” imperniato nella mutualità di stampo collettivo ed implicante l'appartenenza del soggetto all'ambito di riferimento del Fondo cui aderisce, si contrapporrebbe un “assetto funzionale” privo di qualsiasi criterio limite alle vicende di mobilità in entrata, secondo una logica meramente individuale di natura finanziaria e con la trasformazione di fondi originariamente chiusi in fondi

²⁴² S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 249 ss.

²⁴³ A. VISCOMI, *La facoltà di trasferimento della posizione individuale*, in *Lavoro e Diritto*, 1997, pag. 55; A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti Diritto Lavoro*, 2001, 1, 221.

²⁴⁴ G. ZAMPINI, *Trasferimento e riscatto delle posizioni individuali*, in *La previdenza complementare - Art. 2123 c.c.*, M. Cinelli (a cura di), Milano, 2010, pag. 541 e ss.

²⁴⁵ F. MAZZIOTTI, *Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive*, in *Diretto e Lavoro*, 1997, 1, pag. 246 secondo cui l'interessato deve essere titolare dei requisiti di accesso al nuovo Fondo.

aperti²⁴⁶.

*

F. Sempre in tema di portabilità: sul trasferimento delle quote del TFR e del contributo datoriale

In caso di trasferimento, il montante contributivo trasferito dovrebbe avere ad oggetto “l'intera posizione individuale” maturata che, quindi, dovrebbe ritenersi inclusiva dei contributi versati da parte dell'aderente, (eventualmente) di quelli versati dal datore di lavoro, delle quote di TFR e dei relativi rendimenti²⁴⁷.

Alla luce della disciplina di cui all'art. 14, comma 6, del d. lgs. n. 252 del 2005, ciò è previsto in modo esplicito in caso di trasferimento discrezionale, ma tale considerazione sembra doversi ritenere (a maggior ragione) condivisibile anche in caso di trasferimento “occasionato”.

Ciò posto con riferimento al montante contributivo trasferito è necessario verificare se, dopo il trasferimento, gli obblighi di conferimento datoriale, delle quote del TFR (ovviamente per quanto riguarda il lavoro subordinato), continuano in capo al “nuovo” Fondo di destinazione.

La risposta a tale quesito determina delle conseguenze di rilevantissimo impatto sull'effettivo esercizio del “potere” di trasferibilità della posizione individuale. Se invero vi fosse la possibilità di evitare il trasferimento del TFR e del contributo datoriale (futuro) al “nuovo” Fondo prescelto, la facoltà individuale di trasferimento sarebbe certamente “frustrata” e non si realizzerebbe, in concreto, alcun sensibile “flusso” di trasferimento da un Fondo ad un altro.

La questione non è di poco conto e non è neanche recente. Invero, nel sistema previgente – anche dopo la riforma del 2000, che pure cercava di garantire un certo “tasso” di *portability*²⁴⁸ - la libertà di trasferimento della posizione individuale era

²⁴⁶ G. ZAMPINI, *Trasferimento e riscatto delle posizioni individuali*, in *La previdenza complementare - Art. 2123 c.c.*, M. Cinelli (a cura di), Milano, 2010, pag. 547. V. anche le osservazioni della COVIP del 18 giugno 1997 secondo le quali la mobilità è ammessa se nella fonte istitutiva e nello statuto del “nuovo” Fondo chiuso sono individuati destinatari ulteriori rispetto a quelli originari e se vi sia una coincidenza tra almeno una delle parti tra le qualità di sottoscrittore della fonte istitutiva e di firmatario del contratto collettivo di lavoro relativo all'ulteriore gruppo di destinatari.

²⁴⁷ V. Relazione annuale COVIP, 1998, pag. 21.

²⁴⁸ M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 252 ss.; F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di) *La previdenza complementare*, Torino, 2000, XXX ss.

sostanzialmente frustrata, per i lavoratori subordinati, dal vincolo collettivo gravante sulla destinazione delle quote del TFR maturando, dal contributo datoriale (futuro)²⁴⁹, e dai correlativi svantaggi fiscali²⁵⁰.

Con riferimento alla disciplina di cui al D. lgs. n. 252 del 2005, è possibile ritenere che, nel caso di trasferibilità “occasionata” determinata dalla cessazione del rapporto di lavoro, il trasferimento al nuovo fondo degli obblighi di versamento del TFR e del contributo datoriale (futuro) è, in un certo senso, dovuta dalla instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro.

In caso di trasferibilità “discrezionale” la situazione è articolata e (forse) incerta.

Innanzitutto è da rilevare che se la “prima stesura” del D. lgs. n. 252 del 2005 aveva stabilito chiaramente la facoltà della libera portabilità²⁵¹, la definitiva (e più volte rivisitata) versione prevede all’art. 14, comma 1, del D. Lgs. n. 252 del 2005, che : *«gli statuti e i regolamenti delle forme pensionistiche complementari stabiliscono le modalità di esercizio relative ...alla portabilità delle posizioni individuali...»* e all'art. 14, comma 6, ultima parte, del D. lgs. n. 252 del 2005 che *«in caso di esercizio della facoltà di trasferimento della posizione individuale, il lavoratore ha diritto al versamento alla forma pensionistica da lui prescelta del t.f.r. maturando e dell'eventuale contributo a carico del datore di lavoro nei limiti e secondo le modalità stabilite dai contratti o accordi collettivi, anche aziendali»*²⁵².

Tale disposizione sembrerebbe lasciare agli statuti ed ai regolamenti un’ampia discrezionalità e, soprattutto, non sembrerebbe determinare alcuna significativa novità rispetto a quanto già previsto dal D. lgs. n. 124 del 1993.

Se, quindi, gli auspici del Legislatore erano quelli di garantire un'effettiva trasferibilità dei contributi, in realtà, il potenziale disincentivo del mancato trasferimento del contributo datoriale potrebbe determinare un forte “freno”

²⁴⁹ M. MESSORI, *La previdenza complementare in Italia: un quadro introduttivo*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 36 ss.

²⁵⁰ S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 361 ss

²⁵¹ v. schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri del luglio del 2005.

²⁵² Tale formulazione è stata inserita nello schema del Decreto legislativo solo il 12 settembre 2005, a seguito delle osservazioni formulate dalle parti sociali.

all'esercizio di tale facoltà.²⁵³

Sembra quindi potersi affermare che il Legislatore ha attribuito all'autonomia collettiva un potenziale e sensibile limite alla mobilità dei trasferimenti, atteso che l'eventuale perdita del contributo datoriale costituirebbe un forte disincentivo alla mobilità tra fondi²⁵⁴.

Al fine di chiarire la disciplina della citata disposizione, si è, innanzitutto, verificato se tale norma è coerente con quanto previsto dalla Legge di delega del 2004.

Parte della dottrina ha ravvisato una censura di incostituzionalità per violazione dell'art 76 Cost.²⁵⁵, atteso che la L. n. 243 del 2004 stabiliva, da un lato, «*la possibilità che, qualora il lavoratore abbia diritto ad un contributo del datore di lavoro da destinare alla previdenza complementare, detto contributo affluisca alla forma pensionistica prescelta dal lavoratore stesso o alla quale egli intenda trasferirsi ovvero alla quale il contributo debba essere conferito ai sensi del numero 2)*» (art. 1, comma 2, n. 3, lett. e, Legge delega del 2004); dall'altro, statuiva che si contempra il «*riconoscimento al lavoratore dipendente che si trasferisca volontariamente da una forma pensionistica all'altra del diritto al trasferimento del contributo del datore di lavoro in precedenza goduto, oltre alle quote del trattamento di fine rapporto*» (art. 1, comma 2, n. 4, lett. e, Legge delega del 2004).

In sostanza, il sospetto di illegittimità costituzionale deriverebbe dal mancato rispetto da parte del Legislatore delegato dei criteri e principi direttivi dettati dalla legge delega del 2004 con la disposizione di cui all' art. 1, comma 2, n. 4, lett. e.; ne deriva che, il Legislatore delegato, demandando alla contrattazione collettiva di stabilire i «*limiti*» e le «*modalità*» del trasferimento dell'obbligazione contributiva posta a carico del datore di lavoro, avrebbe illegittimamente limitato l'esercizio di un diritto che il Legislatore delegante già avrebbe attribuito ai lavoratori.

In altri termini, la violazione dei criteri contenuti nella delega apparirebbe evidente nella reintroduzione di dirimenti vincoli collettivi alla libera trasferibilità

²⁵³ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 145 ss.

²⁵⁴ L. SCIMIA, *La previdenza complementare in Italia*, Firenze, 2008, pag. 95.

²⁵⁵ S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 364 ss.

del contributo posto a carico del datore di lavoro da accordi o contratti collettivi.

Quindi, ai lavoratori iscritti ai Fondi pensione chiusi dovrebbe essere attribuita non solo la facoltà di trasferire ad altra forma pensionistica l'intera posizione individuale e gli accantonamenti al TFR, ma anche la contribuzione eventualmente dovuta dal datore di lavoro alla sola condizione che siano decorsi due anni dall'iscrizione al Fondo.^{256 257}

Ciò sarebbe confermato dall'art. 14 del D. Lgs. n. 252 del 2005, nella parte in cui stabilisce che gli statuti ed i regolamenti delle forme pensionistiche – i quali dovranno espressamente prevedere la facoltà di trasferimento – non possono contenere clausole che risultino, anche di fatto, limitative del «*diritto alla portabilità dell'intera posizione individuale*²⁵⁸, il quale diventa perfetto decorsi due anni dalla data di ingresso nella forma²⁵⁹».²⁶⁰

In particolare²⁶¹, solo con l'attribuzione del (pieno) diritto alla portabilità del contributo datoriale vi potrebbe essere un superamento dell'ostacolo della realizzazione di una piena ed effettiva concorrenza tra i Fondi Pensione, venendo così a realizzarsi la libera circolazione dei lavoratori nel sistema della previdenza complementare.

Altra parte della dottrina²⁶² rileva che: il tenore testuale dell'art. 14, comma 6,

²⁵⁶ M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, VI, 1487 ss.

²⁵⁷ Il termine in questione, inoltre, non sembra più configurarsi come periodo minimo di partecipazione alla forma pensionistica, come nella disciplina previgente. Pertanto, statuti e regolamenti dei Fondi non sono autorizzati a dilatarne la durata.

²⁵⁸ Da notare come il diritto alla "portabilità" debba essere previsto esplicitamente dagli statuti e dai regolamenti delle forme pensionistiche, che non possono contenere clausole, anche di fatto, limitative dello stesso.

²⁵⁹ S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 361 ss

²⁶⁰ E. FORNERO, C. FUGAZZA, G. PONZIETTO, *Analisi comparata dell'onerosità dei prodotti previdenziali individuali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, VI 297 ss.

²⁶¹ M. PROCOPIO, *D.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 recante "Disciplina delle forme pensionistiche complementari"*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, I, 207 ss.

²⁶² M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, VI, 1492 ss. L'autore avanza, del resto, l'ipotesi che, «quando l'autonomia sindacale assegna una quota della retribuzione in funzione previdenziale, i modi in cui questa può trovare realizzazione devono essere individuati tenendo conto, comunque, della previsione legislativa della libertà di adesione individuale», la quale si imporrebbe proprio all'autonomia sindacale, v. M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, III, 737ss. M. BESSONE, *Fondi pensione e diritti soggettivi, Portabilità della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, 582 ss.

del D. lgs. n. 252 del 2005 non lascia spazio ad una interpretazione diversa da quella che preveda che il “trascinamento” del contributo dovuto dal datore di lavoro segue “le sorti” decise dall'autonomia collettiva; già l'art. 8, comma 2, del D. Lgs. 252 del 2005 prevede che in caso di scelta “iniziale” del lavoratore di un fondo diverso da quello negoziale, il datore di lavoro è libero o meno di versare il contributo datoriale a quel fondo; l'ultima parte del sesto comma della disposizione in esame risulti chiara nel differenziare il trattamento normativo di TFR²⁶³ e contributo datoriale; che non esista la sospettata violazione dei criteri e dei principi direttivi enunciati dal Legislatore delegante.

Difatti, rispetto alla disposizione di cui all' art. 1, comma 2, n. 4, lett. e – che si assume violata – prevale la disposizione contenuta nel n. 3 della stessa disposizione, la quale prevede soltanto la «possibilità», e non il “diritto”, che, qualora il lavoratore abbia diritto ad un contributo del datore di lavoro da destinare alla previdenza complementare, detto contributo affluisca alla forma pensionistica prescelta dal lavoratore stesso.

Pertanto, secondo tale dottrina maggioritaria²⁶⁴, la “portabilità” è stata prevista dal Legislatore delegante soltanto come “possibile” ed è stata attribuita all'autonomia collettiva la possibilità di “frenare” quella individuale, con riferimento alla portabilità del contributo datoriale.

Anzi, è proprio il rispetto dei precetti costituzionali che presiedono all'esercizio dell'autonomia collettiva ad imporre una disciplina sulla portabilità del contributo datoriale devoluta alla parti sociali.

Invero, ad essere in collisione con l'art. 39 Cost. sarebbe proprio la stessa legge

²⁶³ Si consideri, tuttavia, da subito, che il «diritto del lavoratore di trasferire ai Fondi Pensione, sindacali e commerciali, le quote dell'accantonamento annuale per il trattamento di fine rapporto non pone problemi particolari». Così, M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, VI, 1487 ss. , il quale rileva, inoltre che, il t.f.r. ha natura di retribuzione in funzione previdenziale e che i relativi accantonamenti sono disponibili anche per accordo tra le parti. (ultimo comma dell'art. 2110 Cod. Civ.). In particolare, «la “portabilità” degli accantonamenti per il trattamento di fine rapporto, anche se attuata a favore dei fondi commerciali [...], non altera l'assetto finanziario delle forme di previdenza complementare sindacali alle quali il lavoratore fosse stato iscritto».

²⁶⁴ Per tale tesi, accolta anche dalla COVIP, si veda principalmente A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, 192 ss. . Difende la sostanziale correttezza della soluzione infine accolta dal D. Lgs. n. 252 del 2005 anche P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del t.f.r. al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 174 ss.

delega, laddove prefigura un'espropriazione ai danni del contratto collettivo di un elemento saliente del costo del lavoro, dal momento che si assume la piena natura contrattuale del contributo datoriale alla previdenza complementare²⁶⁵.

Si noti, in sostanza, la conferma – da parte del Legislatore delegato – a favore dell'autonomia collettiva del fondamento contrattuale del contributo datoriale.

Da qui, si può facilmente scorgere un importante “vantaggio competitivo” ai Fondi negoziali ed alle forme complementari ad adesione collettiva.²⁶⁶

La disposizione in esame sembra quindi interamente rimettere alle previsioni dell'autonomia collettiva l'esistenza stessa del diritto del lavoratore – avente titolo ad un contributo datoriale in base ad accordi o contratti collettivi, anche aziendali – di destinare detto contributo alla forma pensionistica prescelta dal prestatore stesso.

È evidente che spetti ai contratti collettivi – fonti istitutive preferenziali dei Fondi Pensione chiusi – fissare non solo le modalità, ma anche i limiti di siffatto diritto²⁶⁷.

In sostanza, soltanto l'autonomia collettiva, è in grado, nell'esercizio delle sue prerogative, di «realizzare un equilibrato contemperamento tra l'interesse comune di tutti i lavoratori che hanno aderito al fondo pensione sindacale e la libertà delle scelte individuali che può trovare espressione nella “portabilità” dell'obbligazione contributiva posta a carico del datore di lavoro”^{268 269}.

²⁶⁵ La cui destinazione verso forme pensionistiche diverse da quelle considerate dal contratto collettivo avrebbe così costituito anche una inammissibile deviazione dalla regola generale dell'art. 1372 Cod. Civ. Nelle parole di A. PANDOLFO, *Trasferimento e riscatto della posizione individuale*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 319 ss., ad esempio, sostenere la neutralità del sistema di finanziamento rispetto al trasferimento significherebbe «contraddire la libertà della fonte istitutiva di occuparsi solo della forma pensionistica che essa istituisce», così forzando «la limitazione soggettiva dei suoi effetti, rispetto ai quali il Fondo Pensione aperto di approdo rimane estraneo come qualsiasi “terzo”».

²⁶⁶ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 181 ss., il quale pone in evidenza come «se è vero che solo aderendo al fondo pensione originato dal contratto collettivo si può fruire del contributo previsto dal contratto collettivo, sussiste almeno nelle valutazioni di convenienza che possono farsi all'inizio, un sicuro interesse ad aderire al fondo negoziale, come unica sede cui si può fruire contemporaneamente del conferimento del t.f.r. e della contribuzione del datore di lavoro che il contratto collettivo, seguendo uno schema diverso da quello adottato per il t.f.r. dalla legge, può legittimamente vincolare ad una specifica destinazione».

²⁶⁷ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 254 ss.

²⁶⁸ M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, VI, 1484 ss., il quale giustifica tale asserzione sostenendo che «è quell'autonomia che, nelle sue valutazioni, ha posto a carico del datore

Sul tema del ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale sembra quindi che l'analisi della disciplina sulla portabilità del contributo datoriale possa essere significativa.

Invero, il Legislatore, nonostante abbia conferito un ruolo all'autonomia individuale certamente rilevante (in tema di disciplina “generale” della portabilità), ha, con specifico riferimento al tema del contributo datoriale, salvaguardato l'origine contrattuale di tale contributo, confermando che la destinazione “naturale” siano le forme istitutive sulla base dei contratti o accordi da cui lo stesso è previsto.

Ciò nondimeno, è stato segnato un ulteriore passo nella direzione della libertà di scelta dell'iscritto (e della parificazione di tutte le forme di previdenza complementari) disponendo espressamente che detto contributo possa tuttavia affluire pure ad una forma di natura diversa “nei limiti e secondo le modalità” fissati dalla medesima contrattazione sindacale²⁷⁰.

*

G. Sull'impossibilità di uscita dal sistema della previdenza complementare e sulle ipotesi di riscatto

Limite invalicabile all'autonomia individuale è quello relativo alla impossibilità di “uscita” da parte del singolo dal “sistema della previdenza” complementare.

Se, invero, è lasciata all'individuo la facoltà di “cambiare” il Fondo di appartenenza, non è possibile per il singolo, nella costanza di rapporto di lavoro, “fuoriuscire” dal sistema complementare cui precedentemente ha deciso di aderire, atteso che la scelta di lasciare la forma pensionistica di origine debba essere accompagnata dalla scelta di un nuovo Fondo.

L'impossibilità di “uscita” dalla previdenza complementare è principio che non trova deroghe anche in ipotesi “meritevoli di tutela” per il singolo individuo.

Ciò sembra essere ed è un fondamentale distinguo che, da un lato, limita

di lavoro, ed a favore del fondo pensione sindacale, un'obbligazione contributiva in vista della soddisfazione di un interesse comune a tutti i lavoratori».

²⁶⁹ Di tale opinione è R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2005, 270 ss., il quale rileva come il «sistema di mobilità [...] valorizza, per un verso, la libertà individuale; per l'altro, il ruolo dei Fondi aperti». D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 125 ss. A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss.

²⁷⁰ L. SCIMIA, *La previdenza complementare in Italia*, Firenze, 2008, pag. 193.

irrimediabilmente l'autonomia individuale e, dall'altro, accentua il carattere mutualistico e solidaristico delle previdenza complementare distinguendola dall' "area" del mero risparmio a finalità di investimento finanziario.

Se ciò è vero è altrettanto vero, però, che la riforma sembra avere (perlomeno accentuato) alcune ipotesi "eccezionali" di uscita dalla previdenza complementare (o per lo meno di somme ad essa destinate) attraverso scelte individuali dei singoli o tipizzate dalla contrattazione collettiva che contrastano con la natura mutualistica e collettivistica che dovrebbe pervadere la previdenza complementare.

In proposito, l'art. 14 del D. lgs. n. 252 del 2005, stabilisce il diritto al riscatto e, cioè, di quella ipotesi di recesso (totale o parziale) dalla forma pensionistica complementare non accompagnata da una contestuale attribuzione del montante contributivo ad altre forme pensionistiche.

É innegabile che una proliferazione delle fattispecie di riscatto determina un allontanamento della previdenza complementare dalle funzioni mutualistiche o di sostegno alla previdenza pubblica che sarebbero meglio garantite con una maggiore difficoltà di "fuga" delle risorse dal sistema.

Pur vero è che, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione al Fondo, possono determinare il riscatto della quota imputabile all'iscritto in favore dell'aderente o dei suoi eredi²⁷¹ ipotesi meritevoli di tutela che riguardano stati di inoccupazione, di invalidità permanente e di premorienza.

Invero, le fattispecie già tipizzate dal Legislatore del 2005 all'art. 14, comma 2, del D. lgs. n. 252 del 2005 prevedono che, in caso di perdita dei requisiti per la partecipazione al Fondo, l'iscritto può chiedere un riscatto parziale, nella misura del 50% della posizione individuale maturata, nei casi di cessazione dell'attività

²⁷¹ Il comma 3 dell'art. 14 del D. lgs. n. 252 del 2005 stabilisce che, in caso di morte dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione, l'intera posizione individuale maturata è riscatta dagli eredi "ovvero" dai diversi beneficiari dallo stesso designati. Solo in mancanza di questi soggetti, la posizione con riferimento alle posizioni pensionistiche individuali, è devoluta a finalità sociali mentre nelle altre forme pensionistiche resta acquisita al Fondo. La dottrina si è posta l'interrogativo se la locuzione "ovvero" avesse un significato alternativo oppure se, in presenza di eredi, non fosse possibile individuare diversi beneficiari. La COVIP con una interpretazione che esalta il ruolo della autonomia individuale, ha precisato che il termine ovvero ha un significato "di congiunzione disgiuntiva includente" e che il diritto deve essere ritenuto come acquisito *jure hereditatis*. Si rileva, peraltro, che rispetto alla disciplina precedente la norma stabilisce una disciplina innovativa e volta alla uniformazione dei trattamenti sia che si tratti di adesioni collettive sia che si tratti di adesioni individuali. V. COVIP, *Orientamenti interpretativi del 15 luglio 2008 in merito all'art. 14, comma 3, D. lgs. n. 252/2005 – riscatto della pozione in caso di decesso dell'iscritto.*

lavorativa che comporti l'inoccupazione²⁷² per un periodo di di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi ovvero in caso di ricorso a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria (lett. b) o totale per i casi di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito della cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi, escludendo tale facoltà per il quinquennio precedente la maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari (lett. c).

Limitando la presente analisi ai più significativi profili che ineriscono il tema del riscatto con il ruolo dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva, è subito da affrontare la quesitone relativa alla facoltà, da parte degli statuti o dei regolamenti di “tipizzare” ipotesi diverse (ed ulteriori) di riscatto rispetto a quelle già previste dall'art. 14 D. lgs. n. 252 del 2005.

La “nuova” normativa prevede espressamente che ogni tipologia di forma pensionistica complementare può prevedere ipotesi di riscatto “*diverse da quelle contenute dai commi 2 e 3*” dell'art. 14 D. lgs. n. 252 del 2005²⁷³.

Sembra quindi ritenersi che sia dato un rilevante spazio all'autonomia collettiva sebbene sia da rilevare che tale “ipotesi atipiche” di riscatto non saranno di certo frequenti atteso che venga loro applicata una “ritenuta a titolo di imposta” più onerosa (pari al 23%) rispetto a quelle tipizzate²⁷⁴.

²⁷² Seppur la norma si riferisce ad un stato di “inoccupazione”, sarebbe stato terminologicamente più corretto riferirsi ad uno stato di “disoccupazione”. La COVIP ha ritenuto che spetti al Fondo pensione l'individuazione della documentazione più idonea da richiedere all'iscritto, ritenendo comunque sufficiente l'acquisizione da parte del Fondo pensione di un certificato del centro dell'impiego con l'indicazione della data di iscrizione alle liste di disoccupazione unitamente al documento dal quale risulti dalla data di cessazione del rapporto di lavoro o anche mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione. V. COVIP, *Risposta a quesito in materia di riscatto da un fondo pensione aperto per cessazione dell'attività e conseguente inoccupazione*, ottobre 2008, www.covip.it.

²⁷³ Sotto il vigore della precedente disciplina, vi era parte della dottrina che riteneva tassative le ipotesi di riscatto previste dalla legge (A. PANDOLFO, *Trasferimento e riscatto della posizione individuale*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, 2004, pag. 307), mentre altra parte della dottrina riteneva che per i fondi associativi vi potesse essere una possibilità di individuazione di ulteriori ipotesi di riscatto (A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, pag. 478).

²⁷⁴ COVIP, *Relazione annuale*, 2006, 84 secondo cui: “*Tutti i fondi pensioni hanno riportato nel testo di statuto la previsione... relativa alla possibilità di riscatto della posizione per perdita dei requisiti di partecipazione anche al di fuori dalle ipotesi per le quali il d. lgs. n. 252/2005 prevede un regime fiscale più favorevole*. Nel vigore del D. lgs. n. 124 del 1993, vi era una parte della dottrina che riteneva tassativamente tipizzate le ipotesi di riscatto (v. PANDOLFO, *Trasferimento tacito e riscatto*

Quanto poi alla “*quantificazione della somma da riscattare*” e, in particolare, alla questione relativa alla inclusione (o meno) del contributo datoriale, si rileva che molte delle criticità che emergevano sotto la vigenza del D. lgs. n. 124 del 1993 con riferimento ai fondi preesistenti,²⁷⁵ sono ormai superate dalla disciplina imposta dal D. lgs. n. 252 del 2005 che prevede una generale applicazione del criterio di capitalizzazione e una conseguente individuazione di conti individuali che determina senza dubbio la necessità di inserire nelle somme da riscattare anche quelle relative al contributo datoriale²⁷⁶.

Se, quindi, il Legislatore ha confermato la necessità di impedire “fuoriuscite” dal sistema della previdenza complementare nella fase di accumulo del montante contributivo, non ha potuto non prevedere una disciplina del riscatto che, per eventi particolarmente rilevanti e meritevoli di tutela (disoccupazione, invalidità etc.), potesse garantire ai soggetti beneficiari la “restituzione” di una somma in capitale in caso di perdita dei requisiti di partecipazione.

Se le intenzioni del Legislatore sembrano essere doverosamente condivisibili sembra, però, che la disciplina sia “eccessiva” sotto due profili.

Il primo riguarda l'eccessivo “potere” attribuito all'autonomia collettiva che può prevedere fattispecie di riscatto diverse da quelle legislativamente tipizzate (seppur sottoposte ad un trattamento fiscale peggiorativo), mentre il secondo ha ad oggetto la possibilità, anche nella perduranza del rapporto di lavoro - e, cioè, in periodi di mobilità - di potere chiedere un riscatto parziale (ex art. 14, comma 2, lett. B) del d. Lgs. n. 252 del 2005).

della posizione individuale, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit. 2004, pag. 307) ve ne era un'altra parte che, almeno in caso di fondi “associativi”, riteneva possibile la facoltà di recesso con preavviso (v. A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, pag. 478).

²⁷⁵ In base alla abrogata disciplina, il dibattito si era acceso soprattutto con riferimento ai fondi preesistenti di cui all'art. 10 del D. lgs. n. 124 del 1993. Invero, la giurisprudenza - diversamente da quanto ritenuto da parte della dottrina - aveva ritenuto che l'inapplicabilità delle regole di cui al D. lgs. n. 124 del 1993 e l'impossibilità di includere logiche solidaristiche ai fondi preesistenti a prestazione definita e a gestione a ripartizione, determina l'impossibilità di configurare nei confronti del singolo una posizione individuale e di ritenere confluito su uno specifico iscritto, che intende riscattare la posizione, le somme erogate dal datore di lavoro (App. Milano, 6 novembre 2000, Tribunale Torino 12 ottobre 2000, tribunale Roma 30 giugno 2000, tutte in *Riv. Prev. Pubbl. priv.*, 2001, 2, 131 e ss.), con ciò determinando l'applicazione dell'art. 2123, comma 2, c.c. e, conseguentemente, la erogazione della sola “propria quota”. V. anche COVIP, *deliberazione 15 febbraio 2001, Orientamenti sulla disciplina dei trasferimenti, dei riscatti e delle anticipazioni con riferimento ai fondi pensione preesistenti*.

²⁷⁶ M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 252.

Tale ipotesi appaiono essere troppo “permissive” e volte a rendere più difficoltosa la realizzazione del fine della previdenza complementare intesa quale supporto di quella pubblica a causa di una emorragia dei capitali investiti nel secondo pilastro.

In definitiva, è possibile ritenere che seppur il principio di impossibilità di uscita “anticipata” dal sistema o meglio la sottrazione di risorse già devolute alla previdenza complementare sia ancora vigente nel sistema, è innegabile che il Legislatore, pervaso dalla volontà di offrire strumenti sempre più duttili ed elastici anche a costo di mettere in crisi la funzionalizzazione della previdenza complementare a quella obbligatoria, ha introdotto numerosi *escamotage* devoluti sia alla autonomia individuale sia alla autonomia collettiva che permettono, in concreto, l'erogazione di somme in capitale in caso di perdita (magari anche solo temporanea e nella perduranza del rapporto di lavoro) dei requisiti di partecipazione al fondo.

Capitolo IV

Autonomia individuale e autonomia collettiva nella disciplina delle anticipazioni e delle prestazioni di previdenza complementare

Sommario

A. Premessa

B. Il tema delle prestazioni nell'ambito del "dibattito" sulla funzione della previdenza complementare

C. Il ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale in tema di prestazioni di previdenza complementare

D. Il ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale in tema di anticipazioni delle prestazioni di previdenza complementare

E. Il delicato equilibrio tra la funzionalizzazione della previdenza complementare e le "libere" scelte dell'individuo in tema di prestazioni ed anticipazioni

F. Alcune riflessioni sulla disciplina fiscale in tema di prestazioni ed anticipazioni come "strumenti" di influenza sulle scelte individuali

A. Premessa

A quanto fino ad ora esposto, il D. Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252²⁷⁷ non sembra affatto aver sciolto i nodi legati alla definizione dei ruoli dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva in materia di previdenza complementare.

Anzi, il D. Lgs. n. 252 del 2005, in attuazione della delega conferita al Governo "*nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno della previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria*" dalla L. 23 agosto 2004, n. 243²⁷⁸, ha, se possibile,

²⁷⁷ D. Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, "*Disciplina delle forme pensionistiche complementari*", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 13 dicembre 2005, n. 289.

²⁷⁸ Legge 23 agosto 2004, n. 243, "*Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione*

accentuato alcuni contrasti tra i diversi orientamenti (e soluzioni) inerenti il “ruolo” dell'individuo e dei sindacati all'interno del “sistema” della previdenza complementare²⁷⁹.

Anche in tema di disciplina delle prestazioni e della anticipazioni il D. Lgs. n. 252 del 2005 è, da un lato, una disciplina certamente “figlia” del D. Lgs. 124 del 1993 e, come tutti i discendenti, condivide con essa (almeno in parte) alcune irrisolte criticità cromosomiche²⁸⁰, ma, dall'altra, il D. lgs. n. 252 del 2005 ha apportato rilevanti innovazioni non sempre coerenti con la funzione che la previdenza complementare dovrebbe perseguire.²⁸¹

Come già illustrato nei precedenti capitoli, in tema di previdenza complementare, gli “scontri” più feroci, ma per questo anche più ubertosi di seducenti soluzioni interpretative, si basano su due coppie di direttrici guida: per un verso, il collegamento funzionale della previdenza complementare alla previdenza obbligatoria (o pubblica) piuttosto che la sua definizione come previdenza libera (o privata) e, per altro verso, il ruolo della autonomia individuale e dell'autonomia collettiva nel “sistema” previdenza complementare.

Le coppie di direttrici guida non sono però indipendenti tra di loro, atteso che la scelta di adottare alcune “soluzioni” per una coppia di direttrici incide (anche) sugli “equilibri” dell'altra coppia²⁸² e tale “influenza” dialettica è protagonista

stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 222 del 21 settembre 2004.

²⁷⁹ R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *Massimario Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, 484 e ss.

²⁸⁰ V. O. BONARDI, *Tassonomie, Concetti e Principi della previdenza complementare*, in *La nuova disciplina della Previdenza complementare*, a cura di A. Tursi, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, nn. 3 e 4 552 e ss., in cui l'Autrice fornisce un quadro di insieme sui principali elementi di continuità e di innovazione del D. Lgs. n. 252 del 2005 rispetto alla disciplina precedente. V. altresì R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 634; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Informazione Previdenziale*, 2007, 1, 1 e ss.; M. CINELLI, *Diritto della previdenza Sociale*, Torino, 2005, 67.

²⁸¹ G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Massimario Giurisprudenza del Lavoro*, 2006, 976 e R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2006, 151 e ss.

²⁸² Sull'importanza e sulla “centralità” della questione, v. A. TURSI, *La Previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Teoria e Pratica del diritto*, Milano, I – 94, 11 e ss. e in senso, almeno parzialmente contrario, v. T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. Carinci, IV, *La previdenza complementare*, a cura di M. Bessone e F. Carinci, Torino, 2004, 9 e ss., in cui, secondo l'Autore, “appare enfatizzato quanto meno rispetto alle conseguenze che ne derivano in ordine alla interpretazione del diritto vigente”.

altresì (e soprattutto) in tema di disciplina delle prestazioni e anticipazioni delle prestazioni di previdenza complementare come riformata dal D. lgs. n. 252 del 2005.

*** **

B. Il tema delle prestazioni nel “dibattito” sulla funzione della previdenza complementare

Rinviando a quanto precedentemente riferito nel primo capitolo sulla natura e sulla funzione della previdenza complementare, è opportuno ricordare che proprio in tema di prestazioni il Legislatore del 1993 (nonostante le “possibilità” offerte dalla legge delega n. 421 del 1992), sembrerebbe avere optato per un impianto legislativo che privilegiava ampi spazi di autonomia (soprattutto individuale)²⁸³ proprio perché - forse - appariva “preferibile” ricondurre la previdenza “integrativa” nell’area della previdenza privata, e dunque al comma 5 dell’art. 38 Costituzione, piuttosto che essere funzionalmente inseriti nel disegno costituzionale dell’adeguatezza²⁸⁴, di cui al comma 2 della medesima disposizione²⁸⁵.

Si sono invero formati dei Fondi che potevano garantire agli iscritti prestazioni integrative, se esisteva un riferimento ai requisiti o alla erogazione della prestazioni della previdenza pubblica, e “aggiuntive”, se non vi era alcun collegamento con la previdenza pubblica²⁸⁶.

Vi erano quindi ampi spazi dell'autonomia individuale per potere decidere il trattamento previdenziale integrativo/aggiuntivo, anche alla luce del fatto che non vi erano limiti di “collegamento” con la previdenza pubblica.

Se questo è vero è altrettanto vero che i successivi interventi legislativi degli anni novanta sembrano contraddire tale orientamento, atteso che sono stati esaltati gli aspetti che funzionalizzano la previdenza complementare a quella pubblica.

²⁸³ P. BELLOCCHI, *Diritto sindacale giurisprudenziale*, in M. D’ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Napoli, 1990, 551.

²⁸⁴ G. ALIBRANDI, *La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1977, I, 360; V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza sociale e previdenza privata o libera*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1972, p. 940; A.M. BATTISTI, *L’«adeguatezza» della prestazione tra Costituzione e riforme legislative*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 309.

²⁸⁵ M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in AIDLASS, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo (Atti delle giornate di studio AIDLASS, Ferrar, 11 – 13 maggio 2000)*, Milano, 2001, p. 28 e ss.

²⁸⁶ M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 2, 346.

Con le riforme del sistema previdenziale (legge n. 421/1992 e legge n. 335/1995)²⁸⁷ e con il passaggio dal sistema retributivo a quello contributivo si è determinata una limitazione della previdenza pubblica per il contenimento della spesa pubblica e, conseguentemente, è divenuto “necessario” il “soccorso” della previdenza complementare per assicurare l’effettività della tutela previdenziale, affinché i singoli lavoratori potessero fronteggiare le proprie esigenze di vita, così come stabilito dall’art. 38 Cost.²⁸⁸

In questa prospettiva, si inserisce la c.d. teoria del doppio pilastro²⁸⁹ che mira, se non ad impedire, quantomeno a limitare la perdita di copertura previdenziale,

²⁸⁷ Nonostante forme di previdenza privata dirette ad integrare la previdenza pubblica esistevano già prima del D. Lgs. n. 124 del 1993 (gli iscritti ai fondi preesistenti al D. Lgs. n. 124 del 1993 sono 665.561 cfr. Relazione COVIP per l’anno 2005, in www.COVIP.it, tav. 1.1, 13) esse non hanno avuto una grande diffusione perché erano fondi costituiti nella maggior parte dei casi ad iniziativa dei lavoratori con redditi elevati (i soli che potevano permettersi di destinare una parte della retribuzione al finanziamento della previdenza privata) e perché fino a quando il sistema previdenziale obbligatorio (c.d. primo pilastro) è stato in grado di assicurare un adeguato tasso di sostituzione tra ultima retribuzione e pensione pubblica, l’esigenza di una pensione privata integrativa non era, in concreto, avvertita (ciò era dovuto principalmente al fatto che, alla fine degli anni ’60, era stato introdotto il sistema “retributivo” di calcolo delle pensioni). V. D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 118 ss.; M.E. SALERNO, *Fondi Pensione “negoziali”, costituzione, gestione e vigilanza*, Milano, 2002, 16 ss. e C. DAMIANO, *La riforma della previdenza complementare, un anticipo necessario*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2007, V, 721 ss.; S. PICCINNINNO, *La previdenza complementare in Italia*, in G. Loy, P. Loi (a cura di), *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, 2005, 198 ss.; e M. PROCOPIO, *Finanziamento a favore dei Fondi Pensione: ragioni e opportunità*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XX, 1278 ss.; C. GIURO, *La pianificazione previdenziale*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, IX, 593 ss.; M.E. SALERNO, *Fondi Pensione “negoziali”, costituzione, gestione e vigilanza*, Milano, 2002, 18 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare : fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 28 ss.; A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del Welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell’azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss.; B. VENEZIANI, *La crisi del welfare state ed i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1996, I, 69; L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, I, 14 ss.; F. CARINCI, *La previdenza privata nei sistemi di Welfare: principi generali ed evoluzione storica. Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in AA. VV.(a cura di), *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, Milano, 2004, 3, 3126 ss.; M. MINIELLO, *La previdenza complementare*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 1993, II, 355 ss. v. anche R. PESSI, *Corrispettività e solidarietà nel nuovo sistema previdenziale*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 48 . R. PESSI, *Corrispettività e solidarietà nel nuovo sistema previdenziale*, in R. PESSI (a cura di) *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 57 ss e R. PESSI, *La previdenza complementare tra legge e contratto*, in R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 113 ss.

²⁸⁸ Così R. FLAMINIA, *La previdenza integrativa tra pubblico e privato*, in AA. VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro, NGL – suppl.*, Roma, 1989, 202 .

²⁸⁹ La teorica del doppio pilastro «è stata fatta propria dalla Corte Costituzionale, con una ben nota rilettura dell’art. 38 Cost., “forzante” fino al punto di ricondurre previdenza di base e complementare e integrativa sotto la comune ed inscindibile copertura del secondo e del quarto comma e condannando il quinto a far da contenitore vuoto o quasi vuoto». Così F. CARINCI, *La*

«ridistribuendola tra una previdenza di base alleggerita ed una complementare ed integrativa via via appesantita²⁹⁰»²⁹¹.

Basti al riguardo ricordare che tale tesi ha avuto l'avallo della giurisprudenza comunitaria²⁹², ma soprattutto costituzionale e che tale "sugello" è stato fornito proprio dall'analisi della natura delle prestazioni di previdenza complementare²⁹³.

previdenza privata nei sistemi di Welfare: principi generali ed evoluzione storica. Aspetti problematici e prospettive de jure condendo, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, 3, 3123 ss.

²⁹⁰ F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in M. BESSONE (a cura di) *Previdenza complementare*, Torino, 2000, XXV. Cfr. anche M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005, 223.

²⁹¹ R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1988, 63; della medesima opinione anche P. SANDULLI, *Previdenza complementare* (voce), in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., vol. XI, 1995, 243; P. BOZZAO, *La previdenza complementare in Italia e in Europa*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, n. 35, inserto, XXVIII.

²⁹² Corte giustizia CE, 21 Settembre 1999, causa C-67/96, tra *Albany International BV e Stichting Bedrijfspensiofond Textielindustrie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, 2, 209, nota di M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*. La Corte di Giustizia Europea ha chiarito che la soddisfazione del diritto sociale alla previdenza, e in particolare, quello alle prestazioni pensionistiche può attuarsi anche tramite regimi pensionistici complementari. In proposito, v. M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, II, 209 ss.; A. ANDREONI, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia*. (Riflessioni sul caso Albany), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, II, 981; S. PICCININNO, *La natura dei Fondi Pensione alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia europea*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, II, 296 ss. V. anche Corte di giustizia CE 25 gennaio 2007, causa C-278/05, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, 275, nota di A. SGROI, *Obblighi del legislatore nazionale per la tutela di posizione di previdenza complementare a seguito di inadempimento del datore di lavoro insolvente*, 734, laddove i Giudici comunitari hanno individuato l'esistenza di un diritto soggettivo del lavoratore a mezzi adeguati alle esigenze di vita nel momento del raggiungimento dell'età per il pensionamento di vecchiaia, affermando che tali mezzi adeguati devono essere garantiti dal combinarsi virtuoso della previdenza obbligatoria e di quella complementare; cfr. anche R. PESSI, *Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione*, Padova, 2008, 77

²⁹³ R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare* (Nota a sentenza Corte Costituzionale 28 luglio 2000, n. 393), in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, 965 ss. . v. anche A. TURSI, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, tomo II, 1731 ss., secondo cui «può ben dirsi che attraverso la previdenza complementare il Legislatore previdenziale ha inteso promuovere la canalizzazione dell'iniziativa privata verso l'obiettivo del mantenimento del tenore di vita attivo» e, quindi, «deve riconoscersi che il principio di adeguatezza della tutela ex art 38, secondo comma, cost., si traduce, in materia di previdenza complementare, in un principio di effettività del diritto di accedere a forme di previdenza complementare, cui deve accompagnarsi una tutela legislativa del diritto alla prestazione, di portata analoga a quella riferibile alle prestazioni di previdenza obbligatoria». T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in AA. VV. (a cura di), *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda ed altri studi*, Padova, 2005, 756 ss., il quale sostiene che «queste regole e queste agevolazioni si possono giustificare senza far coincidere in toto la previdenza complementare con lo schema pubblico dell'art. 38, ma appunto sottolineando che essa corrisponde al soddisfacimento di interessi non privatistici e neppure necessari in senso pubblicistico ma sempre socialmente rilevanti». v. anche A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare*

Invero, l'assoggettabilità al contributo di solidarietà delle somme destinate alla previdenza integrativa ha aperto la strada alla possibile qualificazione della prestazioni integrativa quale prestazione previdenziale erogata al verificarsi di un evento.

Il principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Cost. ha permesso alla Corte Costituzionale con la sentenza 3 ottobre 1990, n. 427 di introdurre un “legame” tra la “previdenza privata integrativa” e la previdenza pubblica.²⁹⁴

A ciò si aggiunga che nella versione “originaria” del D.lgs. n. 124/1993 non erano state stabilite regole “specifiche” per l'erogazione delle prestazioni limitandosi a rinviare alle fonti istitutive il compito di stabilire i requisiti di accesso, nei limiti di quanto previsto dall'art. 7 della medesima legge, l'art. 15, l. n. 335 del 1995 ha aggiunto il comma 8 *quinques* all'art. 18, D. Lgs. n. 124 del 1993 che disciplinava i fondi preesistenti alla legge 421/1992.

Tale norma stabiliva che condizione per l'accesso alle prestazioni complementari erogate da fondi a prestazione definita era la possibilità di godimento del rispettivo trattamento previdenziale obbligatorio.

Viene quindi “legata”, con un nodo gordiano, la previdenza complementare (anche quella preesistente al D. Lgs. n. 124 del 1993) alla previdenza obbligatoria ed è quindi sancito il principio che, anche con riferimento a queste pensioni, non possa più riferirsi a trattamenti “aggiuntivi” ma comunque di trattamenti integrativi alla previdenza obbligatoria²⁹⁵.

L'efficacia dirompente del citato art. 15, l.n. 335/95 ha determinato il vaglio della medesima norma di fronte alla Corte Costituzionale con riferimento agli artt. 39, 41, 3 e 38 della Cost.

Con ordinanza 9 luglio 1999, n. 289, il Giudice delle leggi ha ritenuto inammissibile la questione atteso che, nel frattempo, era entrata in vigore la “modifica” della disposizione avvenuta con l'art. 59, comma 3, L. n. 449/1997.

state: *autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss.

²⁹⁴ Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 239, con nota di P. TOSI, *La previdenza integrativa dopo a sentenza n. 427/90 della Corte Costituzionale*,

²⁹⁵ G. CIOCCA, *Le prestazioni*, M. Bessone e F. Carinci (a cura di), *La previdenza complementare, Commentario di diritto del lavoro*, (diretto da) F. Carinci, Torino, 2004, 427 e ss.

Questa norma ha sancito che il “*trattamento si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina obbligatoria di appartenenza*”. Alla luce dell'art. 59, comma , L. n. 449/1997, tutti i fondi preesistenti di tipo integrativo, così come tutte le “nuove” forme di previdenza complementare dovevano ritenersi “obbligati” a garantire le proprie prestazioni solo dopo che l'aderente avesse maturato i requisiti stabiliti per la tutela dell'evento dalla previdenza obbligatoria.

Sono state sollevate numerose questioni di legittimità costituzionale anche con riferimento al modificato art. 59, comma 3, L. n. 449/1997.

I dubbi di legittimità costituzionale della normativa citata, erano stati sollevati proprio in rapporto al principio della libertà di assistenza privata e di organizzazione sindacale *ex artt.* 38, comma 5, e 39 Cost.

Chiamata a pronunciarsi sulla questione, la Corte Costituzionale ha chiarito che la disciplina vincolistica in materia di prestazioni erogabili dai fondi di previdenza complementare era non solamente ragionevole, ma confermativa dell'esistenza di un nesso strutturale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare.

Proprio sul “campo” delle prestazioni previdenziali è stato sancito il principio della concorrenza funzionale della previdenza complementare a quella pubblica per la realizzazione degli scopi di cui all'art. 38, comma 2, Cost.

Invero, la Corte Costituzionale²⁹⁶ ha avuto modo di chiarire, anche con la sentenza n. 393/2000, peraltro successivamente confermata²⁹⁷, che la previdenza

²⁹⁶ Corte costituzionale 3 ottobre 1990, n. 427; Corte costituzionale 8 settembre 1995, n. 421; Corte costituzionale 8 giugno 2000, n. 178, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 91, nota di P. SANDULLI, *Vicende legislative e giudiziarie della contribuzione a previdenza complementare nel pregresso regime*; in tale prospettiva, seppur con diverse sfumature, P. SANDULLI, *Il decreto legislativo n. 124/93 nel sistema pensionistico riformato*, in AA.VV., *I fondi pensione*, 1993; P. BOER, *Il divieto di liquidare la pensione integrativa in assenza della pensione di base*, in *Inf. prev.*, 1997, 73; contro la decisione della Corte v. G. PROIA, *La Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 182.

²⁹⁷ Corte costituzionale, 27 luglio 2001, n. 319, in *Notiziario giur. lav.* 2002, 250, con la quale la Corte Costituzionale ha nuovamente rigettato le questioni di costituzionalità sempre con riferimento all'art. 18 comma 8 quinquies, D. lgs. n. 124/1993 e dell'art. 59, comma 3, l. n. 449/97, affermando che «*La previdenza complementare (integrativa o aggiuntiva del trattamento erogato dall'assicurazione generale obbligatoria) si colloca nell'alveo dell'art. 38, comma 2, Costituzione secondo la scelta legislativa di istituire un collegamento funzionale tra la previdenza complementare e quella obbligatoria, quale momento essenziale della complessiva riforma della materia al fine di assicurare funzionalità ed equilibrio all'intero sistema pensionistico. L'autonomia negoziale e la libertà di iniziativa privata devono comunque cedere di fronte ad interessi di ordine superiore, economici e sociali che assumono rilievo a livello costituzionale*».

complementare, proprio in tema di prestazioni, deve ritenersi funzionalizzata a quella pubblica, affermando che *«alla stregua dell'evidenziato quadro normativo [gli interventi degli anni '90, n.d.a.] non può più essere posta in dubbio la scelta del legislatore, enunciata dalla L. 23 ottobre 1992, n. 421, e, via via, confermata nei successivi interventi, di istituire [...] un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art. 38, secondo comma, della Costituzione»*^{298 299}.

Per quanto interessa, appare fondamentale anche il principio sancito dalla pronuncia del Giudice delle leggi che, con riferimento alla asserita violazione dell'art. 39 Cost. e in tema di prestazioni, ritiene che *«l'autonomia collettiva non esclude la configurabilità di limiti legali, potendo essa venire compressa o, addirittura, annullata nei suoi esiti concreti»*³⁰⁰.

Di conseguenza non possono non trovare giustificazione i limiti e i vincoli adottati all'autonomia collettiva, per quanto attiene, segnatamente alla disciplina dell'accesso ai relativi trattamenti.

È evidente che tale principio può essere degno di tutela e, soprattutto, essere un interesse gerarchicamente sovraordinato a quello della autonomia collettiva, solo se

²⁹⁸ La sentenza in commento, peraltro, non ha posto fine alla *querelle* dottrinale sul fondamento costituzionale della previdenza complementare. A tal proposito, secondo M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 715, il problema dell'inquadramento costituzionale della previdenza complementare non può dirsi concluso, a causa del succedersi di interventi, o, al limite, di inerzie legislative, che lasciano incompiuto il disegno delineato dalla Corte costituzionale, e che non consentono di distinguere la funzionalizzazione della previdenza complementare alla realizzazione dello stesso interesse pubblico di cui alla previdenza obbligatoria, dalla funzione di risparmio individuale (caratterizzato soltanto da una specifica normativa promozionale in ordine all'imposizione fiscale ed all'allocazione delle risorse).

²⁹⁹ La Corte Costituzionale sembrerebbe quindi, avere risolto la vivace discussione dottrinale sorta intorno alla collocazione costituzionale della previdenza complementare, ma si è osservato che la Corte costituzionale si è limitata a prendere atto della volontà legislativa di tentare di risolvere l'emergenza delle in gestibilità dei costi pubblici e che *«porta la previdenza complementare dei privati verso il sistema della previdenza pubblica, piegando la natura della prima alle esigenze della seconda e, in particolare, alla necessità di contenimento della spesa disponibile da parte di quest'ultima»*, così G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note in margine ad un recente convegno)*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 116; nonché G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 621. Secondo altri l'attuale processo di funzionalizzazione della previdenza complementare è stata determinato dalla una decisione dettata da *«esigenze contingenti, come tali, estranee alla logica del complessivo sistema previdenziale come risulta designato dal legislatore costituzionale»*. Così M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn dir. rel. ind.*, 2000, 222.

³⁰⁰ Sentenza Corte Cost. n. 393/2000, in *Mass. Giu. Lav.* 2000, 965 con nota di R. PESSI.

la previdenza “integrativa” deve concorrere agli interessi di cui al comma 2, art. 38, della Cost.

È quindi più che mai attuale il tema della autonomia individuale e della autonomia collettiva in tema di prestazioni e anticipazioni, anche al fine di verificare se le conclusioni adottate dalla Corte Costituzionale possono ritenersi ancora condivisibili alla luce del D. lgs. n. 252 del 2005.³⁰¹

*** **

C. Il ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale in tema di prestazioni di previdenza complementare

Il tema delle prestazioni deve ritenersi di particolare rilevanza anche perché l'appeal della previdenza complementare (e conseguentemente le possibilità di un reale sviluppo della stessa) può essere garantito proprio dalla offerta di vantaggiosi trattamenti economici in favore degli aderenti.³⁰²

A prescindere dai “comportamenti inerziali”³⁰³ dovuti ai meccanismi di adesione (anche tacita) alla previdenza complementare, è opportuno sottolineare che il “futuro” della previdenza complementare è certamente legato alla capacità degli “operatori” di renderla “appetibile” e, cioè, di potere offrire all'aderente una proposta convincente soprattutto in tema di prestazioni³⁰⁴.

³⁰¹ Come già riferito nel capitolo primo, tanto sembrerebbe, almeno ad un primo (e non pacifico) esame della riforma atteso che tra gli scopi (se non lo Scopo) della - terza - riforma della previdenza complementare vi è stata la necessità “di innestare sull'esistente tronco normativo le misure e i rimedi necessari per fare del “secondo pilastro” del sistema previdenziale italiano, da realtà poco più che virtuale, una presenza di assoluto rilievo non solo nel sistema previdenziale, ma anche nel mercato dei capitali” A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in *La nuova disciplina della Previdenza complementare*, in A. Tursi (a cura di), *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, nn. 3 e 4 537 e ss.. P. BOER, *Nuova disciplina e vecchie problematiche*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, n. 49, inserto, III; M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004*, in www.unicz.it/lavoro, 2004; M. CINELLI, C. A. NICOLINI, *Nuova legge sulle pensioni: riforma scritta “a matita”*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 186. Per una disamina organica (e non limitata al tema delle prestazioni e delle anticipazioni) v. F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, XXV

³⁰² Per un'approfondita disamina sul “necessario” sviluppo della previdenza complementare in Italia, v. M. MESSORI, *La previdenza complementare in Italia: un quadro introduttivo*, M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 17 e ss.; FERRERA e JESSOULA, *Italy: a Narrow Gate, for Path-Shift*, in *Immergut, Anderson e Schulze, The handbook of West European Pension Politics*, Oxford, 2007, p. 395 e ss.

³⁰³ V. E. FORNERO - F. TAPPA, *Il risparmio previdenziale: scelte consapevoli o comportamenti inerziali?*, M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 203 e ss.

³⁰⁴ E. FORNERO, *L'economia dei Fondi pensione. Potenzialità e limiti della previdenza privata in Italia*, Bologna, 1999.

Come si andrà ad illustrare nel proseguo, il Legislatore non è stato affatto miope a tali esigenze ed ha “strutturato” una disciplina in tema di prestazioni (così come di anticipazioni) “promozionale” e volta - più che a garantire un sistema coerente (soprattutto con i citati insegnamenti della Corte Costituzionale) in tema di funzionalizzazione della previdenza complementare a quella pubblica - ad assicurare all’individuo, anche da un punto di vista operativo, numerose “alternative” all’erogazione di una rendita fissa e perpetua, concedendo all’aderente la facoltà di “optare” per prestazioni in capitale ed “una tantum” (difficilmente conciliabili con un fine “previdenziale” e soprattutto con lo uno scopo di “sostegno” al primo pilastro)³⁰⁵.

D’altronde il Legislatore delegato è stato lasciato a “mani libere” dal Legislatore delegante che, nel D. Lgs. n. 243 del 2004, si è limitato - in tema di prestazioni - a stabilire all’art. 1, comma 2 lett. e) n. 11, l’ *“assoggettamento delle prestazioni di previdenza complementare a vincoli in tema di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità analoghi a quelli prevista dalla previdenza di base”* e all’art. 1, comma 2, lett. e), n. 4) di definire *“regole comuni”* per le varie forme di previdenza complementare anche sul piano delle prestazioni.³⁰⁶

La disciplina adottata dal Legislatore delegato è, da un lato, “conservatrice” nel senso che si radica nel solco già tracciato dal D. Lgs. n. 124 del 2003, ma, per alcuni aspetti (su cui si tornerà approfonditamente in seguito), profondamente innovatrice.

³⁰⁵ In merito alla necessità di rendere “effettivo” il secondo pilastro della previdenza v. A. Tursi, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001.

³⁰⁶ Invero, il D. Lgs. n. 243 del 2004 sembra occuparsi delle prestazioni solo *incidenter tantum* come, ad esempio, in materia di disciplina fiscale (su cui si tornerà nel proseguo). Invero, l’art. 1, comma 2 lett. i) prevede la necessità di: *“ridefinire la disciplina fiscale della previdenza complementare introdotta dal decreto legislativo 18 febbraio 2000, n. 47, in modo da ampliare, anche con riferimento ai lavoratori dipendenti e ai soggetti titolari delle piccole e medie imprese, la deducibilità fiscale della contribuzione alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali, tramite la fissazione di limiti in valore assoluto ed in valore percentuale del reddito imponibile e l’applicazione di quello più favorevole all’interessato, anche con la previsione di meccanismi di rivalutazione e di salvaguardia dei livelli contributivi dei fondi preesistenti; superare il condizionamento fiscale nell’esercizio della facoltà di cui all’articolo 7, comma 6, lettera a), del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni; rivedere la tassazione dei rendimenti delle attività delle forme pensionistiche rendendone più favorevole il trattamento in ragione della finalità pensionistica; individuare il soggetto tenuto ad applicare la ritenuta sulle prestazioni pensionistiche corrisposte in forma di rendita in quello che eroga le prestazioni”*.

Alcune “novità” della disciplina in tema di prestazioni e anticipazioni sono state dettate (*rectius*: necessitate) da altre modifiche apportate (in altri ambiti) dal D. Lgs. n. 252 del 2005.

Aspetto assai rilevante della riforma è (come già accennato e come chiaramente preteso dalla legge delega 243 del 2004) quello della “equiparazione” tra le diverse forme pensionistiche complementari³⁰⁷.

Nel D. Lgs. n. 124 del 1993 (così come modificato dal D. lgs. 18 febbraio 2000, n. 47) vi era una divaricazione di discipline tra il regime dei fondi pensioni aperti (o negoziali) e delle forme pensionistiche individuali. Con specifico riferimento alle prestazioni e alle anticipazioni, all’art. 7 del D. Lgs. 124 del 1993 erano disciplinate le prestazioni e alle anticipazioni dei fondi pensioni aperti, mentre la disciplina in tema di forme pensionistiche individuali era inserita all’art. 9 *bis* (in caso di adesione a fondi pensioni aperti) e all’art. 9 *ter* (in caso di perfezionamento di accordi assicurativi sulla vita)³⁰⁸.

La logica della riforma del 2005, volta alla (tendenziale) equiparazione delle varie forme pensionistiche previdenziali e, conseguentemente, all’omogeneizzazione delle loro discipline ha stabilito all’art. 11 del D. Lgs. 252 del 2005 una sorta di unificazione delle discipline in tema di prestazioni e anticipazioni.³⁰⁹

³⁰⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle previsioni relative ai fondi pensione c.d. “preesistenti” (*i.e.* istituiti prima dell’entrata in vigore della legge n. 421/1992) ai quali l’art. 20 del D. Lgs. n. 252 del 2005 impone – diversamente dall’abrogato art. 18, d.lgs. n. 124/1993 - di uniformarsi alle norme del decreto n. 252, seppur con modalità e tempi da fissarsi in un apposito decreto interministeriale

³⁰⁸ Tale diversità di disciplina determinava che, per le forme pensionistiche individuali attuate mediante adesione ai fondi aperti, vi era un’autonoma disciplina in tema di prestazioni (che comunque rimandava parzialmente all’art. 7, comma 2, del D. Lgs. 124 del 1993) ed erano vietate le anticipazioni delle prestazioni (ex art. 9, comma 4). Per le forme pensionistiche individuali attuate mediante assicurazioni sulla vita l’art. 9 *ter* del D. Lgs. n. 124 del 1993 rinvia al già citato art. 9, comma 4, D. lgs. n. 123 del 1994. Era comunque consentito il riscatto parziale o totale ai sensi dell’art. 10, comma 1 *bis*, del D. Lgs. n. 124 del 1993. V. A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 405 e ss.; M. P. GENTILI, *La natura dei trattamenti pensionistici complementari*, in *Temi Romana*, 2002, II e III, 85 e ss.

³⁰⁹ Al riguardo, si rileva che l’art. 12 e 13 del D. Lgs. n. 252 del 2005 prevedono l’applicabilità della disciplina generale in tema di prestazioni rispettivamente nei confronti dei Fondi pensione aperti e delle forme pensionistiche individuali. Eccezione alla regola “generale” è la disciplina stabilita per le forme di previdenza complementare istituite prima dell’entrata in vigore del D. Lgs. 421 del 1992 (*i. c.d.* fondi preesistenti). In ordine alle “particolarità” della disciplina dei fondi c.d. preesistenti si rileva che il comma 6 dell’art. 20 stabilisce che: “*l’accesso alle prestazioni per anzianità e vecchiaia assicurate dalle forme pensionistiche di cui al comma 1 [forme preesistenti, n.d.r.], che garantiscono prestazioni definite ad integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio, è subordinato alla liquidazione del predetto trattamento*”. La disposizione citata non

Verificato, quindi, che il “cuore” della disciplina in tema di prestazioni e anticipazioni è l’art. 11 del D. Lgs. n. 252 del 2005 è ora opportuno passare all’analisi della disciplina in esso contenuta e verificare quale sia il ruolo riservato da esso all’autonomia individuale e all’autonomia collettiva.

L’art. 11, comma 1, del D. Lgs. 252 del 2005 stabilisce che: “*Le forme pensionistiche complementari definiscono i requisiti e le modalità di accesso alle prestazioni nel rispetto di quanto disposto dal presente articolo*”.

Per forme di previdenza complementare sembrano doversi intendere le forme pensionistiche individuali e collettive disciplinate dal D. Lgs. n. 124 del 1993 ed anche le forme individuali introdotte con il D. Lgs. n. 47 del 2000 che, anche alla luce del già accennato principio unificatore della riforma, non si pongono “*in un rapporto di complementarità, ma di continenza (delle seconde alle prime)*”.³¹⁰

D'altronde sarebbe stato assolutamente incoerente un sistema di previdenza complementare che in tema di libertà di scelta del fondo, di portabilità del contributo datoriale o di trasferimento a una forma pensionistica individuale, avesse previsto una “equiparazione” (o, comunque, sarebbe stato orientato verso

fa che ribadire quanto già espresso dall’abrogato art. 18, comma 8 *quinques*, del D. lgs. 124 del 1993. Per quello che interessa ai fini del presente studio è opportuno sottolineare come, nel caso dei fondi preesistenti a prestazione definita, il Legislatore si sia preoccupato di legare la prestazione di previdenza complementare a quella obbligatoria in modo ancora più stringente, atteso che (con buona pace dell’autonomia individuale), per poter essere erogata la prestazione complementare non si è limitato a stabilire (come nella generalità dei casi) la necessità di avere maturato i requisiti alla pensione obbligatoria, ma si è addirittura preoccupato di garantire la prestazione complementare solo in caso di liquidazione di quella obbligatoria. Sempre in deroga alla disciplina generale, l’art. 20, comma 7 del D. Lgs. n. 252 del 2005 prevede che per i. c.d. fondi preesistenti gestiti in modo prevalente con il sistema della ripartizione e colpiti da squilibri finanziari accertati con decreto ministeriale “*possono deliberare di continuare*”, sotto la loro responsabilità, a derogare alla disciplina stabilita dall’art. 11 (oltre che dall’art. 8) del D. Lgs. 252 del 2005, in tema di prestazioni stabilite per le “altre” forme pensionistiche complementari. A ciò si aggiunga che, sempre in tema di fondi c.d. preesistenti, l’art. 23, comma 7, del D. lgs. n. 252 del 2005 sancisce che gli iscritti ad un Fondo preesistente e assunti prima del 29 aprile 1993 potranno richiedere la liquidazione in capitale anche al di fuori dei limiti imposti dall’art. 11. In realtà tale facoltà è stata prevista, al di fuori della regola generale, poiché i fondi preesistenti erano spesso costituiti per erogare, al momento del pensionamento, una somma capitale. Per una disamina complessiva della disciplina dei fondi pensione preesistenti alla luce della riforma del D. Lgs. n. 252 del 2005, v. A. OCCHINO, *Le forme pensionistiche cd. preesistenti*, A. Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3 – 4, 2007, 847 e ss. A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, p. 258 e ss.; A. PANDOLFO, *Forme pensionistiche preesistenti e processo di adeguamento*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, 38, 1778 e ss.

³¹⁰ A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, (a cura di) A. Tursi, *La nuova disciplina della Previdenza complementare*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, nn. 3 e 4 540 ma anche A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 47 e ss.

“equiparazione”)³¹¹ tra le varie forme di previdenza complementare e, diversamente, avesse mantenuto delle significative differenze in tema di prestazioni.

Se, quindi, il Legislatore delegato ha cercato di garantire, per quanto possibile, la equiparazione delle discipline per le tutte le forme di previdenza complementare (in tema di finanziamento, trasferibilità della posizione etc.) per assicurare ed anzi favorire la concorrenza, non si è potuto sottrarre dal prevedere una disciplina uniforme anche in tema di prestazioni e anticipazioni.

Ciò posto e con specifico riferimento al tema di indagine (il ruolo della autonomia individuale e dell'autonomia collettiva), si rileva che il già citato comma 1 dell'art. 11 del D. Lgs. n. 252 del 2005, sembra confermare una “certa” libertà da parte delle forme di previdenza complementare nella individuazione dei requisiti e delle modalità di accesso alle prestazioni³¹², pur se si preoccupa subito dopo di limitarla al fine di garantire il “rispetto di quanto disposto dal presente articolo”³¹³.

L'*incipit* della disposizione (molto più che i successivi commi, su cui si dirà tra breve) sembra essere coerente con il delicato equilibrio del sistema della previdenza complementare così come delineato dalla Corte Costituzionale e volto alla “funzionalizzazione” della previdenza complementare, funzionalizzazione che determina (*rectius*: che dovrebbe determinare) limiti più stringenti soprattutto all'autonomia individuale.

Nonostante, il condivisibile “intento” del primo comma dell'art. 11 del D. Lgs. 252 del 2005, è ora da verificare se nella successiva “architettura” della

³¹¹ Sulle linee di fondo della riforma v. A. TURSI, *La terza riforma della previdenza complementare in itinere: spunti di riflessione*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2005, p. 513 e ss.; M. CINELLI, *Alcune riflessioni sulla previdenza complementare riformata*, in *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 2007, 406. In tema di finanziamento della previdenza complementare, v. V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del TFR*, (a cura di) A. Tursi, *La nuova disciplina della Previdenza complementare*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, nn. 3 e 4 692 e ss.

³¹² Intendendosi per prestazioni “i trattamenti riferiti, oltre che alla vecchiaia ad all'anzianità di lavoro, alle ipotesi di invalidità, di inabilità e di morte... Ciò del resto in coerenza con la disciplina promozionale, che si giustifica solo in relazione alla funzionalizzazione tra il sistema di previdenza obbligatoria e quello di previdenza complementare” (v. R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 573).

³¹³ Secondo l'originario testo dell'art. 7, comma 2, del D. lgs. n. 124 del 1993, l'autonomia collettiva aveva il compito di definire i requisiti di accesso alle prestazioni e alla gradualità dello stesso. L'ampio “potere” affidato alla autonomia collettiva si evince altresì dalla facoltà di definire l'entità delle prestazioni, la liquidazione delle prestazioni in capitale anziché in rendita.

disposizione il Legislatore abbia colto appieno il rapporto tra previdenza complementare disegnato dalle riforme del 1992 e del 1995 e fatto proprio dalla Corte costituzionale nei suoi ripetuti interventi.

Invero, il successivo comma 2 dell'art. 11 del D. Lgs. n. 252 del 2005 prevede che: *“Il diritto alle prestazioni pensionistiche si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari”*.

Tale disposizione sembrerebbe coerente con l'insegnamento della Corte Costituzionale, atteso che “lega” il diritto alla prestazione di previdenza complementare alla maturazione dei requisiti (e non alla liquidazione, come è previsto per i fondi preesistenti ex art. 20, comma 6, D. lgs. n. 252 del 2005), adottando, quindi, una soluzione in armonia con l'interesse solidaristico alla tutela previdenziale, legando funzionalmente la disciplina della previdenza complementare a quella obbligatoria.

Ciò determina, a livello di libertà (o di autonomia) individuale delle necessarie (e severe) conseguenze. Invero, il singolo non potrà contare sull'apporto della pensione complementare solo per poter anticipare l'uscita dal mondo del lavoro in epoca precedente a quella di maturazione del diritto alla pensione pubblica.³¹⁴

Non solo. L'effetto potenzialmente dirimente del comma in esame sulle scelte del singolo, che non potrà in alcun modo intervenire adottando scelte “proprie”, si determinerà anche in (future, eventuali e probabili)³¹⁵ modifiche dei requisiti di accesso alla pensione obbligatoria. Ciò, invero, determinerà come necessaria conseguenza anche la “ridefinizione automatica” dei requisiti di accesso alla prestazione complementare, con una indubbia contrazione del diritto di scelta (*rectius*: anche solo delle aspettative) del singolo.

³¹⁴ S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, A. Tursi (a cura di), *La nuova disciplina delle previdenza complementare*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 2007, 3 – 4, v. 757 e ss.; A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 49.

³¹⁵ Come peraltro già avvenuto proprio in forza delle L. n. 243 del 2004 che, diversamente dalla L. n. 335 del 1995, ha previsto che l'assicurato non potrà più decidere (maturati gli altri requisiti di stabiliti dalla legge) di andare in pensione nell'arco temporale compreso tra i 57 e i 65 anni di età, ma se l'anzianità contributiva non raggiunge i trentacinque anni, l'età pensionabile dovrà necessariamente essere di 60 anni per le donne e di 65 anni per gli uomini.

Per potere essere erogata, è altresì necessaria una partecipazione alla forma pensionistica complementare di almeno cinque anni. Tale requisito era presente anche nella disciplina dell'abrogato art. 7 del d. lgs. n. 124 del 1993. Non viene più ricordato (diversamente da quanto stabilito dall'art. 7 dl D. lgs. n. 124 del 1993) il requisito della cessazione dell'attività lavorativa, ma il rinvio alla maturazione della pensione pubblica determina, indirettamente, anche la condizione della cessazione dell'attività lavorativa ex art. 10, comma 6, D. lgs. n. 503 del 1992.

Appare quindi possibile sostenere che, almeno in linea di principio - e in prima approssimazione -, è stato confermato che la previdenza complementare è funzionalmente riconducibile a quella obbligatoria e che il suo referente costituzionale debba necessariamente essere il comma 2 dell'art. 38 della Costituzione, lasciando uno spazio piuttosto limitato alla autonomia individuale e collettiva.

A ciò si aggiunga che, dal confronto con la disciplina stabilita dall'art. 7 del D. Lgs. 124 del 1993, sembra essere stato ulteriormente ridotto lo spazio dell'autonomia collettiva.

Invero, l'art. 7 del D. Lgs. n. 124 del 1993 demandava alle fonti costitutive dei fondi pensione - nel rispetto di alcuni limiti derivanti dal collegamento con la previdenza obbligatoria - l'accesso alla prestazione di previdenza complementare. In particolare, l'art. 7, comma 3, del D. Lgs. n. 124 del 1993 prevedeva che le fonti costitutive potessero, per i trattamenti di anzianità, prevedere forme graduali di accesso. Nella disciplina attualmente in vigore tale facoltà sembra essere stata esclusa, atteso che non è più concesso alcuno "spazio" all'autonomia collettiva per definire forme di accesso alle prestazioni previdenziali diverse da quelle stabilite dal D. Lgs. n. 252 del 2005 (o cui il D. Lgs. n. 252 del 2005 fa riferimento).

Sempre con riferimento al "legame" tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare e al diritto di vedersi riconosciuti i trattamenti stabiliti dalla seconda solo in caso di maturazione del diritto stabiliti per la prima è necessario affrontare subito una ulteriore previsione dell'art. 11 e, cioè, il comma 4, che prevede: *"Le forme pensionistiche complementari prevedono che, in caso di cessazione dell'attività lavorativa che comporti per un periodo superiore a 48 mesi, le prestazioni pensionistiche siano, su richiesta dell'aderente, consentite con un*

anticipo massimo di cinque anni rispetto ai requisiti per l'accesso alle prestazioni del regime obbligatorio di appartenenza".

Questa disposizione è una “novità” del D. Lgs. n. 252 del 2005, e risulta evidentemente ispirata alla volontà di concedere all’individuo spazi sempre più rilevanti di scelta.

Senza volere affrontare in questa sede i difficili rapporti tra detta disposizione e quelle relative al riscatto ai sensi dell’art. 14 del D. lgs. n. 252 del 2005 (che stabilisce, come già esposto nel recedente capitolo, la possibilità di chiedere il riscatto in caso di inoccupazione per più di 48 mesi e di invalidità permanente che determini una riduzione della capacità lavorativa per più di un terzo, eccetto che nei casi in cui possa “applicarsi” l’art. 11, comma 4, in esame) si rileva che la volontà di concedere ampi spazi all’autonomia individuale (nella perdurante assenza di ruolo della autonomia collettiva) è, con ogni probabilità, dovuta dalla volontà del Legislatore delegato di non spaventare l’ “individuo” da un sistema troppo rigido e insensibile alle esigenze del singolo.

Invero, secondo la citata disposizione, l’aderente potrà richiedere, in caso di inoccupazione della durata di 48 mesi, di godere delle prestazioni previdenziali con un anticipo massimo di cinque anni rispetto a quelle stabilite dal regime obbligatorio.

Il comma 4 dell’art. 11 D. Lgs. n. 252 del 2005 è piuttosto pleonastico, in quanto appare inutile la possibilità di poter incominciare a godere di prestazione di previdenza complementare dopo 48 mesi di stato di inoccupazione, nel senso che il Legislatore avrebbe, forse, dovuto adottare una scelta più coraggiosa, ma soprattutto più adeguata alle esigenze del singolo fissando un limite temporale inferiore a quello dei quarantotto mesi.

Quanto alla compatibilità tra la facoltà del singolo di anticipare trattamenti di previdenza complementare in caso di prolungata disoccupazione involontaria e la “funzionalizzazione” della previdenza complementare a quella obbligatoria, si rileva che, ad una prima analisi, tale facoltà potrebbe apparire come una incoerenza del sistema, in quanto “slegherebbe” i trattamenti pensionistici complementari da quelli pubblici.

A ben guardare, però, anche la facoltà di anticipare il pensionamento

complementare sino a 5 anni rispetto al sistema pubblico conferma la correlazione funzionale tra la previdenza complementare a quella obbligatoria. Invero, l'erogazione di una tale prestazione avrebbe, in ogni caso, una funzione previdenziale "ibrida" e, cioè, a metà tra un trattamento pensionistico e un ammortizzatore sociale (sul genere della "indennità di disoccupazione") e, comunque, riferibile al comma 2 dell'art. 38 Costituzione.

Se, fino a questa analisi, la disciplina detta in tema di anticipazioni dall'art. 11 appare essere coerente con la riconducibilità della previdenza complementare al comma 2 dell'art. 38 Cost., si rileva che negli altri commi dell'art. 11 del D. Lgs. n. 252 del 2005 si assiste ad una "esaltazione" dell'autonomia individuale, ad una mortificazione dell'autonomia collettiva e ad un difficile equilibrio tra la necessità di funzionalizzare la previdenza complementare a quella pubblica.

Il comma 3 dell'art. 11 del D. Lgs. n. 252 del 2005 stabilisce che: *"Le prestazioni pensionistiche in regime di prestazione definita e di prestazione definita possono essere erogate in capitale, secondo il valore attuale, fino ad un massimo del 50 per cento del montante finale accumulato, e in rendita. Nel computo dell'importo complessivo erogabile in capitale sono detratte le somme erogate a titolo di anticipazione per le quali non si sia provveduto al reintegro. Nel caso in cui la rendita derivante dalla conversione di almeno il 70 per cento del montante finale sia inferiore al 50 per cento dell'assegno sociale ... la stessa può essere erogata in capitale"*.

Dall'analisi del comma 3 dell'art. 11 non può che desumersi una "scelta di campo" del Legislatore che in tema di prestazioni (o almeno per alcuni aspetti della detta disciplina) decide di dare il massimo rilievo alle autonome scelte del singolo.

Con riguardo alla mortificazione dell'autonomia collettiva, basti rilevare che l'art. 11, comma 3, del D. Lgs. n. 252 del 2005 esclude qualsiasi tipo di intervento da parte dell'autonomia collettiva al fine di regolare o introdurre specifiche fattispecie relative alla liquidazione in capitale o in rendita della prestazione previdenziale.

Secondo una parte della dottrina,³¹⁶ l'art. 11, comma 3, del D. lgs. n. 252 del 2005 determinerebbe una riduzione dello spazio dell'autonomia individuale atteso che “*a differenza con il passato*” sarebbe stata eliminata la “facoltà” da parte dell'iscritto di chiedere la liquidazione in capitale, bensì vi sarebbe una mera “*possibilità*”. In realtà, però, la medesima dottrina rileva che lo schema di statuto e di regolamento emanato dalla COVIP in data 2 novembre 2006, si riferiscono alla “facoltà” (e non alla mera possibilità) dell'individuo di chiedere la erogazione di una somma in forma di capitale. Sembra quindi essere confermata ancora una volta la centralità dell'autonomia individuale.

Quanto alla scelta di volere accentuare il carattere individualistico della scelta di liquidare la prestazione in capitale o in rendita, basti rilevare che il Legislatore delegato è andato addirittura “oltre” la precedente disciplina.

Invero, seppur la “nuova” disciplina sembra ricalcare la precedente (atteso che stabilisce il limite della metà del montante accumulato da erogare in capitale) in verità i limiti della autonomia individuale si rilevano, di fatto, maggiormente flebili alla luce del terzo periodo dell'art. 11, comma 3, del D. Lgs. n. 252 del 2005 che stabilisce la possibilità della erogazione in capitale della prestazione nel caso in cui la rendita derivante dalla conversione di almeno il 70% del montante finale sia inferiore al 50% dell'assegno sociale.³¹⁷

La circostanza di prendere in considerazione, ai fini del calcolo, solo il 70% del montante finale e non il 100% di esso determina una maggiore facilità per l'individuo di vedersi erogata una somma in conto capitale.

L'aumento degli spazi dell'autonomia individuale, con particolare riguardo alla possibilità per l'individuo di vedersi assegnate somme in capitale (piuttosto che in rendita) determinano un incertezza (*rectius*: contraddizione) del sistema di

³¹⁶ G. CIOCCA, *Le prestazioni*, in *La previdenza complementare – art. 2113*, a cura di M. CINELLI, Milano, 2010, 355.

³¹⁷ S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, A. Tursi (a cura di), *La nuova disciplina delle previdenza complementare*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 2007, 3 – 4, v. 760 e ss.

previdenza complementare almeno rispetto a quanto stabilito dalla Corte Costituzionale.³¹⁸

Invero, se il “secondo pilastro” deve sorreggere la previdenza obbligatoria, è assolutamente “inopportuna” - ai fini della costruzione di un sistema coerente - la scelta del Legislatore delegato di offrire spazi (troppo) ampi per l’autonomia individuale che possono determinare l’erogazione di somme in capitale che, di certo, non possono essere “funzionalizzate” a sorreggere i trattamenti di previdenza obbligatoria.³¹⁹

Come già anticipato, questo è il “prezzo” da pagare per tentare di far decollare il sistema di previdenza complementare italiano lasciando al singolo la facoltà di potere disporre delle somme accantonate e di scegliere le modalità di corresponsione della erogazione, ma questo è, in particolare, un tentativo, neanche troppo celato, di tentare di rendere “meno traumatica” la scelta del lavoratore di devolvere il TFR alla previdenza complementare, lasciandogli la possibilità di “ripensarci” e, nel momento di maturazione dei requisiti pensionistici stabiliti per il regime di previdenza obbligatoria, di vedersi comunque riconosciuta una significativa somma di denaro in capitale.

Tra le novità del D. Lgs. n. 252 del 2005 in tema di disciplina delle prestazioni, vi è anche quella stabilita dal comma 5 dell’art. 11, secondo cui: *“A migliore tutela dell’aderente, gli schemi per l’erogazione delle rendite possono prevedere, in caso di morte del titolare della prestazione pensionistica, la restituzione ai beneficiari dallo stesso indicati del montante residuo o, in alternativa, l’erogazione ai medesimi di una rendita calcolata in base al montante residuale. In tale caso è autorizzata la stipula di contratti di assicurativi collaterali contro i rischi di morte o di sopravvenienza oltre la vita media”*.

³¹⁸ Tale criticità sembra insufficientemente temperata dalla circostanza che all’ammontare su cui calcolare l’importo in capitale devono essere preventivamente detratte le somme erogate a titolo di anticipazione per le quali non si sia dato luogo all’eventuale reintegro.

³¹⁹ Tanto è vero che parte della dottrina dubita che le somme erogate in capitale possano definirsi pensionistiche. In proposito, v. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del D. Lgs. n. 252/2005*, in *Prev. Ass. Pubbl. Priov.*, 2006, 145 e ss.

Precedentemente all'entrata in vigore di tale disposizione, parte della dottrina³²⁰ aveva già intuito che le fonti istitutive potessero stabilire forme di trattamenti di previdenza complementare di reversibilità a favore del soggetto che fosse già "titolare" del trattamento.

Il Legislatore delegato ha definitivamente chiarito tale possibilità attribuendo peraltro ai superstiti la possibilità di vedersi erogate somme a titolo di rendita piuttosto che di restituzione del montante contributivo.

Ad una interpretazione più attenta della norma è possibile altresì rilevare che, anche in questo caso, il Legislatore delegato ha cercato di conferire all'autonomia individuale un ruolo preminente.

Invero, la disposizione fa riferimento, per quanto riguarda i soggetti cui può essere concessa la possibilità di godere della rendita o di vedere restituito il montante contributivo, ai "beneficiari" indicati dall'aderente.

Non vi è quindi alcuna indicazione degli "eredi", ma di semplici soggetti legittimati.

L'aderente avrà quindi la possibilità di indicare i soggetti che preferisce diversamente dalla disciplina della pensione di reversibilità delle prestazioni della previdenza pubblica in cui i soggetti sono già indicati dalla legge.

Un altro strumento di flessibilità del sistema a favore della autonomia individuale.

*** **

D. Il ruolo dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale in tema di anticipazioni delle prestazioni di previdenza complementare

Anche in tema di anticipazioni, il Legislatore delegato si è preoccupato di garantire all'autonomia individuale la possibilità di potere compiere scelte che, seppur in contrasto con la funzione stessa della previdenza complementare, garantiscano al singolo di potere usufruire di somme capitali in epoca addirittura precedente a quella di maturazione dei requisiti per i trattamenti previdenziali pubblici.

³²⁰ V. VIANELLO, *Modifiche ed integrazioni al D. lgs. 124/1993: la nuova disciplina dei fondi pensione*, Cester (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, 1996, 509 e ss.

Su questo punto (e soprattutto su questo punto) che il Legislatore delegato ha “scelto” di adottare una disciplina che potesse ritenersi concorrenziale con quella civilistica del TFR.

Come noto i commi da 6 a 10 dell'art. 2120 c.c. prevedono che il lavoratore possa chiedere, in costanza di rapporto, un'anticipazione del TFR e che la possibilità di ottenere l'anticipazione è subordinata alle seguenti condizioni: il lavoratore deve avere maturato almeno 8 anni di servizio presso lo stesso datore di lavoro (art. 2120 c.c., comma 6); l'anticipazione deve essere contenuta nei limiti del 70 % del trattamento spettante nel caso di cessazione del rapporto alla data della richiesta (art. 2120 c.c., comma 6); l'anticipazione deve essere altresì contenuta nei limiti del 10 % degli aventi titolo e, comunque, del 4 % del numero totale dei dipendenti (art. 2120 c.c., comma 7).

La richiesta di anticipazione del TFR deve essere giustificata dalla necessità di: spese sanitarie per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche (art. 2120 c.c., comma 8 lett. a); l'acquisto della prima casa di abitazione per sé o per i figli, documentato con atto notarile (art. 2120 c.c., comma 8 lett. b); spese da sostenere durante i periodi di fruizione dei congedi parentali e per formazione del lavoratore (art. 5 D. Lgs. 151/2001 e art. 7 Legge n. 53 del 2000).

L'anticipazione del TFR può essere ottenuta una sola volta nel corso del rapporto di lavoro (art. 2120 c.c., comma 9).

Condizioni di miglior favore possono essere previste dai contratti collettivi o da patti individuali. I contratti collettivi possono altresì stabilire criteri di priorità per l'accoglimento delle richieste di anticipazione (art. 2120 c.c., comma 11).

Orbene, la “palese” volontà legislativa di far conferire il TFR maturando alla previdenza complementare ha determinato il (ragionevole) convincimento del Legislatore delegato di strutturare una disciplina che potesse garantire all'individuo le stesse “opportunità” (ed anzi per quanto si dirà successivamente opportunità ancora più significative) di potere chiedere anticipazioni sulle somme già versate, anche in contrasto con la funzione della previdenza complementare di “supporto” a quella pubblica.

Invero basta leggere l'art. 11, comma 7, del D. Lgs. n. 252 del 2005, per desumere che il Legislatore delegato ha previsto una disciplina secondo cui gli aderenti alle forme pensionistiche complementari possono richiedere un'anticipazione della posizione individuale maturata:

- a) in qualsiasi momento, per un importo non superiore al 75 per cento, per spese sanitarie a seguito di gravissime situazioni relative a sè, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche;
- b) decorsi otto anni di iscrizione, per un importo non superiore al 75 per cento, per l'acquisto della prima casa di abitazione per sè o per i figli, documentato con atto notarile, o per la realizzazione degli interventi di cui alle lettere a), b), c), e d) del comma 1 dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, relativamente alla prima casa di abitazione, documentati come previsto dalla normativa stabilita ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449;
- c) decorsi otto anni di iscrizione, per un importo non superiore al 30 per cento, per ulteriori esigenze degli aderenti³²¹.

Il comma 8 dell'art. 11 del D. Lgs. n. 252 del 2005 stabilisce inoltre che le anticipazioni non possano mai eccedere il 75% del montante contributivo versato

³²¹ Come osservato da A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in *La nuova disciplina della Previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, nn. 3 e 4, 548, “è da segnalare, anche a proposito di questo istituto, l'ennesima dimenticanza del legislatore: non si trova traccia, nell'art. 11, comma 7, del decreto, della possibilità di conseguire un'anticipazione della posizione maturata, per le spese da sostenere durante i periodi di fruizione dei congedi formativi, di cui agli artt. 5 e 6 della L. n. 53/00: possibilità che l'art. 7, comma 2 di quella legge rimette agli “statuti delle forme pensionistiche complementari”. Pur considerando che la previsione in parola non è stata espressamente abrogata dal comma 8 dell'art. 21... resta la difficoltà di applicazione, derivante dal differenziato regime fiscale introdotto dal D. Lgs. n. 252/05 (su cui si dirà tra breve, n.d.r.) in funzione delle diverse causali di anticipazione. Ciò potrebbe addirittura indurre a prospettare una abrogazione tacita per incompatibilità con la disciplina sopravvenuta”. Secondo R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 575, “A ben guardare, l'ampia formulazione della causale consente di ricomprendere anche un'ipotesi di anticipazione già prevista dall'art. 7, comma 6, del D. Lgs. n. 124/1993 e non espressamente menzionata dalla nuova normativa, rappresentata dalle spese da sostenere durante i periodi di fruizione dei congedi parentali per la formazione e per la formazione continua, di cui agli artt. 5 e 6, L. n. 53/2000... e dalle spese per la fruizione dei congedi parentali di cui all'art. 32, D. Lgs. n. 151/2001”.

(sia dal lavoratore sia dal datore di lavoro), maggiorato delle plusvalenze già realizzate al netto di ogni spesa, dell'imposta sostitutiva e delle minusvalenze³²².

Dal confronto tra la disciplina in tema di anticipazione di cui all'art. 2120 c.c. e di quella prevista al citato art. 11, comma 7, del D. Lgs. n. 252 del 2005 emerge la possibilità di una sovrapposizione significativa, ma non integrale, delle medesime.

Ciò che più interessa ai fini del presente lavoro è che rispetto all'ottica "civilistica" di cui all'art. 2120 c.c. il D. Lgs. n. 252 del 2005 sembra avere addirittura accentuato l'autonomia individuale rispetto a quella collettiva, nel senso che mentre l'art. 2120, comma 11, c.c. stabilisce che sia la contrattazione collettiva sia i patti individuali possono stabilire condizioni di "miglior favore" per il lavoratore rispetto a quelle previste dalla legge, il D. Lgs. n. 252 del 2005, cancellando il ruolo dell'autonomia collettiva, attribuisce (solo) al singolo la possibilità di richiedere un'anticipazione per un importo non superiore al 30% del montante contributivo e decorsi otto anni di iscrizione, per ulteriori e non specificate esigenze dell'aderente, configurando quindi una acausalità della anticipazione³²³.

Il Legislatore quindi persevera nella volontà di offrire al singolo uno strumento flessibile alle sue esigenze, con buona pace delle necessità "previdenziali" del sistema.

Viene anche superato – rispetto alla abrogata disciplina del D. Lgs. 124 del 1993 – il limite di otto anni di anzianità contributiva per chiedere l'anticipazione per spese sanitarie³²⁴.

È quindi offerta al singolo una facoltà ancor più ampia di far fuoriuscire risorse dal sistema di previdenza complementare a scapito della funzionalizzazione della medesima a quella pubblica³²⁵.

³²² La necessità di individuazione di una percentuale massima è stata determinata dalle incertezze sorte nella vigenza della precedente disciplina che all'art. 7, comma 4, del D. Lgs. n. 124 del 1993 non stabiliva alcun limite massimo.

³²³ R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 574 e ss; R. SCIOTTI, *La disciplina delle prestazioni di previdenza complementare nel D.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2007, I, 84 e ss.

³²⁴ In tema di anticipazioni per spese mediche, mentre in caso di richiesta di anticipazione di TFR deve verificarsi la necessità di "terapie ed interventi straordinari", in tema di anticipazione in regime di previdenza complementare l'art. 11 del D. lgs. n. 252 del 2005 fa riferimento ad un requisito che appare più stringente e, cioè, a quello di "gravissime situazioni".

Non solo. Appare incoerente un sistema che stabilisca, per le anticipazioni, un limite del 75% del montante contributivo versato, mentre per le prestazioni da erogarsi in capitale al momento del pensionamento un limite del 50% del capitale accumulato nel corso del rapporto di previdenza complementare (v. art. 11, comma 2, del D. Lgs. n. 252 del 2005).

In tema di anticipazioni, quindi, il Legislatore sembra avere eccessivamente ampliato le opportunità dei singoli di “*fuga dei capitali*” diretti al finanziamento della previdenza complementare, mettendo in una possibile “crisi” lo stesso secondo pilastro che, se troppo, depauperato di risorse non potrebbe più essere a posto a “effettivo” sostegno della previdenza obbligatoria.

*** **

E. Il delicato equilibrio tra la funzionalizzazione della previdenza complementare e le “libere” scelte dell'individuo in tema di prestazioni ed anticipazioni

È quindi possibile rilevare che la riforma della previdenza complementare attuata con il D. Lgs. n. 252 del 2005 al fine di sviluppare il c.d. secondo pilastro ha determinato, (anche) in tema di prestazioni ed anticipazioni, soluzioni improntate sulla “opportunità” piuttosto che sulla coerenza del sistema (soprattutto con riferimento alla necessaria funzionalizzazione della previdenza complementare con quella pubblica).

Il Legislatore che non sembra avere ancora pienamente accettato la teoria della funzionalizzazione così come definita anche dalla giurisprudenza costituzionale,³²⁶ si preoccupa, da un lato, di sottolineare il legame tra previdenza complementare e pubblica ma, dall'altro, offre all'autonomia individuale facoltà che mal si conciliano con il perseguimento dell'effettività della tutela previdenziale di cui al comma 2 del medesimo art. 38 della Cost. soprattutto in tema di prestazioni e

³²⁵ È fatta comunque salva la facoltà di reintegrare la posizione di previdenza complementare riscattata. Alle ipotesi di riscatto anticipato della posizione di previdenza complementare summenzionate, occorre aggiungere anche quella prevista dall'art. 14, comma 2, lett. b), che consente il riscatto parziale (in misura del 50 per cento) in caso di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo compreso tra i 12 ed i 48 mesi, ovvero in caso di cassa integrazione guadagni ordinari e straordinaria e/o di procedure di mobilità. Sul punto valgono le riflessioni già espresse con riferimento alla facoltà di anticipo del pensionamento sino a 5 anni in ipotesi di inoccupati da almeno 48 mesi.

³²⁶ Cfr. F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, XXV.

anticipazioni.

Con riferimento al primo profilo, sono numerosi gli aspetti della disciplina in tema di prestazioni da cui potere desumere la riconducibilità al comma 2 dell'art. 38 della Costituzione della previdenza complementare.³²⁷

Si pensi, per quello che interessa nel presente capitolo, alla regola generale secondo cui il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisce solo al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno 5 anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari oppure al fatto che devono esservi regole uniformi per tutti in ordine ai requisiti, alle modalità ed alle decorrenze delle prestazioni previdenziali che assumono necessariamente la forma di rendita o ancora che l'accesso alle prestazioni per anzianità e vecchiaia assicurate dalle forme pensionistiche c,d, preesistenti sono subordinate alla liquidazione del predetto trattamento.

Se sin qui, dunque, il sistema giuridico della previdenza complementare delineatosi a seguito del D.lgs. n. 252 del 2005, pare confermare quello disegnato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 393 del 2000, così non è per altri aspetti della riforma.

Non è dato comprendere, invero, come la facoltà di ottenere la prestazione sotto forma di capitale nella misura massima del 50%, la possibilità di anticipare il pensionamento in caso di disoccupazione e la possibilità di chiedere significative anticipazioni delle prestazioni rispetto alla maturazione dei requisiti stabiliti per il trattamento "pubblico" possano essere strumenti coerenti con la necessità di supporto della previdenza complementare a quella pubblica.

Ciò sembra essere stato motivato dalla necessità (*rectius*: opportunità) di dare ampi e maggiori spazi all'autonomia individuale (nell'assenza di un qualsiasi ruolo dell'autonomia collettiva) a scapito della realizzazione di un coerente sviluppo del secondo pilastro della previdenza³²⁸.

³²⁷ In questo senso, si veda specialmente il comma 6 dell'art. 20 *de quo*, che prevede che «L'accesso alle prestazioni per anzianità e vecchiaia assicurate dalle forme pensionistiche di cui al comma 1 [forme preesistenti, n.d.a.], che garantiscono prestazioni definite ad integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio, è subordinato alla liquidazione del predetto trattamento».

³²⁸ T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino 2004, 3, il quale rileva che «la

In tema di prestazioni e anticipazione, il Legislatore della riforma del 2005 ha addirittura aumentato, rispetto alla previgente disciplina, la possibilità che i capitali incanalati nel sistema della previdenza complementare fuoriescano dallo stesso per il mezzo di scelte individuali dell'aderente. Ciò è quanto è emerso anche dall'esame delle ipotesi di anticipazione della posizione di previdenza complementare (in particolare, nell'ipotesi di anticipazione "a-causale" nella misura massima del 30 %).

Invero, seppur appare condivisibile stabilire un "favorevole" regime di anticipazione della previdenza complementare (se non altro per esigenze di "concorrenza" con la disciplina del TFR), appare sinceramente "troppo" la facoltà di ottenere l'anticipazione "innominata"³²⁹

Tale assetto appare contraddire significativamente la tesi che la previdenza complementare si collochi nel comma 2 dell'art. 38 Costituzione, e, conseguentemente, depone a favore della "libertà" della previdenza privata in modo distonico alle indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale.

Ad oggi, invero, la disciplina delle prestazioni e delle anticipazioni sembra trovarsi "a metà del guado" in quanto è certamente improntata, in linea di massima, alla funzionalizzazione del sistema previdenziale pubblico in applicazione del comma 2 dell'art. 38 Cost., ma è disciplina, soprattutto con riferimento ad alcuni aspetti operativi, come uno strumento meramente finanziario, in cui la libertà individuale presenta connotati talmente rilevanti da potersi ritenere come espressione del comma 5 del medesimo art. 38 Cost.³³⁰

Se, però, il fine (come afferma la stessa legge di delega) della previdenza complementare *deve* essere quello "funzionalizzarsi" alla previdenza pubblica per

soluzione attuale adottata dal nostro ordinamento è ibrida o addirittura ambigua dal punto di vista sistematico: nel senso che la previdenza complementare risulta non legata all'adeguatezza dell'art. 38, comma 2, e quindi non identificabile in toto con questa funzione pubblica. Ma dall'altra parte essa svolge pur sempre una funzione socialmente rilevante in quanto le prestazioni integrative da esse fornite sono storicamente importanti per compensare il ridimensionamento della pensione pubblica». M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *Riv. Giur. Lav.*, III, 2000.

³²⁹ R. PESSI, *Posizioni del singolo e sue vicende nel rapporto giuridico di previdenza complementare*, in ID., *La previdenza complementare*, Padova, 1999, 151.

³³⁰ In proposito, v. R. PESSI, *Riflessioni sulla obbligatorietà della previdenza complementare per via di autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 910 secondo cui, dopo il d.lgs. n. 252/2005, la previdenza complementare ha accentuato gli aspetti di "mero" investimento mobiliare.

concorrere alla tutela offerta dal sistema obbligatorio sarebbe opportuno apportare alcune modifiche al D. lgs. n. 252 del 2005 stringendo le maglie in merito alla facoltà di erogazione di trattamenti diversi da prestazioni in forma di rendita, anche attraverso una riduzione degli spazi della autonomia individuale.

*** **

F. Alcune riflessioni sulla disciplina fiscale in tema di prestazioni ed anticipazioni come “strumenti” di influenza sulle scelte individuali

Senza volere affrontare un’analisi organica di diritto tributario è, comunque, opportuno esaminare alcuni aspetti della disciplina di cui all’art. 11 del D. lgs. n. 252 del 2005 con riferimento ai trattamenti fiscali stabiliti in tema di prestazioni ed anticipazioni, prendendo anche in questo caso, un punto di vista limitato all’analisi della disciplina fiscale come strumento di influenza sulle scelte individuali (ed eventualmente collettive) in materia di prestazioni di previdenza complementare.³³¹

In materia di disciplina fiscale, il D. Lgs. n. 252 del 2005 ha operato ponendosi due obiettivi: la semplificazione della materia (atteso che era piuttosto frammentata e stratificata nel tempo), la promozione della previdenza complementare attraverso una disciplina più favorevole (riducendo le aliquote di tassazione)³³².

È da sottolinearsi che il D. Lgs. n. 252 del 2005 è addirittura andato “oltre” quanto stabilito dalla L n. 243 del 2004, che si era limitata a stabilire la riforma della disciplina fiscale esclusivamente in tema di “*tassazione dei rendimenti delle attività*” al fine di favorire lo “*sviluppo*” della previdenza complementare.

Il Legislatore delegato ha, quindi, adottato un’interpretazione perlomeno estensiva della disposizione della legge delega non limitandosi a prevedere una disciplina promozionale solo in tema di “*tassazione dei rendimenti*”, ma stabilendo trattamenti “più favorevoli” in sede di erogazione degli stessi trattamenti pensionistici.

Ad ogni modo ciò che interessa in questa sede è verificare se (a prescindere dal regime transitorio di cui all’art. 23 del D. Lgs. n. 252 del 2005 ed alla disciplina

³³¹ GUERRA, *La previdenza complementare deve essere agevolata fiscalmente?*, in *Rivista della previdenza pubblica e privata*, 2001, II, p. 7 e ss.

³³² Per una disamina uno sviluppo diacronico della disciplina fiscale delle prestazioni in tema di previdenza complementare v. F. MARCHETTI, *Il trattamento fiscale delle prestazioni di previdenza complementare*, in *La nuova disciplina previdenza complementare*, a cura di A. TURSI, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 3 -4, 928 e ss.

stabilita per i pubblici dipendenti³³³) il Legislatore abbia strutturato una disciplina che, attraverso lo strumento delle leve fiscali, potesse “indurre” l’individuo a preferire la liquidazione in rendita delle prestazioni di previdenza complementare piuttosto che quelle in capitale, per cercare di assicurare, per lo meno in modo indiretto, lo scopo “funzionale” della previdenza complementare a quella obbligatoria.

Non sembra così, atteso che l’art. 11, comma 6, del D. lgs. n. 252 del 2005, stabilisce che: “...*Sulla parte imponibile delle prestazioni pensionistiche comunque erogate è operata una ritenuta a titolo d'imposta con l'aliquota del 15 per cento ridotta di una quota pari a 0,30 punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo anno di partecipazione a forme pensionistiche complementari con un limite massimo di riduzione di 6 punti percentuali...*”.

Il Legislatore ha quindi stabilito sia per le prestazioni erogate in rendita sia per le prestazioni erogate in capitale una tassazione sostitutiva del 15% riducibile fino al 9%³³⁴.

Anzi, rispetto alla disciplina previgente è addirittura “scomparso” il limite stabilito dal D. Lgs. n. 47 del 2000 che prevedeva un regime fiscale penalizzante nel caso in cui l’aderente chiedesse un’erogazione in rendita inferiore a due terzi del montante maturato (e a meno che tale importo in rendita non fosse inferiore al 50% dell’assegno sociale di cui all’art. 3, commi 6 e 7, della L. 8 agosto 1995, n. 335).

Sostanzialmente, quindi, l’aderente potrà godere del medesimo trattamento fiscale anche nel caso in cui chiede, in forza dell’art. 11, comma 2, del D. lgs. n.

³³³ La disciplina stabilita per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni sembra ritenersi applicabile ancora la “vecchia” e meno favorevole disciplina (v. art. 23, commi 5 e 7 del D. Lgs. n. 252 del 2005).

³³⁴ Tra le differenze di disciplina del “trattamento” fiscale tra le erogazioni in rendita e le erogazioni in capitale si possono ricordare che quelle di cui all’art. 11, comma 6, del D. Lgs. n. 252 del 2005 che introduce la novità in base alla quale nel caso di erogazioni in rendita il sostituto d’imposta è sempre il soggetto erogatore e non (come prima) la forma pensionistica, mentre, in caso di erogazione in capitale il sostituto d’imposta è (*rectius*: rimane) la forma pensionistica. Sempre tra le differenze in materia di trattamento fiscale tra le erogazioni in rendita e le erogazioni in capitale vi è quella, fin troppo ovvia, in base alla quale in caso di prestazione in rendita l’imposta sostitutiva è applicata sulle singole prestazioni periodicamente erogate, in caso di prestazioni in capitale la tassazione è applicata in via definitiva ed una tantum al momento della erogazione delle prestazioni (art. 52, lett. d) TUIR, così come riformato dall’art. 21, commi 1 e 5, del D. lgs. n. 252 del 2005).

252 del 2005 la erogazione in capitale del 50% (e, cioè, della soglia massima) “*del montante finale accumulato*”.

Anche tale scelta non è coerente con la funzione che la previdenza complementare deve svolgere ai sensi dell’art. 38, comma 2, della Cost., atteso che “*la natura previdenziale del piano pensionistico... dovrebbe avere come finalità prioritaria quella di assicurare mezzi di sostentamento adeguati al pensionamento per tutto il periodo di vita*”³³⁵.

Ancor più incoerenti con il fine della “funzionalizzazione” della previdenza complementare a quella obbligatoria sono state le soluzioni adottate dal D. Lgs. n. 252 del 2005 con riferimento al regime fiscale delle anticipazioni, al solo fine di esaltare il ruolo della autonomia individuale³³⁶.

Il D. Lgs. n. 47 del 2000 aveva introdotto una disciplina fiscale che sfavoriva la scelta dell’aderente di ottenere anticipazioni (così denominate, secondo la abrogata disciplina per i partecipanti a forme pensionistiche di tipo collettivo) o riscatti parziali (e, cioè, secondo la vecchia disciplina, per le anticipazioni richieste dagli aderenti a forme pensionistiche individuali) della prestazione di previdenza complementare (o di parte di essa) prima della maturazione dei requisiti stabiliti per il trattamento della previdenza pubblica.

Invero, seppur le aliquote fiscali erano le medesime sia in caso di erogazione della “normale” prestazione previdenziale sia in caso di anticipazione o riscatto parziale, mutavano le basi imponibili.

In caso di anticipazioni, l’imponibile era invero costituito dall’intero importo dell’anticipazione percepita, senza alcuna esclusione per quanto riguarda i redditi già assoggettati a imposta, rimandando al momento della erogazione della prestazione “definitiva” per verificare un eventuale conguaglio di imposta.

Orbene, l’art. 11, comma 7, del D. Lgs. n. 252 del 2005 stabilisce una disciplina ben diversa, in cui la leva fiscale non viene più utilizzata come strumento per indurre il singolo a non “svincolare” somme già versate in favore della

³³⁵ S. GIANNINI - M.C. GUERRA, *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in Messori (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 473 e ss. e, in particolare, 502.

³³⁶ F. MARCHETTI, *la disciplina fiscale delle anticipazioni*, a cura di A. TURSI, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 3 -4, 935 e ss.

previdenza complementare e volte a garantire un rendimento aventi finalità previdenziali.

Invero, la disciplina fiscale in tema di anticipazione è, in parte e secondo quanto stabilito dal comma 7 dell'art. 11 del D. Lgs. n. 252 del 2005, la medesima di quella stabilita in tema di prestazioni di previdenza complementare.

In particolare, si rileva che, nel caso di anticipazione per spese sanitarie (v. art. 11, comma 7, lett. a) del D. Lgs. n. 252 del 2005) l'imposta sostitutiva applicata è la medesima di quella stabilita per le prestazioni in capitale dal comma 6 dell'art. 11 del D. Lgs. n. 252 del 2005 (e, cioè, dal 15% al 9 %); mentre nel caso di anticipazione per l'acquisto di casa o, comunque, per i motivi indicati all'art. 11, comma 7, lett. b) nonché dalla lett. c) (e, cioè, l'anticipazione c.d. acausale) del D. Lgs. n. 252 del 2005, l'imposta sostitutiva è pari al 23%.

Almeno sotto questo ultimo aspetto, quindi, la disciplina fiscale appare essere ancora “disincentivante” per l'aderente che decida di chiedere l'anticipazione per l'acquisto della casa o per motivi diversi.

A ben guardare, però, tale trattamento fiscale non è così sfavorevole, atteso che l'aliquota al 23% è, comunque, l'aliquota più bassa di quelle relative all'IRPEF.

Anche sotto questo aspetto, il Legislatore si è quindi preoccupato di attribuire alla scelta del singolo di chiedere anticipazioni (addirittura “acausali”) un trattamento fiscale che deve considerarsi comunque favorevole.

CONCLUSIONI

L'analisi svolta in tema di definizione (o meglio di ri-definizione) dei ruoli e degli equilibri dell'autonomia individuale e dell'autonomia collettiva in tema di previdenza complementare riformata fa emergere delle irrisolte criticità interne al sistema.

Tali criticità sono state determinate da una serie di fattori, primo fra tutti, quello relativo alla difficile collocazione all'interno del disegno costituzionale della previdenza complementare o, meglio, della duplicità di funzioni che, soprattutto il Legislatore del 2005, sembra avere attribuito al "secondo" pilastro previdenziale in un'ottica, se possibile, ancor più ibrida ed incerta rispetto al precedente assetto e che lega indissolubilmente il fine "solidaristico" di sostegno alla previdenza pubblica a profili di carattere personalistico legati alla soddisfazione di interessi meramente individuali.

Oggi, i Fondi pensione costituiscono, invero, un sistema di soggetti privati, cui il Legislatore ha affidato una funzione di rilevanza non solo individuale, ma anche (e soprattutto) collettiva e generale.

Tale difficile equilibrio si ripercuote sulla intera disciplina della previdenza complementare riformata che, "ideata" per tentare un decollo del secondo pilastro previdenziale, ha deciso di esasperare alcuni aspetti individualistici.

Al riguardo basti ricordare la ribadita facoltà del singolo di aderire (o meno) alla previdenza complementare, la possibilità di "decidere" di versare ai Fondi somme di denaro anche superiori a quelle previste dall'autonomia collettiva, la scelta di devolvere espressamente il TFR maturando al secondo pilastro o di trasferire la propria posizione da un Fondo ad un altro.

Tali "strumenti" sono certamente finalizzati a garantire una maggiore concorrenza nell'offerta previdenziale e ciò in coerenza anche con la forte diversificazione delle fonti istitutive e con la loro (perlomeno formale) equiparazione.

L'intento del Legislatore del 2005 sembra, quindi quello di stimolare la concorrenza per accrescere ed "universalizzare" il secondo pilastro previdenziale.

Tanto è vero che anche la "platea" dei destinatari è, oggi, più ampia che mai.

Su alcuni punti, però, la volontà legislativa di “assicurare” un mercato competitivo e concorrente sembra essere andata troppo oltre, avendo messo in pericolo la stessa “funzione” che la previdenza complementare *deve* essere volta a garantire, anche alla luce dell’insegnamento dei Giudici delle leggi.

La facoltà da parte dell’individuo di chiedere erogazioni in forma di capitale (anziché in rendita) di somme di denaro al momento della maturazione del diritto alle prestazioni pensionistiche o, addirittura, in epoca precedente, senza peraltro un necessario intervento “moderatore” dell’autonomia collettiva, mette in serio pericolo la “garanzia” solidaristica e mutualistica del secondo pilastro, essendo troppo “facile” permettere una fuoriuscita di masse patrimoniali per la soddisfazione di interessi meramente individuali.

Invero, il corretto funzionamento del sistema e la sua “messa a regime” determina un (necessario) investimento di considerevoli masse patrimoniali. I Fondi possono operare solo se “raggiungono” un certo livello di raccolta di risparmio. Ciò rende ancor più pericolose le numerose “opzioni” lasciate all’individuo dal Legislatore della riforma per sottrarre una parte dei contributi già versati nei Fondi, rendendo possibile un collasso dello stesso Fondo per l’insufficienza di risorse disponibili.

Se ciò è vero è altrettanto vero che il Legislatore, seppur non ha più, come nel 1993, una posizione di espressa preferenza per l’autonomia collettiva (intendendo il fenomeno della previdenza complementare come un fenomeno prettamente sindacale) continua, per alcuni profili, ad offrire ai sindacati, anche a livello aziendale, strumenti utili per “rimanere” protagonisti del sistema previdenziale complementare.

Ci si riferisce, ad esempio, alla preferenza, in sede istitutiva dei Fondi negoziali, alla fonte collettiva o alla possibilità, in caso di esercizio del diritto di *portability*, di impedire il trasferimento del contributo datoriale a fondi diversi da quelli negoziali, o ancora, e ciò sembra essere davvero rilevante, al favore, in caso di conferimento tacito del TFR, per il Fondo di natura contrattualcollettiva di riferimento.

Il panorama che si è delineato risente di una ambivalenza di fondo del sistema in cui mercato e mutualità devono trovare, insieme alla libertà individuale e alla scelte collettive, un difficile punto di equilibrio.

Devono quindi cercare di premiarsi letture ed interpretazioni del D. lgs. n. 252 dl 2005 che non esasperino gli (innegabili) elementi di tensione, ma che valorizzino un rapporto “costruttivo” tra solidarietà e concorrenza, autonomia collettiva ed autonomia individuale.

Per permette una tale lettura è innegabile la centralità del ruolo della COVIP che deve farsi “garante” di un sistema che - proprio perché caratterizzata da profili sempre più speculativi e concorrenziali - necessita di un forte intervento di controllo, di vigilanza, di informazione e di regolamentazione.

Anche su questo punto, però, è difficile trovare un corretto punto di equilibrio. Se, invero, avere una Autorità di controllo “forte” del mercato è da considerarsi un requisito essenziale per il corretto ed armonico sviluppo del sistema, altrettanto vero è che una ingerenza “esasperata” della COVIP non farebbe che determinare l’effetto esattamente inverso a quello auspicato dalla riforma e, cioè, l’impossibilità della creazione di un mercato “concretamente” concorrente.

Qualora la COVIP adottasse regolamentazioni o orientamenti troppo invasivi non potrebbe che prodursi una “omogeneizzazione” del mercato e una omologazione dell’offerta.

A ciò si aggiunga che, se la riforma è stata dettata proprio per “creare” un effettivo secondo pilastro previdenziale, è innegabile che le aspettative sono state (almeno parzialmente) deluse.

Non vi è stato quel tanto auspicato decollo del secondo pilastro. Ciò è certamente dovuto ad una serie di fattori, tra cui quello - non trascurabile - delle ben nota crisi finanziaria degli ultimi anni. È però opportuno porsi una domanda “di fondo” e, cioè, se l’insuccesso (o il parziale successo) della riforma potrebbe essere dovuto ad una scelta “a monte” che ha ispirato la legge di riforma del 2005.

Se, invero, si continuerà a strutturare una previdenza complementare “facoltativa” (e, cioè, legata alla volontarietà della adesione) esasperando il ruolo di ciascun individuo, questa rimarrà necessariamente un fenomeno non universalistico e legato ai settori merceologici o categoriali più ricchi.

Inoltre, connotare il secondo pilastro da aspetti troppo concorrenziali e legati alle scelte dell'individuo non può che spaventare proprio coloro che sono meno ricchi e meno informati e che si sentirebbero certamente più tutelati da un intervento sindacale piuttosto che dall'effettuare scelte personali su materia (economiche e finanziarie) che, ai più, sono del tutto oscure.

Non solo. A prescindere da questioni di carattere strettamente dogmatico, sarebbe forse opportuno riflettere, anche alla luce della difficile situazione che caratterizza il sistema previdenziale di base, se rendere "obbligatoria" l'adesione alla previdenza complementare potrebbe essere una soluzione per assicurare la sostenibilità dell'intero sistema previdenziale (e, forse, dell'intero sistema sociale).

Il passaggio all'obbligatorietà determinerebbe una rivoluzione anche sugli equilibri tra autonomia individuale ed autonomia collettiva, atteso che, in una prospettiva opposta a quella scelta dal Legislatore del 2005, l'obbligatorietà della iscrizione ad un Fondo esaspererebbe la funzione mutualistica e collettiva della previdenza complementare e "mortificherebbe" il ruolo di quella individuale, che potrebbe intervenire non più sulla fase "genetica" del rapporto ma solo, per così dire, su quella "gestionale".

BIBLIOGRAFIA

A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, I, 201 ss.

A. ALAIMO, *La previdenza complementare dei dipendenti pubblici*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2002, I, 148 ss.

A. ALLAMPRESE, *Osservazioni alla sentenza Albany*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2000, I, 33 ss.

G. ALIBRANDI, *La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1977, I, 360

I. ALVINO, *Previdenza complementare, diritti quesiti e autonomia collettiva*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, II, 164 ss.

G. AMATO, M. MARE¹, *Le pensioni. Il pilastro mancante*, Bologna, 2001

E. ANGELINI, *Vigilanza e controlli sui fondi pensione*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 409 ss.

A. ANDREONI, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia. (Riflessioni sul caso Albany)*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, II, 981

A. ANDREONI, *Le fonti istitutive e la contribuzione per la previdenza complementare*, relazione consultabile sul sito giuridico della CGIL, 2000, [http://www.cgil.it/giuridico/Politiche_del_diritto/Archivio/Diritto della sic soc/Le fonti istitutive....htm](http://www.cgil.it/giuridico/Politiche_del_diritto/Archivio/Diritto_della_sic_soc/Le_fonti_istitutive....htm)

F. ANNUNZIATA, *La disciplina dei fondi pensione: le regole di comportamento delle società di gestione*, in *Rivista di diritto privato*, 1998, II, 341 ss.

L. ANSELMI, *La “dimensione territoriale” della previdenza complementare*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2004, 945 ss.

C. ASSANTI, *La coppia «collettivo-collettivo»: rappresentatività del sindacato ed «indivisibilità» delle posizioni soggettive*, in AA. VV. , *Diritto e giustizia del lavoro oggi*, Milano, 1984, 109 ss.)

A. ANZON, *Le potestà legislative dello Stato e delle Regioni*, appendice di aggiornamento a *I poteri delle Regioni nella transazione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2005, 50 ss

G. BALANDI, *Previdenza complementare e contratto collettivo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1993, I, 471 ss.

A.M. BATTISTI, *L' “adeguatezza” delle prestazioni tra Costituzione e riforme legislative”*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2008, 309

C. BAZZANO, *La previdenza complementare e integrativa dal primo al quarto pilastro*, Milano, 1997, 4

P. BELLOCCHI, *Diritto sindacale giurisprudenziale*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Napoli, 1990, 551.

M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 29

M. BESSONE, *Fondi pensione “Chiusi”. Le regole di organizzazione e l'attività degli amministratori*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, III, 743 ss.

M. BESSONE, *Fondi pensione aperti, piani pensionistici individuali. Le grandi linee di una svolta di sistema*, in *Rivista della Previdenza Pubblica e Privata*, 2001, IV, 17 ss.

M. BESSONE, *L'adesione ai fondi pensione. Disciplina del contratto, rapporto obbligatorio e recesso «per giusta causa»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 70 ss

M. BESSONE, *Fondi pensione e diritti soggettivi, Portability della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, 565 ss.

M. BESSONE, *I fondi pensione chiusi. «Fonti istitutive», regime delle autorizzazioni, disciplina di statuto della forma previdenziale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, II, 295 ss.

M. BESSONE, *L'adesione ai Fondi Pensione. Disciplina del contratto, rapporto obbligatorio e recesso «per giusta causa»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 70 e ss.

M. BESSONE, *I fondi pensione chiusi. «Fonti istitutive», regime delle autorizzazioni, disciplina di statuto della forma previdenziale*, in *Vita Notarile*, 2002, I, 21 ss.

M. BESSONE, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 200 ss.

M. BESSONE, *Fondi pensione e mercato finanziario. Le attività di investimento, le garanzie di tutela del risparmio con finalità previdenziale. L'ordinamento delle attività dei fondi pensione negoziali e «chiusi»*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 343 ss.

M. BESSONE, *Previdenza pensionistica privata. La legge delega dell'agosto 2004 e le grandi linee di una riforma di sistema*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, 816

M. BESSONE, *Le prestazioni, La previdenza complementare nel D. Lgs. n. 124/1993*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 428 ss.

A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2006, III, 793 ss.

R. BIFULCO, *La previdenza complementare nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2001, VI, 68 ss.

P. BOER, *Il divieto di liquidare la pensione integrativa in assenza della pensione di base*, in *Inf. prev.*, 1997, 73

P. BOER, *Il ruolo dei gestori della previdenza obbligatoria nella previdenza complementare*, in *INPDAP*, 1993, 249

P. BOER, *Principi generali della riforma*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 67 ss.

P. BOER, *Il finanziamento del sistema previdenziale*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 375 ss.

P. BOER, *La previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1998, 305 ss.

P. BOER, *La previdenza integrativa secondo la Corte Costituzionale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2001, parte II, 487 ss.

P. BOER, *Previdenza complementare: trasferibilità e riscattabilità dell'intera posizione contributiva*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2004, parte II, 228 ss.

P. BOER, *Nuova disciplina e vecchie problematiche*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, n. 49, III

T. BOERI, *Uno stato asociale, perché è fallito il welfare in Italia*, Bari, 2000

T. BOERI, A. BRUGIAVINI, *Previdenza complementare tra scelte individuali e collettive*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 295 ss.

A. BOLLANI, *Il contratto collettivo aziendale è efficace erga omnes?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2005, II, 312 ss.

A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 593 ss.

A. BOLLANI, *L'assetto delle fonti costitutive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 611 ss.

O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 552 ss.

P. BOZZAO, *La previdenza complementare in Italia e in Europa*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, n. 35, inserto, XXVIII.

P. BOZZAO, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 327 ss.

P. BOZZAO, *La previdenza complementare*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 379 ss.

A. BRAMBILLA, *Capire i fondi pensione*, Milano, 1997, 272 ss.

R. BRUNI, *La governance delle forme pensionistiche complementari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 622 ss.

G. BUORO, *Fondi pensione, legislazione italiana e comunitaria, concorrenza, fiscalità, costi, ruolo degli intermediari*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, III – IV, 741 ss.

C. CAMEROTA, *I fondi pensione: le nuove forme pensionistiche complementari disciplinate dal decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124*, Milano, 1993, 27 ss.

A.D. CANDIAN, *I Fondi Pensione*, Padova, 1998, 45 ss.

A. D. CANDIAN, *Linee ricostruttive in materia di fondi pensione*, in G. IUDICA (a cura di), *I fondi di previdenza e di assistenza complementare*, Padova, 1998, 116 ss.

A.D. CANDIAN, *I fondi pensione ripartono dalla Commissione di vigilanza*, in *Guida normativa*, de *Il Sole 24 ore – Guida alle pensioni*, febbraio 1998, 59 ss.

F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di) *La previdenza complementare*, Torino, 2000, XXV ss.

F. CARINCI, *La previdenza privata nei sistemi di Welfare: principi generali ed evoluzione storica. Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in AA. VV.(a cura di), *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, 3, 3123 ss.

F. CARNIOL, *La gestione con garanzia di rendimento minimo nella previdenza complementare*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, II, 381 ss.

B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992, 45 ss.

L. CASALINO, *Trasformazione in titoli del trattamento di fine rapporto e devoluzione ai fondi pensione*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, I, *Parte generale*, Milano, 2000, 123 ss.

R. CASILLO, *Le novità sulla previdenza complementare dopo il D.lgs. n. 252/2005*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2005, I, 697 ss.

G. CAZZOLA, *Le nuove pensioni degli italiani*, Bologna, 1995, 121

G. CAZZOLA, *Guida ai fondi pensione 2002, Le ultime novità sulla previdenza complementare*, Roma, 2002, 41 ss.

G. CAZZOLA, *Pensioni e t.f.r. dei dipendenti pubblici*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2005, 928 ss.

M. CERRETA, *I fondi aziendali integrativi di previdenza ed assistenza (Evoluzione storica della disciplina di diritto positivo e prospettive di riforma)*, in *Il diritto del lavoro*, 1988, I, 173 ss.

M. CERRETA, *I fondi aziendali integrativi di previdenza ed assistenza (Evoluzione storica della disciplina di diritto positivo e prospettive di riforma)*, in *Il diritto del lavoro*, 1988, I, 173 ss.

R. CESARI, *I fondi pensione*, Bologna, 2000, 43 ss.

I. CHERUBINI, *La previdenza complementare e le libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea*, Roma, 2002, 23 ss.

M. CINELLI, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, I, 156

M. CINELLI, *Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, I, 894 ss.

M. CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1989, 208 e ss.

M. CINELLI, *Commento all'art. 1, d.lgs. 124/1993*, in M. CINELLI (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari – Commentario al d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, come modificato e integrato dal d.lgs. 30 dicembre 1993, n. 585*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, 176 ss.

M. CINELLI, M. PERSIANI, *Prodromi, svolgimenti e prospettive della riforma previdenziale*, in M. CINELLI, M. PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale – dalle leggi “Amato” alla finanziaria 1995*, Milano, 1995, 17

M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare. L'adeguamento delle forme preesistenti alla disciplina di legge*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1997, VI, 505 ss.

M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, 53 ss.

M. CINELLI, S. GIUBBONI, F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *Aspettando la finanziaria 1999: previdenza complementare, t.f.r. e fisco; i progressi della tutela comunitaria della sicurezza sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1999, 18, III, 25 ss.

M. CINELLI, *Previdenza pubblica e previdenza complementare nel sistema costituzionale*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, I, *Parte generale*, Milano, 2000, 93 ss.

M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, parte I, 523 ss.

M. CINELLI, P. SANDULLI, *Riflessioni sul disegno di legge di delega n. 2145 in materia previdenziale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2002, 516 ss

M. CINELLI, P. SANDULLI, *Sugli emendamenti al disegno di legge di delega in materia previdenziale, e dintorni*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2003, I, 211.

M. CINELLI, C.A. NICOLINI, *Nuova legge sulle pensioni: riforma scritta «a matita»*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, III, 199 ss.

M. CINELLI, *Flessibilità, lavoro, previdenza: considerazioni sul ruolo dell'uso flessibile della previdenza sociale nelle politiche dell'occupazione*, in AA. VV.(a cura di), *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, 3, 3123-3147

M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004*, in www.unicz.it/lavoro, 2004

M. CINELLI, *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale?*, in *Working paper C. S. D. L. E. "Massimo D'Antona"*, 2005, 63, nota n. 47

M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Sfida demografica al sistema delle pensioni e strumenti di reazione*, in M. CINELLI, S. GIUBBONI (a cura di), *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino 2005, 181 ss.

M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007, 577 ss.

M. CINELLI, *Alcune riflessioni sulla previdenza complementare riformata*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2007, V, 406 ss.

M. CINELLI, *Un welfare da ristrutturare: a proposito del protocollo d'intesa 23 luglio 2007*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2007, XI, 814 ss.

M. CINELLI, C.A. NICOLINI, *La manovra finanziaria per il 2007: smembramento e metamorfosi del trattamento di fine rapporto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, I, 7 ss.

M. CINELLI, C.A. NICOLINI , *La previdenza complementare e la relazione del Governatore della Banca d'Italia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 167 ss.

M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2008

M. CINELLI, *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in M. CINELLI (a cura di), *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, 2010, 17.

M. CINELLI – S. GIUBBONI, *L'inquadramento sistematico delle forme di previdenza complementare*, in M. CINELLI (a cura di), *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, Milano, 2010, 40.

M. CINELLI – S. GIUBBONI, *La disciplina del finanziamento*, in M. CINELLI (a cura di), *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, Milano, 2010, 252.

G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1998, 60 ss.

G. CIOCCA, *Fondi pensione e lavoro autonomo*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, I, *Parte generale*, Milano, 2000, 688 ss.

G. CIOCCA, *Le prestazioni*, in *La previdenza complementare – art. 2113*, a cura di M. CINELLI, Milano, 2010, 355.

S. CORBELLO, *La previdenza complementare e gli enti privati: prime considerazioni in ordine alle problematiche scaturenti dall'art. 1, secondo comma, lett. g), n. 1 del d.d.l. 2508 (Atti Senato)*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2004, 356 ss.

R. COSTI, *I fondi pensione e l'organizzazione del risparmio previdenziale*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1995, III, 23 ss.

C. DAMIANO, *La riforma della previdenza complementare, un anticipo necessario*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2007, V, 721 ss.

A. D'AMORE, *Finanziaria 2007 e misure "previdenziali"*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XXI, 1343 ss.

M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione al X Congresso dell'AIDLASS (Udine 10-12 maggio 1991), in *Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1991, 455 ss.

M. DALLACASA, *Scioglimento dei fondi di previdenza complementare e tutela degli iscritti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, 4-5, 1294 ss.

C. DE ANGELIS, A. SGROI, *Manuale delle nuove pensioni, Il sistema pensionistico italiano e il regime internazionale*, Rimini, 2005, 205 ss.

P. DE BLASIO, *Il sistema pensionistico dei dipendenti pubblici dopo le riforme*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 626 ss.

M. DE LUCA, *La disciplina dei fondi pensione*, in *Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1994, 61, I, 84 ss.

U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2004, 1256

V. DE MICHELE, *Disposizioni in materia di enti previdenziali privatizzati*, in C. CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, 1996, 350 ss.

M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, 170

M. DELL'OLIO, *Previdenza privata e libertà*, in *Argomenti di diritto del Lavoro*, 1998, 2, 491 ss.

G. DONDI, *Prime note sulla recente disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993.

G. DONDI, *Le vicende modificative delle fonti istitutive*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di) *La previdenza complementare*, Torino, 2000, 295 ss.

G. DONDI e G. ZAMPINI, *Previdenza pubblica e complementare privata nella riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, suppl. gennaio-febbraio 2002, 190 ss.

V. D'ORONZO, *Libertà di previdenza privata e possibilità di iscrizione contemporanea a più forme previdenziali complementari*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2003, 2, 212 ss.

L. ELIA, *Introduzione*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001, 14 ss.

M. FERRERA - M. JESSOULA, *Italy: a Narrow Gate, for Path-Shift*, in *Immergut, Anderson e Schulze, The handbook of West European Pension Politics*, Oxford, 2007, 395 e ss.

V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del TFR*, (a cura di) A. Tursi, *La nuova disciplina della Previdenza complementare*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, nn. 3 e 4, 692 e ss.

G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, 15 ss.

G. FERRARO, *La problematica giuridica dei fondi pensione*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000, I, 3 ss.

G. FERRARO, *Dai fondi pensione alla democrazia economica*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, II, 187 – 208

G. FERRARO, *Dai fondi pensione alla democrazia economica*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, 3, 3181 ss.

M. FERRERA, *Le trappole del welfare*, , Bologna, 1998, 13 ss

V. FICARI, *Il regime fiscale del t.f.r. e della previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 201 ss.

A. FINOCCHIARO, *Indagine conoscitiva sulla disciplina delle forme pensionistiche complementari*, Senato della Repubblica, 11° Commissione Permanente, (Lavoro, Previdenza Sociale), 21 aprile 2009.

R. FLAMMIA, *La previdenza integrativa tra pubblico e privato*, in AA. VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, NGL – suppl., Roma, 1989, 202 .

E. FORNERO, *L'economia dei Fondi pensione. Potenzialità e limiti della previdenza privata in Italia*, Bologna, 1999.

E. FORNERO, O. CASTELLINO (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale italiano*, Bologna, 2001, 142 ss.

E. FORNERO, C. FUGAZZA, G. PONZIETTO, *Analisi comparata dell'onerosità dei prodotti previdenziali individuali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, VI 297 ss.

E. FORNERO - F. TAPPA, *Il risparmio previdenziale: scelte consapevoli o comportamenti inerziali?*, M. Messori (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, pagg. 203 e ss.

L. FRANCIOSI, *Principio di sussidiarietà e competenza regionale in materia di previdenza complementare*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 36 ss.

L. FRANCIOSI, *Il sistema di vigilanza. La Covip come autorità amministrativa indipendente*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 385 ss.

L. FRANCIOSI, *Previdenza complementare per i liberi professionisti*, in *La previdenza forense*, 2005, 258 ss.

L. FRANCIOSI, *La ridefinizione della governance nei fondi pensione con pluralità di forme previdenziali*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 331 ss.

D. GAGGERO, *Partecipazione negli organi di amministrazione e controllo*, in G. ALPA, P. ZATTI (a cura di), *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, Padova, 2000, II, 720 ss.

L. GAI, *I fondi pensione. Il loro contributo allo sviluppo dei mercati finanziari e all'avvento della democrazia economica*, Torino, 1996

M. P. GENTILI, *La natura dei trattamenti pensionistici complementari*, in *Temì romana*, 2002, II-III, 85 ss.

E. GHERA, *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *Il diritto del lavoro*, 1988, I, 123 ss

E. GHERA, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale: alcune considerazioni generali*, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, VI, 105 ss.

S. GIANNINI - M.C. GUERRA, *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in Messori (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 473 e ss

S. GIUBBONI, *La previdenza complementare fra libertà dei privati e funzionalizzazione all'interesse pubblico*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1999, III, 272 ss.

S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto della previdenza sociale: spunti ricostruttivi*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1999, I, 569 ss.

S. GIUBBONI, *Fondi pensione e competition rules comunitarie*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 110 ss.

S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, I, 75 ss.

S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, III, 249 ss.

S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, III, 337 ss.

S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Informazione Previdenziale*, 2007, 1, 10

S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *Working paper C. S. D. L .E. "Massimo D'Antona"*, 2007, 62, 5 ss.

S. GIUBBONI, *Fonti Istitutive e soggetti destinatari delle forme di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare – art. 2123 c.c.*, M. CINELLI (a cura di), 2010, 87 e ss.

C. GIURO, *La pianificazione previdenziale*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, IX, 593 ss..

C. GIURO, *La previdenza individuale*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, X, 657 ss.

C. GIURO, *Fondi aperti e piani individuali di previdenza*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XI, 724 ss.

C. GIURO, *Previdenza integrativa: vantaggi del datore*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XV, 979 ss.

C. GIURO, *Previdenza integrativa individuale e rendite*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XVIII, 1169 ss.

C. GIURO, *Previdenza integrativa: informativa, trasparenza e pubblicità*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XXI, 1347 ss.

C. GIURO, *Vantaggio competitivo della previdenza complementare*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XXVIII, 1775 ss.

C. GIURO, *Le pensioni 2008 nella riforma del welfare*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2008, IV, 250 ss.

C. GIURO, *Fondi pensione e gestioni alternative*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2008, VI, 423 ss.

C. GIURO, *Previdenza 2008: novità e riflessi sulle pensioni integrative*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2008, VIII, 535 ss.

M. R. GHEIDO, A. CASOTTI, *La riforma della previdenza complementare, Le principali novità*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2006, III, (inserto)

C. A. GIOVANARDI, G. GUARNIERI, *Pensioni integrative, liquidazione pensione INPS e disciplina applicabile*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, V, 495 ss.

M. GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1981, 335 ss.

M. GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *Notiziario Giurisprudenza del Lavoro*, suppl., Roma, 1989, 220 e ss.

M. GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in *Dir. Lav.*, 1990, 100

G. Z. GRANDI, *Contrattazione collettiva e rappresentanza sindacale: un nuovo patto per la competitività nazionale*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2007, VII, 1041 ss.

C. GUERRA, *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, 2001, II, 13 ss.

P. ICHINO, *La "portabilità" tra diritto civile e antitrust*, in www.lavoce.info, 7 novembre 2005.

U. INZERILLO, *Previdenza complementare: spazio alle casse privatizzate*, in *Newsletter Mefop*, 2006, XXVI, 4 ss.

U. INZERILLO, *Previdenza complementare: spazio alle casse privatizzate*, in *Newsletter Mefop*, n. 26, 2006, 4.

ISTAT, *Annuario statistico italiano 2005*, in *Quaderni europei sul Nuovo Welfare*, 2007, 7

A. V. IZAR, *Successione di contratti collettivi e modifiche alla disciplina dei fondi di previdenza complementare. La Cassazione interviene in tema di diritti di formazione progressiva*, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2000, IV, 1106 ss.

M. JESSOULA, *La previdenza complementare in prospettiva comparata*, in *Biblioteca della libertà*, Novembre- Dicembre 2003, n. 172, 79.

C. LAGALA, *Le regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2002, 372 ss.

C. LAGALA, *La previdenza complementare e il suo difficile decollo*, in D. GAROFALO e M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, 712.

B. LAPADULA, G. POLLASTRINI, *I fondi pensione. Che cosa sono, come si costituiscono*, Roma, 1997, 38 ss.

G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, in *Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2001, 90, 277 ss.

M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della legge cost. n. 3 del 2001*, in *Il nuovo Titolo V della Costituzione Stato/Regioni e Diritto del lavoro, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, I, suppl., 19 ss.

M. MAGNANI, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, III, 649 ss.

F. MARCHETTI, *Il trattamento fiscale delle prestazioni di previdenza complementare*, in *La nuova disciplina previdenza complementare*, a cura di A. Tursi, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 3 -4, 928 e ss.

L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, 162 ss.

P. MASI, *Previdenza integrativa e metodo imprenditoriale*, in *Il diritto del lavoro*, 2005, II, pt. 1, 163 ss.

F. D. MASTRANGELI, *La disciplina dei fondi pensione nei decreti legislativi n. 124 e n. 385 del 1993*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1994, I, 154 ss.

F. D. MASTRANGELI, *Commento sub. art. 3 del D. Lgs. n. 124/1993*, in M. CINELLI (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, I, 183 ss.

F. MAZZIOTTI, *Determinazione della pensione e modelli di Welfare State*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI (a cura di) *Il sistema pensionistico riformato*, Napoli, 1994, 115 ss.

F. MAZZIOTTI, *Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive*, in *Diritto e Lavoro*, 1997, 1, 246

F. MAZZIOTTI, *Sub. art. 10*, in M. CINELLI (a cura di) *Disciplina delle forme pensionistiche complementari. Commentario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, 207 ss.

F. MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1998, 12 s..

F. MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1999, 207 ss.

A. MAZZIOTTI, *Normativa europea ed enti previdenziali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, parte II, 647 ss.

L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, I, 14 ss.

M. MESSORI – A. SCAFIDDI, *Lo sviluppo dei Fondi pensione “chiusi”: il possibile ruolo del TFR e del regime fiscale*”, in *QMEFOP*, 1999, 1, 13.

M. MESSORI, *La previdenza complementare in Italia: un quadro introduttivo*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 17 ss.

M. MESSORI, *Gli attuali assetti delle pensioni complementari*, in *La previdenza complementare e la concorrenza tra i fondi pensione*, Atti del convegno del Fondo Pensione del personale della BNL (3 maggio 2005), in *Quaderni Mefop*, 2006, XI, 11 ss.

D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 117 ss.

D. MEZZACAPO, *Il finanziamento della previdenza complementare: il conferimento del t.f.r. alle forme pensionistiche e il mantenimento presso il datore di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 157 ss.

D. MEZZACAPO, *La portabilità della posizione previdenziale*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 173 ss.

M. MINIELLO, *La previdenza complementare*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1993, II, 355 ss.

F. MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 827 ss.

F. MONTALDI, *La centralità dell'informazione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 873 ss.

C. MOTTURA, *Trasferimento del TFR e garanzie del rendimento nei fondi negoziali*, in AA. VV. , *La riforma previdenziale*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2004, 46, inserto, XXXIV ss.

A. OCCHINO, *Le forme pensionistiche cd. preesistenti*, A. Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3 – 4, 2007, 847 e ss.

P. OLIVELLI, *Previdenza complementare*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1995.

P. OLIVELLI, *La libertà nella previdenza privata*, Milano, 1998.

P. OLIVELLI, *La costituzione e la sicurezza sociale. Principi fondamentali*, in *Dir. Lav.*, 1990, 71 e ss.

P. OLIVELLI, *Previdenza obbligatoria, complementare, privata*, in P. OLIVELLI, R. PESSI, *La previdenza complementare nella Comunità Europea*, Milano, 1992, 22 ss.

A. PACE, *I fondi pensione e lo sviluppo dei mercati finanziari*, 1990, *Previdenza sociale*, II, 407 ss.

M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, II, 209

M. PALLINI, *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, I, 22 ss.

M. PALLINI, *Le «altre» forme pensionistiche complementari: fondi pensione aperti e forme pensionistiche individuali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 767 ss.

M. PALLINI, *La «mobilità» tra le forme pensionistiche complementari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 781 ss.

A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in AA. VV., *I fondi pensione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, XXXV, inserto, IX

A. PANDOLFO, *La previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2000, 1369 ss.

A. PANDOLFO, *Riforme previdenziali e trattamenti pensionistici anticipati: quale ruolo per la previdenza complementare?*, in *Diritto del lavoro*, 2000, I, 447 ss.

A. PANDOLFO, *Trasferimento e riscatto della posizione individuale*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 319 ss.

A. PANDOLFO, *Una prima interpretazione della nuova legge in tema di pensioni complementari, con qualche (utile?) indicazione per il legislatore delegato*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2004, IV, 1225 ss.

A. PANDOLFO, *Previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2006, 1618 ss.

A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del d.lgs. 252/2005*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2006, II, 145 ss.

A. PANDOLFO, *Forme pensionistiche preesistenti e processo di adeguamento*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XXVIII, 1778 ss.

P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2007, I, 47 ss.

A. PERNICE, *Conflitti di interesse e previdenza complementare*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2004, VI, 941 ss.

A. PERNICE, *Le novità in materia di previdenza complementare*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2004, XI, 1728 ss.

M. PERSIANI, *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, in *Atti delle giornate di studio A.I.D.LA.S.S.*, (Rimini 28 - 29 aprile 1984), Milano, 1985, 11 ss.

M. PERSIANI, *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*, in *Massimario Giurisprudenza del Lavoro*, 1987, 70 e ss.

M. PERSIANI, *Retribuzione, previdenza privata e previdenza pubblica*, in AA.VV., *Questioni di diritto del Lavoro*, in *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro*, suppl., Roma, 1989, 248 e ss.;

M. PERSIANI, *Retribuzione, previdenza privata e previdenza pubblica*, in AA. VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989, 253

M. PERSIANI, *Legge 9 marzo 1989, n. 88 - Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1990, 653 ss.

M. PERSIANI, *Introduzione a R. PESSI, Il Sistema previdenziale europeo*, Padova, 1993, 2 ss.

M. PERSIANI, *Legislazione d'urgenza e prospettive di riforma in materia previdenziale*, in *Dir. Lav.*, 1984, n. 2, I, 89

M. PERSIANI, *Il campo di applicazione del Decreto*, in AA.VV., *La previdenza complementare per le banche: problemi e prospettive*, Roma, 1994, 33 e ss.;

M. PERSIANI, *Riforme previdenziali*, (voce), in *Enc. Giur., Treccani, Aggiornamenti*, Roma, 1996, 3 e ss.

M. PERSIANI, *«Fondi interni» e libertà di iniziativa economica privata*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, VI, 127 ss.

M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, 316 ss.

M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in AIDLASS, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo [Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Ferrara, 11-12-13 maggio 2000]*, 28 ss.

M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn Dir. Rel. Ind.*, 2000

M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, III, 715 ss.

M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2002, 40 ss.

M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, I, 19 ss.

M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Milano, 2002, 43

M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Milano, 2002, 43

M. PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2004, 995 ss.

M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 341 ss.

M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, VI, 1484 ss.

M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2008, 141 e ss.

A. PESSI, *Welfare e previdenza complementare: il pension bill del 2004 e le proposte di riforma in Italia ed in Gran Bretagna*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2004, I, 233 ss.

A. PESSI, *Tra costituzione formale e materiale. L'indissolubile matrimonio dell'ordinamento italiano: libertà e unità sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, VI, 1267 ss.

R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1988, III, 63 ss.

R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in R. PESSI (a cura di), *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1989, 13 ss.

R. PESSI, *Previdenza pubblica e previdenza integrativa*, in AA. VV. , *Questioni attuali di diritto del lavoro – previdenza obbligatoria e integrativa*, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1989, II, supplemento, 278 ss.

R. PESSI, *I sistemi previdenziali di alcuni paesi europei: Francia, Germania, Olanda, Gran Bretagna, Italia, Spagna, Belgio*, in P. OLIVELLI, R. PESSI, *La previdenza complementare nella Comunità Europea*, Milano, 1992, 31 ss.

R. PESSI, *Corrispettività e solidarietà nel nuovo sistema previdenziale*, in R. PESSI (a cura di) *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 55 ss.

R. PESSI, *Rischio e bisogno nella riforma del sistema previdenziale*, in R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 76 ss.

R. PESSI, *La previdenza complementare tra legge e contratto*, in R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 113 ss.

R. PESSI, *Il «sistema» giuridico della previdenza sociale*, in R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, 121 ss.

R. PESSI, *Conflitto o concorso tra fonti legali e fonti contrattuali della previdenza pensionistica complementare nell'ordinamento italiano. Gli spazi dell'autonomia individuale*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1998, IV-V, 776 ss.

R. PESSI, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1998, 100.

R. PESSI, *La previdenza complementare*, Padova, 1999, 181 ss.

R. PESSI, *Il ruolo del t.f.r. nel sistema della previdenza complementare: natura della fattispecie e conseguenze derivanti dalla destinazione previdenziale degli accantonamenti*, Relazione, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano, 5-6 ottobre 1999.

R. PESSI, *Posizioni del singolo e sue vicende nel rapporto giuridico di previdenza complementare*, in *La previdenza complementare*, Padova, 1999, 151.

R. PESSI, G. FERRARO, *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Milano, 2000, 6 ss.

R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare (Nota a sentenza Corte Costituzionale 28 luglio 2000, n. 393)*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, 968.

R. PESSI, *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in AA. VV.(a cura di), *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, 3, 3203 ss.

R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2005, 484 ss.

R. PESSI, *Delega previdenziale e modello contributivo: contraddizioni e criticità*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, tomo II, 1637 ss.

R. PESSI, *Le riforme in materia pensionistica e di previdenza complementare*, Roma, 2005, 5 ss.

R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 560 ss.

R. PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 325 ss.

R. PESSI., *La riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare: principi ispiratori, novità, prospettive*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 2006, III, 950 ss.

R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *La previdenza complementare e la concorrenza tra i fondi pensione*, Atti del convegno del Fondo Pensione del personale della BNL (3 maggio 2005), in *Quaderni Mefop*, 2006, XI, 37 ss.

R. PESSI, *Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione*, Padova, 2008, 77.

R. PESSI, *Riflessioni sulla obbligatorietà della previdenza complementare per via di autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 910.

G. PETRELLI, *Forme pensionistiche complementari*, in *Notariato*, 2006, II, 212 ss.

M. PICCARI, *Le forme pensionistiche complementari*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 133 ss.

S. PICCININNO, *La natura dei fondi pensione alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia Europea*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, II, 289 ss.

S. PICCININNO, *La sussidiarietà orizzontale in materia di pensioni nella prospettiva dell'ordinamento giuridico comunitario*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, tomo II, 1655 ss.

V. PICCININNO, *La previdenza complementare in Italia*, in G. LOY, P. LOI (a cura di), *La previdenza complementare nella prospettiva comunitaria e comparata*, Roma, 2005, 197 ss.

F. PIRELLI, *Fondi pensione e diritti del prestatore di lavoro*, in *D & L, Rivista critica di diritto del lavoro*, 2003, III, 1011 ss.

A.M. POGGI, *La «previdenza complementare e integrativa» nel nuovo Titolo V della Costituzione tra politiche sociali e cittadinanza sociale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2002, 341 ss.

V. POLLASTRINI, *Requisiti di professionalità e di onorabilità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso le forme pensionistiche complementari*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2007, VI, 920 ss.

G. PONZANELLI, *Forma giuridica e controlli in tema di fondi pensione: la soluzione americana e il diritto italiano*, in *Gli enti «non profit» in Italia*, Padova, 1994, 492 ss

P. POZZAGLIA, *Il diritto di riscatto della posizione pensionistica individuale nei fondi preesistenti a ripartizione*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2007, XII, 927 ss.

M. PROCOPIO, *D.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 recante “Disciplina delle forme pensionistiche complementari”*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, I, 203 ss.

M. PROCOPIO, *Finanziamento a favore dei fondi pensione: ragioni e opportunità*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, XX, 1278 ss.

G. PROIA, *La Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1995, II, 173 ss.

G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (Note a margine ad un recente convegno)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, 116 ss.

G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2000, 1, 115 e ss.

G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, II, 619 ss.

G. PROIA, *Solidarietà e previdenza*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, VI, 1567 ss.

G. PROIA, *Intervento al congresso tenutosi presso la LUISS Guido Carli di Roma in data 10 maggio 2010*, seminario in onore di Paola Olivelli

M. A. PUGLIESE, *La previdenza complementare nel settore del pubblico impiego: il quadro normativo*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, II, Milano, 2000, 811 ss.

P. OLIVELLI, *Previdenza obbligatoria, complementare, privata*, in P. OLIVELLI, R. PESSI (a cura di), *La previdenza complementare nella Comunità Europea*, Milano, 1992, 17 ss.

M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, II, 209 ss.

C. ROMEO, *Prospettive della previdenza complementare tra riforme del diritto del lavoro e dinamiche di finanziamento*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, XII, 1154 ss.

V. ROPPO, *La costituzione dei fondi pensione*, in G. IUDICA (a cura di), *I fondi di previdenza e di assistenza complementare*, Padova, 1998, 67 ss.

F.P. ROSSI, P.E. ROSSI, *L'adeguatezza delle pensioni obbligatorie realizzata anche attraverso il diverso utilizzo del trattamento di fine rapporto*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2005, III, 373 ss.

A. RUGGERI, *Quale «sistema» delle fonti dopo la riforma del Titolo V?*, in www.federalismi.it, 2006, 39 ss

M.E. SALERNO, *Fondi pensione “negoziali”, costituzione, gestione e vigilanza*, Milano, 2002.

P. SANDULLI, *Riflessioni sulla previdenza complementare*, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1989, II, supplemento, 316 ss

P. SANDULLI, *Riforma pensionistica e previdenza integrativa*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1991, 218 ss.

P. SANDULLI, *Crisi e riforma dei sistemi pensionistici in Europa*, G. GEROLDI e T. TREU (a cura di), Milano, 1993

P. SANDULLI, *Il decreto legislativo n. 124 del 1993 nel sistema pensionistico riformato*, in AA. VV., *I fondi pensione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, XXXV, inserto, .III

P. SANDULLI, *Le innovazioni legislative in tema di previdenza pensionistica complementare*, in AA. VV. , *La previdenza complementare per le banche: problemi e prospettive*, Atti del Seminario di Milano 1-2 febbraio 1994, Roma 1994, 199 ss.

P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Torino, 1995, 246 ss.

P. SANDULLI, *Welfare State, riforma pensionistica e sviluppo della previdenza complementare*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare* , Milano, 2000, I, 44 ss.

P. SANDULLI, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Ferrara, 11- 12- 13 Maggio 2000*, Milano, 2002, 21.

P. SANDULLI, *Forma pensionistica complementare e fondo pensione: spunti terminologici per il sistema di previdenza complementare*, in *Newsletter Mefop*, 2005, XXII, 4 ss.

P. SANDULLI, *Il ruolo delle fonti istitutive nel sistema pensionistico complementare: il caso di un fondo c.d. preesistente a regime misto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2005, III, 715 ss.

P. SANDULLI, *Le fonti costitutive di fronte alle sfide della concorrenza*, in *La previdenza complementare e la concorrenza tra i fondi pensione*, Atti del convegno del Fondo Pensione del personale della BNL (3 maggio 2005), in *Quaderni Mefop*, 2006, XI, 35 ss.

P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del t.f.r. al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 161 ss.

F. SANTINI, *I contributi del datore di lavoro ai fondi pensionistici complementari tra natura e funzione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, II, 403 ss.

G. SANTORO PASSARELLI, *Note sulla previdenza di privati*, in *Legge e Diritto*, 1991, 621 e ss.

G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2006, 976 ss.

G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Torino, 2006, II, 665 ss.

G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 214 ss.

M. SARTI, *Fondi pensione. Passato, presente, futuro*, Milano, 2007, 86 ss.

L. SCIMIA, *Previdenza complementare dei liberi professionisti*, in *La previdenza forense*, 2004, 355 ss.

L. SCIMIA, *La riforma della previdenza complementare in Italia ed il ruolo sociale dei fondi pensione: sfide ed opportunità*, in *Assicurazioni*, 2004, IV, 475 ss.

L. SCIMIA, *Lo scenario degli strumenti di previdenza complementare in Italia*, in *La previdenza complementare e la concorrenza tra i fondi pensione*, Atti del convegno del Fondo Pensione del personale della BNL (3 maggio 2005), in *Quaderni Mefop*, 2006, XI, 1 ss.

L. SCIMIA, *I compiti della COVIP nella riforma della previdenza complementare italiana*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, III-IV, 803 ss.

L. SCIMIA, *Relazione di accompagnamento alla Deliberazione COVIP del 21 marzo 2007*, consultabile sul sito http://www.covip.it/documenti/PDF/Provvedimenti/D2103_07_01.pdf

L. SCIMIA, *La previdenza complementare in Italia*, Firenze, 2008

R. SCIOTTI, *La disciplina delle prestazioni di previdenza complementare nel D.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2007, I, 75 ss.

R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990, 56 ss.

A. SGROI, *La previdenza complementare*, in AA. VV. (a cura di), *Manuale di diritto previdenziale*, Napoli, 2007, 305 ss.

G. SIGILLO' MASSARA, *Ammortizzatori sociali di Fonte collettiva e Fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008, 44 e ss.

G. SIGILLO' MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 2010, 5, in corso di pubblicazione

V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza sociale e previdenza privata o libera*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1972, 940.

- V. SIMI, *La previdenza privata libera*, in *Probl. sic. soc.*, 1979, 278.
- G. TANAS, *La riforma della previdenza complementare: le novità ed i commenti*, in *Informator*, 2005, III, 17 ss.
- P. TOSI, *Le fonti istitutive dei fondi di previdenza complementare*, in *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 1996, 439 ss.
- P. TOSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, II, 357 ss.
- P. TOSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, 1309 ss.
- S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, A. Tursi (a cura di), *La nuova disciplina delle previdenza complementare*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 2007, 3 – 4, 757 e ss.
- T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di) *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 7.
- T. TREU, *Pubblico e privato nella previdenza*, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, n. 1., 10 e ss.
- T. TREU, *Riforme o destrutturazione del Welfare*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, IV, 534 ss.
- T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 3 ss.
- T. TREU, *Le politiche del welfare: le innovazioni necessarie*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2004, 1 ss.
- T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in AA. VV.(a cura di), *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda ed altri studi*, Padova, 2005, 747 ss.

T. TREU, *Le politiche del welfare: le innovazioni necessarie*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, tomo II, 1705 ss.

A. TURSI, *Previdenza aziendale e regolamento d'impresa*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1988, III, 161 ss.

A. TURSI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Lavoro e diritto*, 1994, I, 103 ss.

A. TURSI, *L'organizzazione dei fondi pensione in forma associativa: profili problematici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1998, I, 468 ss.

A. TURSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, I, 269 ss.

A. TURSI, *Il contratto collettivo e la previdenza pensionistica pubblica e privata*, in *Previdenza ed assistenza pubblica e privata*, 2001, III, 4355 ss.

A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, 205 ss.

A. TURSI, *Le fonti istitutive della previdenza complementare e l'autonomia collettiva*, in A. TURSI (a cura di), *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, 184 ss.

A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2002, I, 111 ss.

A. TURSI, *La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 266 ss.

A. TURSI, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, tomo II, 1731 ss.

A. TURSI, *La terza riforma della previdenza complementare in itinere. Spunti di riflessione*, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2005, II, 523 ss.

A. TURSI, *I problemi giuridici delle fonti istitutive nella riforma della previdenza complementare*, in *Osservatorio giuridico*, 2005, X, supplemento alla *Newsletter Mefop*, 2005, XXIV, 4 ss.

A. TURSI, *Il t.f.r. nei Fondi pensione? Per la Cassazione è l'inverso*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, II, 710 ss.

A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, III – IV, 537 ss.

F. VALLACQUA, *La legge delega sulle pensioni e le prospettive future, primi riflessi sulla previdenza complementare*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2004, VI, 973 ss.

F. VALLACQUA, *Previdenza complementare e flessibilità nel lavoro*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2006, III, 785 ss.

A. VALLEBONA, *Leggi regionali e ordinamento del lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2007, IV, 228 ss.

A. VALLEBONA, *I limiti legali all'autonomia dei fondi pensione*, in *Il Diritto del lavoro*, 2000, I, 339 ss.

B. VENEZIANI, *La crisi del welfare state ed i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1996, I, 69 ss.

R. VIANELLO, *La mutualità pensioni alle casalinghe*, in C. CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, 1996, 308 ss.

R. VIANELLO, *La riforma del sistema pensionistico complementare: cenni introduttivi*, in C. CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, 1996, 402 ss.

R. VIANELLO, *Permanenza nel fondo pensione e cessazione dei requisiti di partecipazione*, in C. CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, 1996, 498 ss.

R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 151 ss.

R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2006, 43 ss.

M. VICECONTE, *Ancora sul concorso/conflitto tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1993, I, 10 ss.

A. VISCOMI, *La «facoltà di trasferimento» della posizione pensionistica complementare*, in *Lavoro e diritto*, 1997, I, 55 ss.

G. VOLPE PUTZOLU, *I fondi pensione aperti*, in *Banca e Borsa*, 1996, I, 320 ss.

G. VOLPE PUTZOLU, *Le problematiche giuridiche contrattuali*, in G. MANGHETTI (a cura di), *I Fondi pensione: problemi e prospettive*, Milano, 1997, 27 ss.

G. VOLPE PUTZOLU, *Fondi pensione, responsabilità e garanzie*, in AA. VV., *Studi in onore di Gastone Cottimo*, vol. II, Padova, 1998, 1713 ss.

G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nel pubblico impiego e i fondi integrativi nel parastato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, 483 ss.

G. ZAMPINI, *La previdenza complementare tra contraddizioni intrinseche e dubbi di costituzionalità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, IV, 437 ss.

G. ZAMPINI, *Destinatari e sistema delle fonti*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 224 ss.

G. ZAMPINI, *Il finanziamento della previdenza complementare*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, 324 ss.

G. ZAMPINI, *La previdenza complementare : fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 87 ss.

G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, I, 313 ss.

G. ZAMPINI, *Trasferimento e riscatto delle posizioni individuali*, M. Cinelli (a cura di), *La previdenza complementare - Art. 2123 c.c.*, Milano, 2010, pag. 541 e ss.